

Position du CCBE sur la proposition de directive établissant des règles minimales pour prévenir et combattre l'aide à l'entrée, au transit et au séjour non autorisés dans l'Union

17/05/2024

RÉSUMÉ

Dans ce document, le CCBE analyse la proposition de la Commission européenne d'une nouvelle directive dite anti-passeurs. Les principales préoccupations du CCBE concernent les définitions vagues des dispositions qui ne répondent pas à l'objectif déclaré de clarifier quelles infractions devraient être pénalisées. Par conséquent, la proposition risque d'avoir des répercussions sur les avocats fournissant une assistance aux migrants ou sur la société civile agissant pour des raisons humanitaires. Le CCBE est particulièrement inquiet de l'effet dissuasif éventuel sur les avocats et des risques de pénalisation de l'assistance juridique. Par conséquent, les législateurs européens devraient adopter une formulation plus claire dans les dispositions clés de la proposition et inclure une clause de solidarité obligatoire, explicite, sans ambiguïté et de large portée.

1. Introduction

Le 28 novembre 2023, la Commission a publié une proposition de [directive établissant des règles minimales pour prévenir et combattre l'aide à l'entrée, au transit et au séjour non autorisés dans l'Union](#). La directive remplacerait le cadre actuel, appelé « paquet- anti-passeurs » (directive 2002/90/CE¹ établissant une définition commune de l'infraction d'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, et décision-cadre 2002/946/JAI visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers). L'objectif général est de mettre en place un instrument qui « *définisse clairement et sanctionne efficacement l'aide à l'entrée, au transit et au séjour non autorisés dans l'UE* »². L'objectif déclaré de la nouvelle proposition est de clarifier les infractions qui devraient être pénalisées.

Dans ce document, le CCBE analyse la proposition et souligne les risques qu'elle pourrait entraîner et ses répercussions négatives possibles sur les droits fondamentaux et l'accès à la justice.

¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=celex%3A32002L0090>

² Page 3 de la proposition de la Commission

Les principales préoccupations concernent les définitions de la proposition, qui ne répondent pas à l'objectif déclaré de clarifier les infractions à pénaliser et d'apporter une sécurité juridique.

Le CCBE attire particulièrement l'attention sur les effets éventuels de la proposition sur les avocats fournissant des conseils juridiques dans le domaine du droit de l'immigration et de l'asile, en particulier l'effet dissuasif sur les avocats et les risques de pénalisation de l'assistance juridique.

2. Contexte

Le CCBE souligne que la proposition ne devrait pas avoir d'effet dissuasif sur les personnes qui fournissent des conseils juridiques ou une assistance humanitaire.

La Commission et les parties prenantes ont déterminé une définition large dans le cadre actuel en vigueur³ comme l'une des difficultés. L'absence d'exemptions est également considérée comme un problème. La société civile a souligné les risques de pénalisation de l'assistance fournie par les ONG ou les personnes aidant ou travaillant avec les migrants en situation irrégulière. L'exposé des motifs de la Commission reconnaît que dans certains cas, en raison de la définition large de l'infraction, des personnes ont été poursuivies pour avoir offert des services à des migrants irréguliers dans le cadre de leurs activités professionnelles ou pour avoir fourni une assistance pour des raisons désintéressées.

C'est également le contexte que connaît le CCBE d'après les rapports qu'il reçoit des avocats offrant une assistance aux demandeurs d'asile. La situation actuelle est déjà assez vague et incertaine pour les avocats qui conseillent les demandeurs d'asile aux frontières. Compte tenu de cette situation et de l'environnement politique hostile qui prévaut⁴, de nombreux avocats estiment qu'il y a toujours un risque qu'ils soient liés au trafic de migrants. Le CCBE a obtenu des rapports selon lesquels les avocats s'abstiennent de fournir une assistance juridique dans certaines circonstances par crainte que les autorités ne l'utilisent contre eux comme preuve d'un lien avec le trafic de migrants. La législation en vigueur a donc un effet dissuasif sur l'offre d'une assistance juridique aux demandeurs d'asile.

