



Strasbourg, le 25 juin 2018

CDL-AD(2018)013

Avis de la Commission de Venise n° 919/2018
Avis de l'OSCE/BIDDH n° NGO-HUN/326/2018

Or. angl.

COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)
BUREAU DES INSTITUTIONS DÉMOCRATIQUES
ET DES DROITS DE L'HOMME DE L'OSCE
(OSCE/BIDDH)

HONGRIE

AVIS CONJOINT

**RELATIF AUX DISPOSITIONS DU PROJET DE TRAIN DE MESURES
LÉGISLATIVES DÉNOMMÉ « STOP SOROS »
QUI ONT DES RÉPERCUSSIONS DIRECTES SUR LES ONG**

**(En particulier le projet d'article 353A du Code pénal
sur la facilitation de l'immigration irrégulière)**

**Adopté par la Commission de Venise
à sa 115^e session plénière
(Venise, 22-23 juin 2018)**

sur la base des observations de :

M. Richard BARRETT (membre, Irlande)
M^{me} Veronika BÍLKOVÁ (membre, République tchèque)
M. Martin KUIJER (membre suppléant, Pays-Bas)
M. Dan MERIDOR (membre, Israël)
**M. Serghei OSTAF (membre du Groupe d'experts de l'OSCE/BIDDH sur la liberté
de réunion et d'association)**
**M^{me} Marta ACHLER (expert de l'OSCE/BIDDH en droit international des droits de
l'homme)**

Table des matières

I.	Introduction	3
II.	Observations générales	4
III.	Aperçu comparatif de la législation relative à l'infraction consistant à faciliter l'entrée, le transit ou le séjour irréguliers	7
IV.	Normes internationales	12
V.	Observations préliminaires.....	16
VI.	Analyse.....	18
VII.	Conclusion	26

I. Introduction

1. Dans une lettre datée du 22 mars 2018, le président de la commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, M. Frank Schwabe, a informé la Commission de Venise que la commission, lors de son audition tenue le 14 mars 2018 à Paris sur le thème « Assurer la protection des défenseurs des droits de l'homme dans les États membres du Conseil de l'Europe », avait décidé de demander l'avis de la Commission de Venise sur la compatibilité du train de mesures législatives « Stop Soros » présenté par le Gouvernement hongrois avec les normes internationales en matière de droits de l'homme, celui-ci comprenant les projets de loi t/1976 sur la délivrance d'une autorisation pour les organisations qui soutiennent l'immigration, t/19775 sur la taxe applicable au financement de l'immigration et t/19774 sur les ordonnances de restriction en matière d'immigration.

2. M. Richard Barrett, M^{me} Veronika Bílková, MM. Martin Kuijer et Dan Meridor ont fait office de rapporteurs au nom de la Commission de Venise. M. Serghei Ostaf et M^{me} Marta Achler ont été désignés comme experts juridiques pour l'OSCE/BIDDH.

3. Du 24 au 26 mai 2018, une délégation conjointe de la Commission de Venise et de l'OSCE/BIDDH, composée de MM. Richard Barrett, Martin Kuijer et Serghei Ostaf et accompagnée de M^{me} Simona Granata Menghini, secrétaire adjointe de la Commission de Venise, de M. Ziya Caga Tanyar, conseiller juridique au secrétariat et de M^{me} Tamara Otiashvili, responsable du soutien législatif au sein de l'OSCE/BIDDH, s'est rendue à Budapest où elle a rencontré M. Balazs Orban, secrétaire d'État auprès du cabinet du Premier ministre, des représentants de la commission des affaires étrangères et de la commission de la justice du Parlement hongrois, notamment des députés des partis au pouvoir et d'opposition, des représentants de la Cour constitutionnelle et plusieurs organisations de la société civile. La Commission de Venise et l'OSCE/BIDDH tiennent à remercier les autorités hongroises pour l'organisation de la visite.

4. Au cours de la visite, la délégation a appris que trois projets de loi issus du projet de train de mesures législatives « Stop Soros » n'avaient pas été maintenus à l'ordre du jour du parlement nouvellement élu (les élections législatives ont eu lieu le 8 avril 2018) et que le Parlement hongrois ne poursuivrait pas l'examen de ces textes. Le 25 mai, le Gouvernement hongrois a annoncé que ces projets de loi ne seraient pas présentés une nouvelle fois au parlement et qu'un nouveau train de mesures était en préparation. Il a été indiqué à la délégation que celui-ci serait adopté avant la fin de la session d'été du parlement.

5. Le 29 mai 2018, le ministre de l'Intérieur a soumis au parlement cette nouvelle version du projet de train de mesures législatives « Stop Soros ». Cette version prévoit des modifications de la loi XXXIV de 1994 relative à la police, de la loi XII de 1998 relative aux voyages à l'étranger, de la loi I de 2007 relative à l'entrée et au séjour de personnes bénéficiant du droit de libre circulation et de séjour, de la loi II de 2007 relative à l'entrée et au séjour de ressortissants de pays tiers, de la loi LXXX de 2007 relative à l'asile, de la loi LXXXIX de 2007 relative aux frontières nationales, de la loi XLVII de 2009 relative au système de casier judiciaire, à l'enregistrement des décisions de justice rendues contre des ressortissants hongrois par des juridictions des États membres de l'Union européenne et à l'enregistrement de données biométriques pénales et des services répressifs, de la loi II de 2012 relative aux infractions, à la procédure en cas d'infraction et au système d'enregistrement des infractions ainsi que, enfin, de la loi C de 2012 relative au Code pénal (CDL-REF(2018)025).

6. Dans une lettre datée du 31 mai 2018, le président de la commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire a confirmé que la demande d'avis initiale transmise le 22 mars 2018 portait aussi sur les modifications législatives

nouvellement proposées *dans la mesure où elles ont des répercussions sur les activités des ONG en Europe*. Par conséquent, dans le présent avis, la Commission s'intéressera en particulier au projet de modification du Code pénal hongrois (projet d'article 353/A du Code pénal), en évoquant les changements qu'il est proposé d'apporter à la loi relative à la police. Ce choix ne doit pas laisser penser que d'autres éléments du nouvel ensemble de propositions ne présentent pas des difficultés juridiques. En particulier, le présent avis conjoint ne traite pas de la conformité du nouveau train de mesures législatives avec le droit de l'Union européenne et la Convention et le Protocole des Nations Unies relatifs au statut des réfugiés (Convention sur les réfugiés), auxquels la Hongrie est partie. L'avis n'examine pas non plus directement le projet de loi n° T/332 concernant le septième amendement de la Loi fondamentale hongroise présenté au parlement en mai 2018 par le ministre hongrois de la Justice.