Peu de cas peuvent être cités pour illustrer le fait que les avocats ont été visés par la « législation contre les passeurs ». En 2016, le CCBE a exprimé son inquiétude quant au harcèlement continu d'Electra

³ La définition en vigueur est la suivante : « 1. Chaque État membre adopte des sanctions appropriées :

a) à l'encontre de quiconque aide sciemment une personne non ressortissante d'un État membre à pénétrer 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 relative à l'entrée ou au transit des étrangers ;

b) à l'encontre de quiconque aide sciemment, dans un but lucratif, une personne non ressortissante d'un État membre à séjourner sur le territoire d'un État membre en violation de la législation de cet État relative au séjour des étrangers.

2. Tout État membre peut décider de ne pas imposer de sanctions à l'égard du comportement défini au paragraphe 1, point a), en appliquant sa législation et sa pratique nationales, dans les cas où ce comportement a pour but d'apporter une aide humanitaire à la personne concernée. »

⁴ Sur cet aspect, [voir également le rapport](#) de la commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe : « Plus généralement, des personnalités publiques de haut niveau dans plusieurs États membres ont parlé des réfugiés, des demandeurs d'asile et des migrants comme d'une menace pour la sécurité, d'une « invasion » ou en des termes encore pires, ce qui dépeint également ceux qui défendent ces groupes comme complices des menaces qui pèsent sur la nation. Les avocats qui représentent les demandeurs d'asile ou les migrants, ou qui contestent les lois ou les politiques, peuvent être dénigrés comme agissant contre l'intérêt de l'État, sapant les efforts du gouvernement pour contrôler la migration, plutôt que comme des professionnels qui intentent de manière légitime dans leur pratique d'introduire des actions en justice dans l'intérêt de leurs clients. »

Koutra, une avocate grecque spécialisée dans les droits humains et les réfugiés, qui aidait les réfugiés syriens⁵. D'autres organisations ont également signalé de tels cas⁶.

Le CCBE rappelle que les avocats doivent pouvoir exercer leurs activités professionnelles sans crainte de représailles, d'entraves, d'intimidation ni de harcèlement, conformément aux principes de base des Nations Unies relatifs au rôle du barreau.

« 16. Les pouvoirs publics veillent à ce que les avocats a) puissent s'acquitter de toutes leurs fonctions professionnelles sans entrave, intimidation, harcèlement ni ingérence indue; b) puissent voyager et consulter leurs clients librement, dans le pays comme à l'étranger; et c) ne fassent pas l'objet, ni ne soient menacés de poursuites ou de sanctions économiques ou autres pour toutes mesures prises conformément à leurs obligations et normes professionnelles reconnues et à leur déontologie. »

Le rapporteur spécial des Nations Unies souligne que les États sont tenus de veiller à ce que ces personnes qui pratiquent le droit puissent exercer leur profession sans restrictions indues, et donc de prendre les mesures nécessaires, en droit et en pratique, pour qu'elles puissent faire leur travail sans ingérence, harcèlement, menace ou intimidation d'aucune sorte⁷.

Dans ce contexte, le CCBE invite les législateurs à modifier la proposition de manière à ce que les dispositions soient juridiquement précises et ne permettent pas une utilisation abusive de la directive pour intimider les avocats ou d'autres professionnels et acteurs de la société civile qui offrent une assistance juridique ou humanitaire aux migrants et aux demandeurs d'asile.

Le CCBE estime qu'en modifiant la proposition de la manière proposée ci-dessous, celle-ci pourrait atteindre son objectif, à savoir établir une plus grande sécurité.

3. Analyse des dispositions de la proposition et propositions d'amélioration

A. Article 3

Le CCBE partage la conclusion de la Commission⁸ selon laquelle il est nécessaire de définir clairement l'infraction de facilitation.

⁵ Voir la lettre des droits humains du CCBE [ici](#).

⁶ Voir <https://www.barcouncil.org.uk/resource/legal-community-gravely-concerned-joint-statement-from-the-bar-council-and-law-society.html> ou <https://ecre.org/op-ed-a-multiple-hazard-area-refugees-and-their-lawyers-in-danger/>

⁷ Voir le récent rapport du rapporteur spécial des Nations Unies de 2022, disponible [ici](#) : 102. Les États sont tenus de veiller à ce que ces personnes puissent exercer leur profession sans restrictions indues, et donc de prendre les mesures nécessaires pour qu'elles puissent faire leur travail sans ingérence, harcèlement, menace ou intimidation d'aucune sorte. (...)

112. Les États doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir pleinement le libre exercice de la profession d'avocat, en toutes circonstances, afin que les avocats puissent exercer leurs droits et s'acquitter de leurs devoirs sans crainte de représailles et sans restriction aucune, notamment sans s'exposer au harcèlement judiciaire.

113. Le devoir de garantie des États consiste notamment à préserver l'intégrité physique et psychologique et la sécurité des avocats et de leurs familles. Il exige l'adoption de mesures permettant de garantir le plein respect, en droit et dans la pratique, des Principes de base relatifs au rôle du barreau et les autres normes relatives à la profession d'avocat et à l'indépendance des avocats.

⁸ Proposition de la Commission, page 9

Le texte proposé à l'article 3 indique ce qui suit :

« 1) Les États membres veillent à ce que constitue une infraction pénale le fait d'aider sciemment un ressortissant de pays tiers à entrer, à transiter ou à séjourner sur le territoire d'un État membre en violation du droit de l'Union applicable ou de la législation de l'État membre concerné relative à l'entrée, au transit et au séjour de ressortissants de pays tiers lorsque :

a) la personne agissant de la sorte demande, reçoit ou accepte, directement ou indirectement, un avantage financier ou matériel, ou la promesse d'un tel avantage, ou agit en vue d'obtenir un tel avantage ; ou

b) il existe une forte probabilité de causer un préjudice grave à une personne.

2. Les États membres veillent à ce que constitue une infraction pénale le fait d'inciter publiquement des ressortissants de pays tiers à entrer, à transiter ou à séjourner sur le territoire de tout État membre en violation du droit de l'Union applicable ou de la législation de l'État membre concerné relative à l'entrée, au transit et au séjour de ressortissants de pays tiers. »

a) Faiblesse de la langue et de la définition

En ce qui concerne l'article 3 § 1 a) et la notion d'avantage direct, les exemples suivants montrent qu'elle peut être problématique.

Les activités telles que la location de logements, la vente de nourriture, la location de chambres d'hôtel, la prestation de conseils juridiques, de soins médicaux et de tout autre service direct en échange d'argent qui facilitent l'entrée, le transit et le séjour illégaux des ressortissants de pays tiers sont donc punissables lorsqu'elles enfreignent les lois sur l'immigration de l'Union et des États membres et que le « prestataire de services » est conscient que ses services facilitent l'entrée ou le séjour illégaux. Il serait possible de faire valoir que le salaire versé à un avocat, ou le financement reçu par une ONG de la part d'un donateur pour offrir une assistance juridique, pourraient constituer un avantage financier ou matériel direct ou indirect.

En ce qui concerne l'article 3 § 1 b), le CCBE note que l'élément d'avantage matériel, présent au § 1 a), fait défaut. Pour être considérée comme une infraction pénale, la « forte probabilité de causer un préjudice grave à une personne » devrait être combinée à l'exigence d'un avantage matériel. Sinon, si cet élément fait défaut, les actions humanitaires visant à transférer des personnes dans des circonstances difficiles, où même leur vie pourrait être en danger, pourraient être pénalisées. Par conséquent, le point b) ne peut être considéré comme un élément du crime lui-même.

Enfin, le deuxième paragraphe de l'article 3 concernant l'incitation publique est vague et devrait être supprimé. À cet égard, le CCBE attire l'attention des législateurs de l'UE sur la position du rapporteur spécial des Nations Unies sur les défenseurs des droits humains qui va dans ce sens⁹.

Ces considérations illustrent l'imprécision et la faiblesse du libellé de l'article 3.

b) Absence de clause humanitaire

⁹ [Position : sur la proposition de directive de la Commission européenne visant à mettre à jour le cadre juridique de l'UE sur le trafic de migrants - UN SR Human Rights Defenders \(srdefenders.org\)](#)

Le texte de la directive en vigueur contenait une disposition explicite prévoyant que les États membres peuvent exclure les agissements dont le but est de fournir une assistance humanitaire à la personne concernée, ce que l'on appelle la clause humanitaire¹⁰.