7. Le Secrétariat a reçu la traduction officielle du projet de loi le 15 juin 2018. Le présent avis conjoint peut contenir des inexactitudes en raison de la réception tardive de la traduction officielle.

8. La Commission de Venise et l'OSCE/BIDDH regrettent que le projet de train de mesures législatives ait été adopté par le parlement le 20 juin 2018 sans attendre l'adoption du présent avis par la Commission de Venise le 22 juin. La Commission n'a pas vu la version finale de ce texte telle qu'elle a été adoptée, mais n'a pas été informée par les autorités d'une quelconque modification significative par rapport à la version qu'elle a examinée dans le présent avis.

9. Cette situation est d'autant plus regrettable que le projet de loi « Stop Soros » initial a été remplacé par un nouveau projet très différent au dernier moment (le 20 mai) et que son adoption en grande hâte n'a permis à aucun acteur, y compris parmi le grand public et les experts, d'amorcer une discussion significative sur le train de mesures législatives. La loi adoptée par le parlement le 20 juin entrera en vigueur le premier jour du mois suivant sa promulgation (article 12 de la loi), c'est-à-dire le 1^{er} juillet¹. Cela ne laisse pas le temps aux organisations et aux individus concernés d'étudier les nouvelles dispositions et de s'y adapter.

10. Le présent avis conjoint a été examiné par la sous-commission sur les droits fondamentaux le 21 juin avant d'être adopté par la Commission de Venise à sa 115^e session plénière (Venise, 22-23 juin 2018).

II. Observations générales

11. Le 29 mai 2018, le Gouvernement hongrois a présenté un projet de révision de la Loi fondamentale de la Hongrie (projet de loi n° T/332 – septième amendement de la Loi fondamentale de la Hongrie) et un projet de loi portant modification de certaines lois relatives aux mesures de lutte contre l'immigration irrégulière (projet de loi n° T/333).

12. Les raisons qui ont conduit à l'adoption du 7^e amendement de la Loi fondamentale sont résumées dans l'exposé des motifs global joint à ce projet de loi : « L'immigration de masse qui frappe l'Europe et les activités des forces pro-immigration menacent la souveraineté nationale de la Hongrie. Bruxelles envisage d'instaurer un système de quotas fixes obligatoires pour la relocalisation des migrants résidant ou arrivant en Europe, ce qui représente un danger pour la sécurité de notre pays et changerait à jamais la population et la culture de la Hongrie ». Pour cette raison, l'article 1 du projet de loi complète la Profession de foi nationale par le texte suivant : « Nous pensons que la protection de notre identité enracinée dans notre constitution historique est une obligation fondamentale de l'État. » En outre, le projet de loi vise notamment à codifier le principe de non-refoulement consacré par la Convention sur les réfugiés (article 5,

¹ Concernant les normes en matière de transparence et de délibération dans le cadre du processus législatif, voir CDL-AD(2016)007, Liste des critères de l'État de droit, p. 13

paragraphe 1) tout en précisant que les citoyens non hongrois arrivant sur le territoire de la Hongrie en passant par un pays dit sûr n'ont pas droit à l'asile (article 5, paragraphe 2)².

13. Le nouveau projet législatif s'inscrit dans la logique qui sous-tend la révision de la Loi fondamentale. Il introduit notamment l'infraction pénale de « facilitation de l'immigration irrégulière » (article 353/A du Code pénal³). D'après le paragraphe 1 de cet article, est passible d'une sanction pénale quiconque participe à des activités d'organisation visant à faciliter l'introduction d'une demande d'asile à l'égard d'une personne qui, dans son pays d'origine, dans le pays où elle réside habituellement ou dans un autre pays par lequel elle est arrivée, ne fait pas l'objet de persécutions ou qui avance des allégations de persécutions directes non fondées. De même, le projet de disposition érige en infraction pénale la conduite d'activités organisationnelles dans le but d'aider une personne entrant ou résidant illégalement en Hongrie à obtenir un titre de séjour. Dans l'exposé des motifs, il est indiqué que « des exemples concrets montrent que les personnes qui entrent ou séjournent illégalement en Hongrie sont aidées lors de leur entrée dans le pays non seulement par des organisations internationales, mais aussi par des organisations hongroises ».

14. Le paragraphe 2 du projet d'article 353/A prévoit une peine d'un an d'emprisonnement pour quiconque fournit des ressources matérielles permettant de commettre l'infraction visée au paragraphe 1.

² La Commission note que la révision de la Loi fondamentale introduit également une nouvelle disposition portant sur le droit de jouir d'une vie privée et familiale, d'un domicile, d'un accès aux communications et d'une bonne réputation (article 4). Cette disposition particulière semble n'avoir aucun rapport avec l'exposé des motifs qui accompagne le projet de loi. La Commission relève également que cette dernière disposition est très pertinente pour une demande d'avis sur des questions relatives à la protection de la vie privée (n° 890/2017), soumise par les autorités hongroises. Les travaux sur cette demande ont été suspendus à la demande des autorités.

³ « **Facilitation de l'immigration irrégulière** »

Article 353/A

- (1) Quiconque participe à des activités d'organisation visant
 - a) à faciliter le lancement d'une procédure de demande d'asile en Hongrie à l'égard d'une personne qui ne fait pas l'objet de persécutions dans son pays d'origine, dans le pays où elle réside habituellement ou dans le pays par lequel elle est arrivée en Hongrie du fait de sa race, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social, de ses convictions religieuses ou de ses opinions politiques, ou qui n'a pas de raison valable de craindre des persécutions directes, ou
 - b) à aider une personne entrant ou résidant illégalement en Hongrie à obtenir un titre de séjour, encourt un placement en confinement, à moins d'avoir commis une infraction pénale plus grave.
- (2) Quiconque fournit des ressources matérielles permettant de commettre l'infraction pénale visée au paragraphe 1 ou mène de telles activités d'organisation de façon régulière est passible d'une peine maximale d'un an d'emprisonnement.
- (3) Quiconque commet l'infraction pénale visée au paragraphe 1
 - a) pour obtenir un gain financier,
 - b) en aidant plus d'une personne ou
 - c) à une distance de moins de huit kilomètres de la frontière ou du marqueur frontalier correspondant à la frontière extérieure aux termes de l'article 2, alinéa 2 du Code frontières Schengen, encourt la peine prévue au paragraphe 2.
- (4) La sanction de l'auteur de l'infraction pénale visée au paragraphe 1 peut être réduite sans restriction ou, dans les cas qui méritent un traitement particulier, peut être levée si l'auteur révèle les circonstances dans lesquelles l'infraction pénale a été commise au plus tard au moment de sa mise en examen.
- (5) Aux fins de l'article 353/A, les activités d'organisation comprennent en particulier
 - a) la conduite d'une surveillance aux frontières dans un but visé au paragraphe 1 à la frontière ou à un marqueur frontalier correspondant à la frontière extérieure de la Hongrie aux termes de l'article 2, alinéa 2 du Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes,
 - b) l'élaboration ou la diffusion de documents d'information ou le fait de charger un tiers de réaliser ces actes et
 - c) la constitution ou l'exploitation d'un réseau.