Le CCBE attire l'attention des législateurs sur le fait que la directive en vigueur a été remise en question devant les tribunaux quant à sa compatibilité avec la Charte de l'UE, notamment parce qu'elle ne prévoit pas l'obligation pour les États membres d'exclure de l'incrimination un comportement facilitant l'entrée non autorisée dans le but de fournir une assistance humanitaire aux ressortissants étrangers¹¹. Des doutes subsistent quant au fait que le cadre réglementaire actuel de l'UE respecte les critères de proportionnalité et de caractère raisonnable, puisqu'il permet de sacrifier des droits fondamentaux (par exemple, le droit à la vie, le droit d'asile) dignes de protection dans des cas où ce sacrifice n'est pas nécessaire à la poursuite des objectifs que le législateur lui-même propose (c'est-à-dire le contrôle de l'immigration).

La nouvelle proposition contient un considérant 7 qui indique que les comportements humanitaires ne doivent pas être criminalisés. Dans la partie explicative de la proposition, la Commission affirme qu'elle « *précise que l'objectif de la directive n'est pas d'incriminer les ressortissants de pays tiers qui font l'objet d'un trafic, l'aide apportée à des membres de la famille, ou encore l'assistance humanitaire ou l'appui aux besoins humains fondamentaux fournis aux ressortissants de pays tiers dans le respect des obligations légales* ».

Le CCBE n'est pas d'accord avec cette conclusion et estime qu'un simple considérant ne suffit pas à garantir que la proposition ne conduise pas à la pénalisation de la solidarité, de l'assistance juridique ou humanitaire. Au contraire, le CCBE fait remarquer, ce qu'ont également fait d'autres organisations¹², que la nouvelle proposition ne contient aucune disposition relative à la clause humanitaire dans le corps du texte.

Cela signifie que toute personne qui aide un ressortissant d'un pays tiers à entrer, à transiter ou à séjourner dans l'UE en violation de la législation européenne et nationale commet une infraction pénale. Le champ d'application de cette disposition est particulièrement vaste, d'autant plus en raison de la définition suivante de ressortissant de pays tiers :

« ressortissant d'un pays tiers » : toute personne qui n'est ni un citoyen de l'Union au sens de l'article 20, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ni une personne jouissant du droit à la libre circulation en vertu du droit de l'Union, telle que définie à l'article 2, point 5, du règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil¹³ ;

L'exemption facultative actuellement en vigueur n'est plus prévue dans la proposition. Par conséquent, la proposition supprime même l'exemption facultative actuellement en vigueur.

Un examen plus approfondi du texte de la proposition de directive montre que l'exemption n'est explicitement mentionnée nulle part. Par conséquent, toute personne qui aide un ressortissant d'un pays tiers à franchir les frontières et à séjourner illégalement dans l'un des États membres, qui en a connaissance et qui reçoit une compensation pour cela pourrait être poursuivie. Cela pourrait signifier, dans un cas extrême, que les avocats ne peuvent plus fournir de conseils sur les possibilités de résidence ou d'autres droits sociaux dont un ressortissant de pays tiers pourrait bénéficier pendant son séjour dans l'UE. Les ONG qui coopèrent avec des avocats, voire qui chargent un avocat d'assister

¹⁰ Voir note de bas de page 3.

¹¹ Affaire en cours C-460/23 Kinshasa, disponible [ici](#).

¹² [Position sur la proposition de directive de la Commission européenne visant à mettre à jour le cadre juridique de l'UE contre le trafic de migrants - UN SR Human Rights Defenders \(srdefenders.org\)](#)

¹³ Article 2 § 1 de la proposition, disponible [ici](#).

une personne, pourraient également se retrouver dans la même situation si elles reçoivent des subventions pour de telles actions.

Alors qu'auparavant la règle était que les États membres pouvaient instaurer une règle pour exclure l'aide humanitaire du champ d'application de la directive, la ligne actuelle est qu'il n'est pas nécessaire de l'exclure explicitement parce que cela est déjà prévu dans d'autres législations et dans la jurisprudence des États membres. Cet argument ne tient pas la route car l'aide humanitaire pourrait tout aussi bien être incluse.

Le rapporteur spécial des Nations Unies a souligné que « *le caractère facultatif de la clause humanitaire dans la législation initiale ouvrait la porte à la pénalisation du soutien aux migrants visant à faire respecter leurs droits fondamentaux* »¹⁴. Par conséquent, il peut en être déduit que l'intention de la proposition est de supprimer la clause dite humanitaire afin de créer une ambiguïté voire un effet dissuasif à la fois pour les ONG et pour les avocats.

Compte tenu du contexte ci-dessus, étant donné que la proposition supprime les garanties existantes et ne prévoit pas d'exemption expresse pour les avocats, elle risque d'aggraver la situation pour ceux qui assistent les migrants et, par conséquent, pour les migrants eux-mêmes.

Il est donc indispensable qu'une clause soit réintroduite dans le texte et qu'elle ait une portée large, englobant non seulement les avocats et les ONG, mais aussi les citoyens ordinaires qui seront également confrontés à cette question, des citoyens ordinaires qui voudront à leur tour s'appuyer sur les ONG et les avocats. La clause doit englober à la fois les particuliers et les organisations. Des exemptions claires devraient figurer explicitement dans l'article 3. L'exemption devrait être obligatoire pour tous les États membres.

Par conséquent, le CCBE demande qu'une clause de solidarité obligatoire, explicite, sans ambiguïté et de large portée soit introduite dans les dispositions de la proposition.

Cela serait également conforme aux orientations de la Commission de 2020 sur la mise en œuvre des règles de l'Union européenne relatives à la définition et à la prévention de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, qui précisent que l'aide humanitaire mandatée par la loi ne peut pas et ne doit pas être pénalisée.

Proposition de la Commission	Propositions de modifications du CCBE
<p>Considérant 6</p> <p>Conformément aux principes de légalité et de proportionnalité du droit pénal, et afin de lutter contre les activités criminelles qui mettent en danger la vie humaine et qui méconnaissent la dignité des personnes en vue d'en tirer des profits, il est nécessaire de fournir une définition précise et détaillée des infractions pénales afin de sanctionner ces comportements criminels. L'aide à l'entrée, au transit ou au séjour non autorisés dans l'Union devrait constituer une infraction pénale lorsqu'elle est liée à un</p>	<p>Considérant 6</p> <p>Conformément aux principes de légalité et de proportionnalité du droit pénal, et afin de lutter contre les activités criminelles qui mettent en danger la vie humaine et qui méconnaissent la dignité des personnes en vue d'en tirer des profits, il est nécessaire de fournir une définition précise et détaillée des infractions pénales afin de sanctionner ces comportements criminels. L'aide à l'entrée, au transit ou au séjour non autorisés dans l'Union devrait constituer une infraction pénale lorsqu'elle est liée à un</p>

¹⁴ [Position : sur la proposition de directive de la Commission européenne visant à mettre à jour le cadre juridique de l'UE sur le trafic de migrants - UN SR Human Rights Defenders \(srdefenders.org\)](#)