15. La notion d'« activités d'organisation » est décrite au paragraphe 5 du projet de disposition. Ce terme désigne (i) la surveillance des frontières extérieures de la Hongrie, (ii) l'élaboration ou la diffusion de documents d'information, et (iii) la constitution ou l'exploitation d'un réseau. Les catégories (ii) et (iii) en particulier pourraient concerner les ONG qui fournissent aux immigrés des informations notamment sur les procédures d'asile et l'aide juridique à proximité de la frontière et qui s'appuient souvent sur l'assistance de bénévoles. Cette liste n'est pas exhaustive et pourrait inclure d'autres activités.

16. Le paragraphe 3 du projet de disposition prévoit des circonstances aggravantes, telles que le fait de mener ces activités à des fins lucratives, d'apporter de l'aide à plus d'une personne ou de commettre l'infraction à une distance de moins de huit kilomètres des frontières extérieures de la Hongrie. La sanction maximale est alors portée à une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à un an.

17. Actuellement, le Code pénal hongrois contient des dispositions traditionnelles qui incriminent le trafic d'immigrés en situation irrégulière (article 353) et l'aide au séjour irrégulier (article 354). Ces dispositions incriminent le trafic (apporter de l'aide à une autre personne pour franchir les frontières d'un État en contrevenant aux dispositions légales) et le fait d'aider, dans un but lucratif, un ressortissant étranger à séjourner illégalement en Hongrie. Selon les autorités hongroises, le nouveau projet d'article 353/A diffère des articles 353 et 354 existants dans la mesure où il incrimine des activités organisationnelles énumérées de manière non exhaustive dans son paragraphe 5, qui sont menées dans le but de permettre à des migrants en situation irrégulière d'engager une procédure de demande d'asile et de les aider à entrer et à séjourner illégalement en Hongrie ainsi qu'à obtenir un titre de séjour.

18. Trois autres projets de dispositions concernent les personnes qui font l'objet de poursuites pénales ou qui ont été condamnées pour avoir commis l'infraction pénale instaurée par le projet d'article 353/A et qui n'ont pas la nationalité hongroise ni la citoyenneté de l'Union européenne :

- le projet d'article 46/F de la loi relative à la police selon lequel il est interdit à une personne faisant l'objet de poursuites pénales pour l'infraction instaurée par l'article 353/A d'entrer dans un périmètre situé à une distance de huit kilomètres de la frontière, sous peine de se voir contrainte d'en sortir ;
- le projet d'article 5 de la loi LXXXIX de 2007 relative aux frontières nationales selon lequel une personne faisant l'objet de poursuites pénales pour l'infraction instaurée par l'article 353/A ne peut être présente sur le territoire visé au paragraphe 1a de la disposition ;
- le projet d'article 364 du Code pénal selon lequel les auteurs de l'infraction pénale instaurée notamment par le projet d'article 353/A peuvent être exclus de certaines zones.

19. Enfin, il convient d'accorder une attention particulière à la loi CIV de 2001 relative aux mesures de droit pénal applicables aux personnes morales. Elle ne fait pas à proprement parler partie du projet de train de mesures législatives « Stop Soros », mais elle est mentionnée dans les notes explicatives et est utile pour comprendre l'ensemble des sanctions consécutives à une condamnation pour la nouvelle infraction pénale prévue par le projet d'article 353A examiné dans le présent avis. En vertu des articles 2 et 3 de la loi CIV, si certains membres du personnel d'une personne morale⁴ sont reconnus coupables d'une infraction pénale visée par la loi IV du

⁴ Y compris a) un dirigeant de la personne morale, un membre, un employé, un cadre, un employé de direction habilité à la représenter, un membre du conseil de surveillance et/ou un représentant, dans le champ d'activité de la personne morale, b) un membre ou un employé dans le champ d'activité de la personne morale, qui aurait pu

Code pénal commise intentionnellement dans le but de générer un profit pour la personne morale ou ayant conduit celle-ci à réaliser un profit, le tribunal peut – et dans certains cas doit – prendre certaines mesures à l'encontre de la personne morale, comme sa dissolution, la limitation de son activité ou l'imposition d'une amende.

III. Aperçu comparatif de la législation relative à l'infraction consistant à faciliter l'entrée, le transit ou le séjour irréguliers

20. Dans ses Lignes directrices de 2009 sur la protection des droits de l'homme dans le contexte des procédures d'asile accélérées, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe estime que « les demandeurs d'asile doivent bénéficier des aides sociales et médicales nécessaires, y compris des soins d'urgence »⁵.

21. L'Assemblée parlementaire, dans sa résolution de 2015 intitulée « La criminalisation des migrants en situation irrégulière : un crime sans victime », souligne « la nécessité de mettre fin à la menace de poursuites pour complicité à la migration irrégulière » et appelle les États membres à « donner un accès aux droits essentiels pour la dignité humaine (soins médicaux, éducation) aux migrants en situation irrégulière »⁶.

22. Étant donné que la Hongrie est un État membre de l'Union européenne, le droit de l'Union européenne constitue une part importante du contexte juridique de sa législation en matière de migration. Le cadre concernant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers est fixé par la Directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers et par la Décision-cadre du Conseil du 28 novembre 2002 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers⁷. La Directive 2002/90/CE du Conseil, après avoir indiqué qu'il convient de s'attaquer à l'aide apportée à l'immigration clandestine, non seulement lorsqu'elle concerne le franchissement irrégulier de la frontière à proprement parler, mais aussi lorsqu'elle a pour but d'alimenter des réseaux d'exploitation des êtres humains, impose à chaque État membre, dans son article premier (Infraction générale), d'adopter des sanctions appropriées pour l'aide à l'immigration irrégulière. L'article 1 (1) dispose que « 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 ».

23. Le second paragraphe de l'article premier de la directive du Conseil prévoit cependant que les États peuvent décider de ne pas imposer de sanctions à l'égard du comportement défini au

être empêché d'agir par un dirigeant, un employé de direction ou le conseil de surveillance s'il avait rempli ses obligations en matière de surveillance ou de contrôle.

⁵ Lignes directrices sur la protection des droits de l'homme dans le contexte des procédures d'asile accélérées, adoptées par le Comité des Ministres le 1^{er} juillet 2009 lors de la 1062^e réunion des Délégués des Ministres. Voir aussi le paragraphe 34 de l'Observation générale n° 14 du CESCR des Nations Unies sur « Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint » (article 12) (2000) : « Les États sont en particulier liés par l'obligation de respecter le droit à la santé, notamment en s'abstenant de refuser ou d'amoindrir l'égalité d'accès de toutes les personnes, dont les détenus, les membres de minorités, les demandeurs d'asile et les immigrants en situation irrégulière. »

⁶ Doc. 13788, 7 mai 2015, La criminalisation des migrants en situation irrégulière : un crime sans victime. Précédemment, dans son rapport de 2014 intitulé « Le "bateau cercueil" : actions et réactions », l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, au sujet de la criminalisation de la migration irrégulière, recommandait que les États membres suppriment tout facteur pouvant dissuader les navires privés de procéder à des sauvetages « en mettant fin à la menace de poursuites pour complicité à l'immigration irrégulière, à l'origine de préjudices moraux et financiers ». Doc. 13532, 9 juin 2014, Le « bateau cercueil » : actions et réactions.

⁷ 2002/946/JAI

paragraphe 1, point a), en appliquant leur législation et leur pratique nationales, dans les cas où ce comportement a pour but d'apporter une aide humanitaire à la personne concernée.

24. L'article 3 de la directive du Conseil dispose en outre que chaque État membre prend les mesures nécessaires pour assurer que les infractions visées aux articles 1^{er} et 2 fassent l'objet de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives.

25. Les Conclusions du Conseil sur le trafic de migrants, adoptées par le Conseil de l'Union européenne le 10 mars 2016⁸, soulignent l'importance d'une action cohérente, crédible et efficace visant à prévenir et à combattre le trafic de migrants, qui respecte pleinement les droits de l'homme et la dignité des migrants victimes de passeurs ainsi que des personnes apportant une aide humanitaire, entre autres. Les conclusions rappellent par ailleurs que la Directive 2002/90/CE autorise les États membres à ne pas imposer de sanctions à l'égard de personnes fournissant une aide à l'entrée ou au transit irréguliers dans le but d'apporter une aide humanitaire aux migrants. En mars 2017, dans son rapport d'évaluation sur l'application des règles de l'UE en matière de lutte contre le trafic de migrants, la Commission européenne exprimait certaines préoccupations concernant le fait d'ériger en infraction pénale des actions menées par des organisations de la société civile ou des personnes qui apportent une aide humanitaire aux migrants en situation irrégulière⁹.

26. D'après une enquête menée par la Commission de Venise et sur la base d'une étude conduite en 2013 par l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA) concernant la législation des États membres de l'UE relative à l'entrée et au séjour irréguliers des migrants¹⁰, le fait de faciliter l'entrée et le séjour irréguliers est passible de sanctions dans presque tous les États membres de l'UE et dans la majorité des États membres du Conseil de l'Europe. La tendance générale est donc à l'adoption de dispositions visant à décourager l'immigration dans les pays qui cherchent à réduire l'effet « d'appel d'air » qui attirerait les migrants dans certains territoires. Selon le rapport de la FRA sur la criminalisation des migrants en situation irrégulière et des personnes qui leur viennent en aide, il n'est pas nécessaire, dans 24 États membres de l'UE, que l'action facilitant l'entrée irrégulière vise un gain ou un profit financier pour qu'elle constitue une infraction passible de sanctions, le but lucratif étant considéré comme une circonstance aggravante, mais non comme un élément constitutif de l'infraction pénale. Dans 13 États membres de l'UE, la recherche d'un profit n'est pas nécessaire pour que le fait de faciliter un séjour irrégulier soit puni en vertu du droit pénal et, dans 14 États membres, la facilitation du séjour n'est passible de sanctions que si elle est entreprise dans un but lucratif.

27. En France, en vertu de l'article L621-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (ci-après « CESEDA »), toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger en France sera puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 30 000 euros. L'article L622-4 du CESEDA introduit un certain nombre d'exceptions à la règle générale prévue par l'article L621-1 concernant l'infraction consistant à aider un ressortissant d'un pays tiers en situation irrégulière à séjourner illégalement en France. Par conséquent, l'aide au séjour irrégulier d'un étranger en France ne peut donner lieu à des poursuites pénales lorsqu'elle est le fait des proches de ce ressortissant d'un pays tiers, comme indiqué de manière exhaustive

⁸ Conseil de l'Union européenne, communiqué de presse 120/16, disponible sur <http://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/03/10/council-conclusions-on-migrant-smuggling/>

⁹ Commission européenne, SWD(2017) 120 final, Évaluation du cadre juridique de l'UE visant à lutter contre l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers : le train de mesures relatives aux passeurs (directive 2002/90/CE et décision-cadre 2002/946/JAI).

¹⁰ FRA, 2013, Annexe : législation des États membres de l'UE relative à l'entrée et au séjour irréguliers ainsi qu'à la facilitation de l'entrée et du séjour irréguliers » (https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-criminalisation-of-migrants-annex_en.pdf). Voir aussi l'évaluation SWD(2017) 120 final de la Commission européenne mentionnée ci-dessus.

dans la disposition¹¹. En outre, aux termes de l'article L622-4 (3), le fait de fournir des conseils juridiques ou des prestations de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux destinées à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger, ou bien toute autre aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci, lorsque cette assistance n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte, constitue explicitement une exception à l'infraction pénale d'assistance au séjour irrégulier visée à l'article L621-1.