<p>avantage financier ou matériel réel ou promis. Ce comportement devrait également être érigé en infraction pénale lorsqu'il est hautement susceptible de causer un préjudice grave aux ressortissants de pays tiers qui ont été l'objet de l'infraction pénale ou à toute autre personne, même en l'absence d'avantage financier ou matériel ou de promesse d'un tel avantage. Il est nécessaire d'établir une infraction pénale afin de lutter contre les modes opératoires des personnes qui incitent publiquement, notamment via l'internet, des ressortissants de pays tiers à entrer, transiter ou séjourner dans l'Union sans autorisation. Le partage d'informations ou de conseils objectifs aux ressortissants de pays tiers sur les conditions d'entrée et de séjour réguliers dans l'Union, ainsi que sur la protection internationale, ne devrait pas être compris comme une incitation publique.</p>	<p>avantage financier ou matériel réel ou promis. Ce comportement devrait également être érigé en infraction pénale lorsqu'il est hautement susceptible de causer un préjudice grave aux ressortissants de pays tiers qui ont été l'objet de l'infraction pénale ou à toute autre personne, même en l'absence en cas d'avantage financier ou matériel ou de promesse d'un tel avantage. Il est nécessaire d'établir une infraction pénale afin de lutter contre les modes opératoires des personnes qui incitent publiquement, notamment via l'internet, des ressortissants de pays tiers à entrer, transiter ou séjourner dans l'Union sans autorisation. Le partage d'informations ou de conseils objectifs aux ressortissants de pays tiers sur les conditions d'entrée et de séjour réguliers dans l'Union, ainsi que sur la protection internationale, ne devrait pas être compris comme une incitation publique. <i>La prestation de conseils juridiques, y compris d'informations juridiques, ne doit pas être considérée comme une incitation publique.</i></p>
<p>Considérant 7</p> <p>Il convient de prévoir la responsabilité pénale lorsqu'il existe un lien avec un avantage financier ou matériel ou lorsque les migrants sont hautement susceptibles de subir un préjudice grave. Ces critères ne seront généralement pas remplis en cas d'aide entre des membres d'une même famille, d'assistance humanitaire ou d'appui aux besoins humains fondamentaux. Les ressortissants de pays tiers ne devraient pas devenir pénalement responsables du fait qu'ils ont été l'objet de telles infractions pénales. En outre, la présente directive n'a pas pour objet d'ériger en infraction pénale, d'une part, l'aide apportée aux membres de la famille et, d'autre part, l'assistance humanitaire ou l'appui aux besoins humains fondamentaux fournis aux ressortissants de pays tiers dans le respect des obligations légales.</p>	<p>Considérant 7</p> <p>Il convient de prévoir la responsabilité pénale lorsqu'il existe un lien avec un avantage financier ou matériel ou lorsque les migrants sont hautement susceptibles de subir un préjudice grave. Ces critères ne seront généralement pas remplis en cas d'aide entre des membres d'une même famille, d'assistance humanitaire ou d'appui aux besoins humains fondamentaux. Les ressortissants de pays tiers ne devraient pas devenir pénalement responsables du fait qu'ils ont été l'objet de telles infractions pénales. En outre, la présente directive n'a pas pour objet d'ériger en infraction pénale, d'une part, l'aide apportée aux membres de la famille et, d'autre part, l'assistance humanitaire ou l'appui aux besoins humains fondamentaux fournis aux ressortissants de pays tiers dans le respect des obligations légales. <i>La présente directive n'a pas non plus pour objet d'ériger en infraction pénale la prestation de conseils juridiques, y compris l'apport d'informations juridiques, de la part d'avocats.</i></p>

Article 3

Infractions pénales

1. Les États membres veillent à ce que constitue une infraction pénale le fait d'aider sciemment un ressortissant de pays tiers à entrer, à transiter ou à séjourner sur le territoire d'un État membre en violation du droit de l'Union applicable ou de la législation de l'État membre concerné relative à l'entrée, au transit et au séjour de ressortissants de pays tiers lorsque:

a) la personne agissant de la sorte demande, reçoit ou accepte, directement ou indirectement, un avantage financier ou matériel, ou la promesse d'un tel avantage, ou agit en vue d'obtenir un tel avantage; ou

b) il existe une forte probabilité de causer un préjudice grave à une personne.

2. Les États membres veillent à ce que constitue une infraction pénale le fait d'inciter publiquement des ressortissants de pays tiers à entrer, à transiter ou à séjourner sur le territoire de tout État membre en violation du droit de l'Union applicable ou de la législation de l'État membre concerné relative à l'entrée, au transit et au séjour de ressortissants de pays tiers.

Article 3

Infractions pénales

1. Les États membres veillent à ce que constitue une infraction pénale le fait d'aider sciemment un ressortissant de pays tiers à entrer, à transiter ou à séjourner sur le territoire d'un État membre en violation du droit de l'Union applicable ou de la législation de l'État membre concerné relative à l'entrée, au transit et au séjour de ressortissants de pays tiers lorsque:

a) la personne agissant de la sorte demande, reçoit ou accepte, directement ou indirectement, un avantage financier ou matériel, ou la promesse d'un tel avantage, ou agit en vue d'obtenir un tel avantage; ou

b) il existe une forte probabilité de causer un préjudice grave à une personne ***et lorsque la personne qui agit de la sorte reçoit ou accepte un avantage financier ou matériel.***

~~2. Les États membres veillent à ce que constitue une infraction pénale le fait d'inciter publiquement des ressortissants de pays tiers à entrer, à transiter ou à séjourner sur le territoire de tout État membre en violation du droit de l'Union applicable ou de la législation de l'État membre concerné relative à l'entrée, au transit et au séjour de ressortissants de pays tiers.~~

2. Les États membres ne doivent pas considérer comme une infraction pénale les cas où :

a) l'assistance est offerte pour des raisons humanitaires à des personnes sans résidence régulière ;

b) l'assistance juridique est offerte par des avocats à des personnes sans résidence régulière.