28. En avril 2018, l'Assemblée nationale française a adopté une modification de l'article L622-4 et a étendu les exceptions à l'infraction pénale prévue à l'article L621-1. Selon les projets de modifications, actuellement examinés par le Sénat, ces exceptions concernent non seulement l'aide au séjour, mais aussi le transport des étrangers en situation irrégulière, si l'acte est lié à l'une des exceptions prévues à l'article L622-4. En outre, selon les projets de modifications, l'accompagnement linguistique ou social aux migrants en situation irrégulière n'est pas considéré comme une infraction pénale. L'article L-622, dans sa forme actuelle, a été soumis au Conseil constitutionnel français pour un contrôle de constitutionnalité ; il est en cours d'examen¹².

29. Dans un certain nombre de pays, l'« assistance humanitaire », du moins sous certaines formes, est explicitement exemptée des sanctions applicables à l'infraction consistant à faciliter l'entrée et/ou le séjour irréguliers.

30. En Autriche, en vertu de l'article 120(9) de la loi relative à la police des étrangers, les conjoints, les partenaires enregistrés, les enfants et/ou les parents ne sont pas passibles de sanctions pour l'infraction consistant à faciliter l'entrée et le séjour (aux termes de l'article 120(3) de la loi relative à la police des étrangers) si l'auteur n'a pas pour but de s'enrichir ou d'enrichir un tiers illégalement. En outre, dans une décision du 22 juin 2006, la Cour constitutionnelle autrichienne a estimé que l'octroi d'une aide humanitaire sans intention d'empêcher l'exécution de mesures officielles sur une longue période ne correspond pas aux éléments constitutifs de l'infraction¹³.

31. En Belgique, en vertu de l'article 77 (2) de la loi relative à l'immigration, le paragraphe 1 de l'article 77 concernant l'infraction qui consiste à aider sciemment un étranger en situation irrégulière à entrer, séjourner ou transiter n'est pas applicable si l'assistance a été fournie pour des raisons humanitaires. Il semble que la jurisprudence des tribunaux belges soit encore en train d'évoluer dans ce domaine¹⁴.

32. En Allemagne, conformément au règlement administratif général du ministère fédéral de l'Intérieur, tel que modifié en 2009, les personnes qui agissent dans le cadre de fonctions

¹¹ Des ascendants ou descendants de l'étranger, de leur conjoint, des frères et sœurs de l'étranger ou de leur conjoint ; du conjoint de l'étranger, de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui, ou des ascendants, descendants, frères et sœurs du conjoint de l'étranger ou de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui.

¹² Ces dernières années, plusieurs personnes ont été condamnées en France pour avoir apporté leur aide à des migrants en situation irrégulière parce que leur « action militante » allait au-delà des seules préoccupations humanitaires. L'agriculteur Cédric Herrou a été condamné en appel à Aix-en-Provence le 8 août 2017 à quatre mois de prison avec sursis. S'opposant au raisonnement du tribunal de première instance, l'avocat général avait considéré qu'il ne pouvait bénéficier des exceptions prévues par l'article L622-4 du CESEDA, car « quand l'aide à l'entrée s'inscrit dans une contestation globale de la loi, elle n'entre pas dans les exemptions prévues mais sert une cause militante, et non une réponse à une situation de détresse. Ce service constitue, à ce titre, une contrepartie ». L'arrêt de la Cour d'appel précise que l'action militante visant à soustraire les étrangers irréguliers au contrôle exercé par les autorités ne relève pas des exceptions prévues par la loi.

¹³ Cour constitutionnelle, G11/06, 22 juin 2006

¹⁴ Selon un article de presse récent, 12 personnes, dont deux journalistes, vont être jugées pour avoir fourni un abri à des migrants en situation irrégulière. Cette affaire montre un durcissement à l'égard des personnes qui cherchent à aider les migrants en situation irrégulière.

https://www.lemonde.fr/europe/article/2018/06/04/en-belgique-deux-journalistes-accusees-d-activites-criminelles-pour-avoir-aide-des-sans-papiers_5309397_3214.html

professionnelles ou honorifiques spécifiques ne sont pas passibles des sanctions prévues par l'article 96 de la loi relative au séjour concernant les infractions qui consistent à faciliter l'entrée et le séjour des migrants en situation irrégulière.

33. Au Royaume-Uni, l'article 25A de la loi de 1971 relative à l'immigration prévoit que l'infraction pénale consistant à faciliter une violation de cette loi par une personne qui n'est pas un citoyen de l'Union européenne (y compris les infractions consistant à faciliter l'entrée et le séjour d'un migrant en situation irrégulière) n'est pas constituée lorsqu'une personne agit au nom d'une organisation qui vise à aider les demandeurs d'asile et ne facture pas ses services. La loi exclut donc explicitement de son champ d'application les activités humanitaires menées par des organisations de la société civile à but non lucratif.

34. En Grèce, la peine d'emprisonnement et l'amende prévues à l'article 73 de la loi relative à l'immigration pour l'infraction consistant à faciliter l'entrée et/ou le séjour sur le territoire hellénique de ressortissants de pays tiers en situation irrégulière ne sont pas applicables en cas de sauvetage de personnes en mer et en cas de transport de personnes ayant besoin d'une protection internationale, comme l'exige le droit international de la mer (article 88, paragraphe 6, de la loi relative à l'immigration).

35. En Finlande, conformément à l'article 8 (2) du Code pénal concernant l'« organisation de la migration illégale », cette infraction n'est pas constituée lorsque l'on considère que l'acte concerné a été accompli dans des circonstances justifiées, eu égard en particulier aux motifs humanitaires de l'auteur de l'acte ou de ses motivations liées à des relations familiales étroites avec l'étranger ainsi qu'aux conditions de sécurité de ce dernier dans son pays d'origine ou de résidence permanente, et lorsque ces éléments sont évalués dans leur ensemble. Bien que l'« assistance humanitaire » ne soit pas explicitement prévue comme un motif d'exception aux infractions pénales consistant à faciliter l'entrée et le transit illégaux d'un étranger (chapitre 20, article 7 de la loi relative aux étrangers) ou à aider un étranger à séjourner illégalement en Suède à des fins lucratives (chapitre 20, article 8), la Cour suprême suédoise a estimé qu'aider quelqu'un à faire une demande d'asile pour des raisons humanitaires peut, en principe, ne pas faire l'objet d'une sanction¹⁵.

36. En Italie, selon l'article 12 de la loi relative à l'immigration, le fait d'apporter une aide et une assistance humanitaire aux étrangers dans le besoin ne constitue pas une infraction.