Les avocats, les bénévoles, les prestataires de soins professionnels ou les organisations de la société civile peuvent offrir une assistance médicale, de la nourriture, des vêtements ou un abri, ou encore rechercher ou proposer des moyens juridiques concernant le statut

	<i>d'immigration ou les droits fondamentaux de la personne concernée. Ils ne peuvent être ni poursuivis ni sanctionnés en raison de ces activités.</i>
--	--

c) Définition de la complicité (article 5)

La clé pour éviter que cette disposition « incitation, complicité et tentative » ne soit mal appliquée est la définition de l'article 3 telle que discutée ci-dessus. Le CCBE craint que cet article n'ouvre encore davantage la porte à l'intimidation de la société civile et des avocats.

B. Autres considérations

a) Sanctions pour les personnes physiques (article 6)

Article 6 § 5 a) comporte une formulation qui pourrait donner lieu à des sanctions à l'encontre des avocats. Il se lit comme suit :

« En plus des sanctions pénales imposées conformément aux paragraphes 1 à 4, les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les personnes physiques qui ont été condamnées pour avoir commis l'une des infractions pénales prévues par les articles 3, 4 et 5 puissent faire l'objet de mesures ou de sanctions pénales ou non pénales imposées par une autorité compétente, notamment :

- a) le retrait des permis ou autorisations d'exercer des activités ayant abouti à la commission de l'infraction pénale, ou l'interdiction d'exercer, directement ou par l'entremise d'un intermédiaire, l'activité professionnelle dans l'exercice de laquelle l'infraction pénale a été commise ; »*

Bien qu'il n'y ait ni exemption ni garantie pour les avocats, cette disposition pourrait inciter les gouvernements à intimider les avocats.

Cela signifierait en particulier que les avocats pourraient faire l'objet d'une interdiction d'exercer s'ils étaient reconnus coupables de ce qui est expliqué ci-dessus. Cette mesure est également très étendue et ne fera qu'exacerber l'effet dissuasif.

b) Formation (article 15)

Le CCBE propose d'inclure la formation des avocats avec celle des juges, des procureurs et des autres catégories de personnes énumérées dans cette disposition. Étant donné que la nouvelle législation entrera en vigueur, les avocats devraient connaître le cadre mis à jour. Assurer la formation des professionnels du droit permettrait à ceux-ci d'appliquer correctement le nouveau cadre. Les avocats sont des acteurs essentiels du système judiciaire et permettent aux demandeurs d'asile d'accéder à la justice et de défendre leurs droits.

Proposition de la Commission	Proposition de modifications du CCBE
Article 15	Article 15

<p><i>Formation</i></p> <p>1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour assurer le financement et l'organisation, à intervalles réguliers, de formations spécialisées pour les membres de leurs services répressifs et de leur pouvoir judiciaire ainsi que pour le personnel des autorités chargées des enquêtes et procédures concernant les infractions pénales prévues par les articles 3, 4 et 5.</p> <p>2. Sans préjudice de l'indépendance de la justice, les États membres prennent les mesures nécessaires pour veiller à ce qu'une formation spécialisée régulière soit dispensée aux juges, aux procureurs, au personnel des services répressifs et de justice ainsi qu'au personnel des autorités compétentes intervenant dans les procédures et enquêtes pénales au regard des objectifs de la présente directive.</p>	<p><i>Formation</i></p> <p>1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour assurer le financement et l'organisation, à intervalles réguliers, de formations spécialisées pour les membres de leurs services répressifs et de leur pouvoir judiciaire, les avocats ainsi que pour le personnel des autorités chargées des enquêtes et procédures concernant les infractions pénales prévues par les articles 3, 4 et 5.</p> <p>2. Sans préjudice de l'indépendance de la justice, les États membres prennent les mesures nécessaires pour veiller à ce qu'une formation spécialisée régulière soit dispensée aux juges, aux procureurs, au personnel des services répressifs et de justice, aux avocats ainsi qu'au personnel des autorités compétentes intervenant dans les procédures et enquêtes pénales au regard des objectifs de la présente directive.</p>
---	---

c) Article 16

Le CCBE soutient le plaidoyer du rapporteur spécial des Nations Unies en faveur de la suppression du mandat pour les « outils d'enquête spéciaux » dans cette disposition. La surveillance des avocats par les autorités d'enquête présente des risques pour les droits de la défense et la confidentialité des communications entre avocats et clients. Cette disposition pourrait exacerber ces risques en fournissant des motifs supplémentaires pour l'utilisation d'outils qui pourraient être disproportionnés.