37. En Norvège, en vertu de l'article 108 de la loi de 2008 relative à l'immigration, une personne qui fournit une assistance humanitaire à un ressortissant étranger en séjour irrégulier ne peut être passible d'une sanction pour aide et complicité au séjour irrégulier, à moins que cette personne n'ait eu l'intention d'aider le ressortissant étranger à se soustraire à l'obligation de quitter le territoire et que cette assistance ait compliqué la tâche des autorités pour mettre en œuvre la mesure d'éloignement le concernant.

38. En Hongrie, les dispositions pénales relatives à l'infraction consistant à faciliter l'entrée et le séjour de migrants en situation irrégulière (articles 353 et 354 du Code pénal) ne mentionnent pas l'« assistance humanitaire » comme motif spécifique d'exemption de peine. La règle générale prévue à l'article 23 du Code pénal intitulé « moyens de dernier ressort », qui dispose que « toute personne qui agit pour sauver sa propre personne ou ses biens ou un tiers ou les biens d'un tiers d'un danger imminent qui ne saurait être évité autrement, ou qui agit pour la défense de l'intérêt général, ne peut faire l'objet de poursuites, à condition que le préjudice causé par ses actes ne dépasse pas le péril dont elle était menacée », est applicable en ce qui concerne les infractions consistant à faciliter l'entrée et le séjour de ressortissants étrangers.

¹⁵ Suède, Cour suprême, Affaire n° NJA 2009 s. 424, 15 juin 2009, décision citée dans le rapport de la FRA sur la criminalisation des migrants en situation irrégulière et des personnes qui leur viennent en aide, p. 10-11

39. Aux Pays-Bas, bien que l'« assistance humanitaire » ne soit pas spécifiquement mentionnée aux paragraphes (1) et (2) de l'article 197A portant sur les infractions consistant à faciliter respectivement l'entrée et le séjour, il apparaît que le législateur n'a jamais voulu que l'infraction pénale soit applicable aux personnes agissant pour des raisons humanitaires¹⁶, un principe qui se traduit également dans la jurisprudence de la Cour suprême néerlandaise¹⁷.

40. Dans les pays où la recherche d'un profit financier n'est pas un élément constitutif de l'infraction, il est particulièrement important de déterminer si l'on considère que l'aide/assistance humanitaire doit être exempte de sanctions. Si le ministère public doit prouver l'existence d'un gain ou d'un profit financier pour que la sanction pénale appropriée à l'acte de facilitation soit applicable, alors l'assistance humanitaire, qui est par définition à but non lucratif¹⁸, ne relève pas, du moins en théorie, du champ d'application des dispositions pénales.

41. Au Luxembourg, par exemple, en vertu de l'article 382-4 du Code pénal, l'infraction pénale consistant à faciliter l'entrée ou le séjour ne peut être commise qu'« à des fins lucratives ». Bien que la notion d'assistance humanitaire ne figure pas explicitement dans la loi, l'élément de gain financier de l'infraction place théoriquement les activités d'assistance humanitaire en dehors du champ d'application de la disposition pénale.

42. Au Portugal (article 183 de la loi relative aux étrangers), en Croatie (article 326 du Code pénal), en Serbie (article 350 du Code pénal), en Turquie (article 79 du Code pénal – profit matériel), en Bosnie-Herzégovine (article 189(1) du Code pénal) et en Allemagne (article 96 de la loi relative au séjour), les deux infractions consistant à faciliter l'entrée et le séjour nécessitent la recherche d'un gain financier. Étant donné que cette intention de réaliser un profit financier est un élément constitutif de l'infraction, selon un rapport de recherche publié par l'Office fédéral allemand des migrations et des réfugiés, cet article peut donner lieu à une exemption de peine même en cas d'assistance humanitaire par des particuliers¹⁹. En Irlande, l'infraction consistant à faciliter le séjour n'existe pas. En ce qui concerne l'infraction de facilitation de l'entrée, la sanction prévue n'est pas applicable aux actes accomplis par une personne à des fins autres que lucratives (article 2 de la loi de 2000 relative aux immigrés en situation irrégulière (trafic)). En outre, selon la même disposition, la sanction ne s'applique pas non plus à toutes les mesures que prend une personne employée par une organisation de bonne foi pour aider un immigré en situation irrégulière si l'objectif de cette organisation inclut l'assistance aux demandeurs d'asile.

43. En Autriche, la recherche d'un profit financier (le but consistant à s'enrichir ou à enrichir un tiers) est un élément constitutif de l'infraction de facilitation de l'entrée (article 114 de la loi relative à la police des étrangers). L'article 115 de la loi relative à la police des étrangers qui porte sur l'infraction consistant à faciliter le séjour se fonde sur un autre principe et considère comme une infraction pénale le fait de faciliter le séjour illégal d'un étranger dans le but de s'enrichir ou d'enrichir un tiers illégalement *en imposant notamment à l'immigré le paiement d'une somme importante*.

44. L'élément de gain financier peut différer en fonction de la nature de l'infraction en question ; en effet, dans de nombreux pays, alors que le profit financier est un élément constitutif de l'infraction de facilitation du séjour, ce n'est pas le cas de l'infraction de facilitation de l'entrée.

¹⁶ Kamerstukken II 2003-2004, 29 291, nr. 3, p. 6

¹⁷ Hoge Raad, 16 mai 2017, ECLI:NL:HR:2017:888

¹⁸ Pour le caractère non lucratif, voir les principes de l'aide humanitaire (humanité, impartialité, neutralité et indépendance) qui découlent des Conventions de Genève, en particulier de [l'article 27 de la Convention \(IV\) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre \(Genève, 12 août 1949\)](#). Au niveau de l'UE, les principes humanitaires sont inscrits dans le [Consensus européen sur l'aide humanitaire](#), signé en décembre 2007 et dans l'article 214.2 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

¹⁹ Rapport de recherche, Illegal aufhältige Drittstaatsangehörige in Deutschland: Staatliche Ansätze, Profil und soziale Situation, l'Office fédéral allemand des migrations et des réfugiés, 31 mars 2006, p. 35 f.

Ainsi, en Bulgarie (article 280 – facilitation de l'entrée – et article 281 – facilitation du séjour – du Code pénal), à Chypre (article 19A de la loi relative aux étrangers et à l'immigration), en République tchèque (article 340 – facilitation de l'entrée – et article 341 – facilitation du séjour – du Code pénal), en Hongrie (article 353 – facilitation de l'entrée – et article 354 – facilitation du séjour – du Code pénal), en Italie (article 12 de la loi relative à l'immigration, décret législatif 92/2008 – facilitation de l'entrée – et article 12 de la loi relative à l'immigration, décret législatif 94/2009 – facilitation du séjour), aux Pays-Bas (article 197A(1) – facilitation de l'entrée et article 197A(2) – facilitation du séjour – du Code pénal), en Pologne (article 264 – facilitation de l'entrée et article 264a – facilitation du séjour – du Code pénal), en Espagne (article 318bis – facilitation de l'entrée – et article 54 – facilitation du séjour – de la loi organique relative aux étrangers), etc.

45. Dans un certain nombre de pays, le profit financier n'est pas du tout un élément constitutif de l'infraction d'assistance à la migration irrégulière (facilitation de l'entrée et du séjour des migrants irréguliers), comme en Belgique (article 77 de la loi relative à l'immigration), en Croatie (article 43 de la loi relative aux étrangers), au Danemark (article 59(7) de la loi relative aux étrangers), à Monaco (article 24 du Code pénal), en Suisse (article 116 de la loi sur les étrangers, dans lequel l'enrichissement est considéré comme une circonstance aggravante), en Estonie (article 259 du Code pénal), en France (article L622-1 du CESEDA), en Grèce (article 87 de la loi relative à l'immigration), en Slovénie (article 146 de la loi relative aux étrangers), en Ukraine (article 332 du Code pénal), en Albanie (article 297 du Code pénal, dans lequel le profit n'est qu'une circonstance aggravante), au Pérou (articles 303A et B du Code pénal), etc. Comme indiqué précédemment, dans le cas où la recherche d'un gain financier n'est pas un élément constitutif de l'infraction de facilitation de l'entrée et/ou du séjour, l'exemption accordée en cas d'aide/assistance humanitaire dans l'application des dispositions pénales prend une importance encore plus grande.

46. D'un point de vue comparatif, l'infraction d'assistance à la migration irrégulière, qui couvre la facilitation de l'entrée et du séjour à la fois, est punie d'une amende et/ou d'une peine d'emprisonnement. Dans les pays où le gain financier est un élément constitutif de l'infraction pénale, le montant de l'amende peut être plus élevé ou la peine d'emprisonnement prévue par la législation pénale peut être plus lourde. Au Portugal, par exemple, où l'infraction d'assistance à la migration irrégulière ne peut être commise qu'à des fins lucratives, la peine de prison prévue par la législation est de 1 à 5 ans. Aux Pays-Bas, bien que le profit financier soit un élément constitutif uniquement de l'infraction de facilitation du séjour et non de l'infraction de facilitation de l'entrée, les deux infractions sont punies d'une amende pouvant s'élever jusqu'à 78 000 euros ou d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à 4 ans. En Slovaquie, la peine de prison applicable pour l'infraction de facilitation de l'entrée (qui ne requiert pas de recherche d'un gain financier pour qu'elle soit constituée) est de 1 à 5 ans ; pour l'infraction de facilitation (qui requiert un gain financier), elle s'étend de 2 à 8 ans.

IV. Normes internationales

47. La Hongrie est partie à tous les principaux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, y compris le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950. Aux termes de l'article Q de la Constitution, « afin de remplir ses obligations au regard du droit international, la Hongrie assure la conformité du droit hongrois avec le droit international » (paragraphe 2). Étant donné que l'ordre juridique hongrois est essentiellement dualiste, les traités internationaux ne sont pas directement applicables au niveau national mais « s'intègrent dans le système juridique hongrois par la promulgation de réglementations juridiques » (article Q(3) de la Constitution).

48. Le droit à la *liberté d'association* est inscrit dans l'article 22 du PIDCP²⁰ et l'article 11 de la CEDH²¹. Au nombre des instruments juridiques non contraignants traitant de la liberté d'association, on peut citer : les lignes directrices intitulées *Le statut juridique des organisations non gouvernementales et leur rôle dans une démocratie pluraliste*, adoptées lors d'une réunion multilatérale organisée par le Conseil de l'Europe du 23 au 25 mars 1998 ; la *Déclaration des Nations Unies sur les défenseurs des droits de l'homme* du 8 mars 1999²² ; les *Principes fondamentaux sur le statut des organisations non gouvernementales en Europe*, adoptés lors de réunions multilatérales organisées par le Conseil de l'Europe en 2001 et 2002 et la *Recommandation CM/Rec(2007)14 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur le statut juridique des organisations non gouvernementales en Europe* adoptée le 10 octobre 2007²³. Les États participants de l'OSCE se sont engagés « à veiller à ce que toute personne soit autorisée à exercer le droit d'association, y compris le droit effectif de créer des organisations non gouvernementales (...) ainsi que d'adhérer à ces organisations et de participer à leurs activités » (Document de Copenhague, 1990) et « à renforcer la capacité des ONG de contribuer pleinement au développement de la société civile et au respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (Document d'Istanbul, 1999).

49. La Commission de Venise, en collaboration avec l'OSCE/BIDDH, a publié en 2014 des *Lignes directrices conjointes sur la liberté d'association*²⁴, qui donnent un aperçu des normes internationales applicables dans ce domaine. En ce qui concerne le droit à la liberté d'association qui permet aux individus de créer des associations et d'en déterminer les buts, le principe 4 des Lignes directrices sur la liberté d'association dispose expressément que « (l)es fondateurs et membres d'associations sont libres de définir les objectifs et les activités de leurs associations, dans les limites prévues par les lois et le respect des normes internationales ». La Commission de Venise a également traité de la liberté d'association dans un certain nombre d'avis²⁵.

50. Tous les instruments susmentionnés reconnaissent l'importance du rôle que les organisations de la société civile (ci-après OSC) jouent dans les sociétés démocratiques modernes. Les OSC permettent aux citoyens de s'associer pour promouvoir certains objectifs et/ou mener certains projets. En tant que forme d'engagement public parallèle à celui de la

²⁰ L'article 22.2. du PIDCP dispose que « l'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publiques, de l'ordre public, ou pour protéger la santé ou la moralité publiques ou les droits et les libertés d'autrui ».