Proposition de la Commission	Proposition de modifications du CCBE
<p>Article 16</p> <p><i>Outils d'enquête</i></p> <p>Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que des outils d'enquête efficaces et proportionnés soient disponibles pour les enquêtes et les poursuites concernant les infractions pénales prévues par les articles 3, 4 et 5. Le cas échéant, ces outils comprennent des outils d'enquête spéciaux, tels que ceux qui sont utilisés dans les affaires de criminalité organisée ou d'autres formes graves de criminalité.</p>	<p>Article 16</p> <p><i>Outils d'enquête</i></p> <p>Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que des outils d'enquête efficaces et proportionnés soient disponibles pour les enquêtes et les poursuites concernant les infractions pénales prévues par les articles 3, 4 et 5. Le cas échéant, ces outils comprennent des outils d'enquête spéciaux, tels que ceux qui sont utilisés dans les affaires de criminalité organisée ou d'autres formes graves de criminalité.</p>

d) Respect des droits fondamentaux

Bien que les considérants mentionnent que la proposition protège les droits fondamentaux, il n'existe pas de dispositions garantissant réellement que ce soit le cas. Le simple fait d'affirmer, comme dans le considérant 28, que la proposition respecte les droits fondamentaux ne suffit pas à les garantir. Certes, le considérant 10 est une exception étant donné qu'il évoque la nécessité de se conformer à la Convention de Genève. Le CCBE demande l'inclusion de garanties des droits fondamentaux dans les dispositions de la proposition. Les propositions de modifications du CCBE à l'article 3 § 2, deuxième alinéa (voir ci-dessus) illustrent exactement la manière dont les droits fondamentaux devraient figurer dans les dispositions de la proposition.

4. Conclusion

La proposition de la Commission pour une nouvelle « directive anti-contrebande » supprime l'ancienne clause humanitaire. Alors que l'ancienne directive l'avait incorporée à titre facultatif, il semble que seule une poignée de pays l'ait mise en œuvre. Curieusement, cela sert maintenant d'argument pour laisser entendre qu'elle n'est pas nécessaire. Rien n'est moins vrai. La suppression de cette clause indiquera précisément un changement de cap, à savoir un durcissement. La Commission fait référence à d'autres législations et à la jurisprudence des États membres, qui interprètent déjà la clause humanitaire de manières alternatives. L'analyse qu'elle fournit est vague. Il n'est pas inconcevable que le réflexe jurisprudentiel découle précisément de l'ancienne clause de la directive actuellement applicable. Quoi qu'il en soit, **une clause de solidarité incluant les avocats à l'article 3 est indispensable pour l'indépendance de la profession d'avocat en matière d'immigration.** Si elle n'existait pas, il est très réaliste de penser qu'elle aurait un effet dissuasif. Les dispositions supplémentaires des articles 5 et 6 ne font que renforcer ce point. **La proposition du CCBE consiste à délimiter très clairement l'exception proposée dans le texte ci-dessus. Les avocats spécialisés en droit de l'immigration devraient pouvoir exercer leurs fonctions professionnelles sans crainte de représailles, d'entraves, d'intimidations ou de harcèlement, conformément aux principes de base des Nations Unies relatifs au rôle du barreau.**

Le CCBE fait également remarquer que la proposition de la Commission illustre une tendance à aborder la question du trafic de migrants sous l'angle de la répression et du droit pénal, au détriment des garanties et de la protection nécessaires aux victimes ou aux victimes potentielles du trafic de migrants et aux personnes qui tentent de les aider. Le CCBE note que le Conseil de l'Europe évalue la faisabilité d'un nouvel instrument juridique pour protéger les personnes qui risquent d'être victimes de trafic de migrants dans le plein respect de leurs droits humains. Le CCBE accueillerait favorablement un tel instrument¹⁵.

¹⁵ À cet égard, voir par exemple la remarque de la secrétaire générale du Conseil de l'Europe [ici](#).