²¹ L'article 11.2. de la CEDH dispose que « l'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

²² UN Doc. A/RES/53/144, *Déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus*, 8 mars 1999

²³ *Recommandation CM/Rec(2007)14 sur le statut juridique des organisations non gouvernementales en Europe*, 10 octobre 2007

²⁴ CDL-AD(2014)046, *Lignes directrices conjointes sur la liberté d'association*, Étude n° 706/2012, OSCE/BIDDH Legis-Nr : GDL-FOASS/263/2014, 17 décembre 2014

²⁵ Voir CDL-AD(2011)035, *Avis sur la compatibilité de la législation de la République d'Azerbaïdjan relative aux organisations non gouvernementales avec les normes relatives aux droits de l'homme*, Avis n° 636/2011, 19 octobre 2011 ; CDL-AD(2013)023, *Avis intérimaire relatif au projet de loi sur les organisations qui mènent des activités civiles en Égypte*, Avis n° 732/2013, 18 juin 2013 ; CDL-AD(2013)030, *Avis intérimaire conjoint sur le projet de loi modifiant la loi sur les organisations non commerciales et autres actes législatifs de la République kirghize*, Avis n° 738 /2013, 16 octobre 2013 ; CDL-AD(2014)025, *Avis sur la loi fédérale n° 121-fz relative aux organisations non commerciales (« loi sur les agents étrangers »), sur les lois fédérales n° 18-fz et n° 147-fz et sur la loi fédérale n° 190-fz portant amendement au Code pénal (« loi sur la trahison ») de la Fédération de Russie*, Avis n° 716-717/2014, 27 juin 2014 ; CDL-AD(2014)043, *Avis relatif à la loi sur les organisations non gouvernementales (Associations publiques et fonds) telle qu'amendée de la République d'Azerbaïdjan*, Avis n° 787/2014, 15 décembre 2014 ; CDL-AD(2016)020, *Avis concernant la loi fédérale n° 129-fz portant révision de certains actes législatifs (loi fédérale sur les activités indésirables d'organisations non gouvernementales étrangères et internationales)*, Avis n° 814/2015, 13 juin 2016

participation au processus politique formel, les OSC doivent coopérer avec les autorités publiques tout en conservant leur indépendance. Les membres des OSC et les OSC elles-mêmes sont titulaires de droits fondamentaux. De plus, l'État a l'obligation de respecter, de protéger et de faciliter l'exercice du droit à la liberté d'association²⁶.

51. Le droit à la liberté d'association « conditionne d'autres libertés fondamentales »²⁷. Il est étroitement lié aux droits à la liberté d'expression, à la liberté de religion et au respect de la vie privée ou à l'interdiction de la discrimination. Il s'agit d'un « droit individuel qui permet aux personnes de se réunir pour faire valoir, promouvoir et défendre collectivement leurs intérêts communs »²⁸.

52. Le droit à la liberté d'association est un élément central d'une société moderne, démocratique et pluraliste. Son respect « donne une bonne idée du niveau général de protection des droits de l'homme et de l'état de la démocratie dans un pays »²⁹.

53. Bien que la liberté d'association ne soit pas un droit absolu, elle ne peut être limitée ou faire l'objet de dérogations que dans les conditions strictes énoncées dans les instruments relatifs aux droits de l'homme :

- **Légalité** : toute limitation doit être prescrite par la loi en des termes clairs et précis. Une limitation doit donc avoir un fondement en droit interne, c'est-à-dire que la mesure contestée doit être fondée sur une règle juridique, émanant d'une autorité législative compétente (par attribution ou par délégation). En outre, ces fondements juridiques doivent être accessibles³⁰. Enfin, la règle doit être prévisible. Une règle est « prévisible » si elle est formulée avec suffisamment de précision pour permettre à la personne concernée – le cas échéant avec des conseils appropriés – de régler sa conduite en conséquence. La loi doit user de termes assez clairs et détaillés pour donner aux citoyens une indication adéquate des circonstances et des conditions dans lesquelles les autorités publiques sont habilitées à recourir à une ingérence dans le droit concerné³¹.
- **Objectif légitime** : l'ingérence ou la restriction doit avoir un objectif légitime, comme indiqué dans la liste exhaustive des motifs de limitation dans les normes internationales.
- **Nécessité dans une société démocratique** : la restriction doit être nécessaire et proportionnée. Les autorités publiques doivent être capables de démontrer que la mesure peut réellement être efficace pour atteindre l'objectif légitime recherché et qu'elle répond à un besoin social urgent ; elles doivent de plus expliquer pourquoi il est nécessaire d'ajouter la mesure contestée aux possibilités déjà existantes pour poursuivre l'objectif légitime et quel est l'effet cumulatif de toutes les règles juridiques combinées sur la liberté en question ; enfin elles doivent prouver

²⁶ Voir le principe 2 des Lignes directrices sur la liberté d'association. D'après la Cour européenne des droits de l'homme, « un exercice réel et effectif de la liberté d'association ne se limite pas à un simple devoir de non-ingérence de l'État » (Cour européenne des droits de l'homme, *Ouranio Toxo et autres c. Grèce* (Requête n° 74989/01, arrêt du 20 octobre 2005, paragraphe 37) et « la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs » (*Airey c. Irlande*, Requête n° 6289/73, arrêt du 9 octobre 1979).

²⁷ Voir CDL-AD(2011)035, *Avis sur la compatibilité de la législation de la République d'Azerbaïdjan relative aux organisations non gouvernementales avec les normes relatives aux droits de l'homme*, paragraphe 45 ; et CDL-AD(2012)016, *Avis sur la loi fédérale relative à la lutte contre les activités extrémistes de la Fédération de Russie*, paragraphe 64

²⁸ CDL-AD(2011)035, *Avis sur la compatibilité de la législation de la République d'Azerbaïdjan relative aux organisations non gouvernementales avec les normes relatives aux droits de l'homme*, paragraphe 39

²⁹ CDL-AD(2011)035, *Avis sur la compatibilité de la législation de la République d'Azerbaïdjan relative aux organisations non gouvernementales avec les normes relatives aux droits de l'homme*, paragraphe 41

³⁰ Cour européenne des droits de l'homme, 12 mai 2000, *Khan c. Royaume-Uni*, Requête n° 35394/97

³¹ Comité des droits de l'homme, 14 juillet 1995, *De Groot c. Pays-Bas*, Requête n° 578/1994 et Cour européenne des droits de l'homme, 26 avril 1979, *The Sunday Times c. Royaume-Uni*, Requête n° 6538/74, paragraphe 49

qu'il existe un rapport proportionné entre les effets de la mesure concernée et les droits affectés.

54. Dans sa *Recommandation de 2007 sur le statut juridique des organisations non gouvernementales en Europe*, le Comité des Ministres souligne « la contribution essentielle qu'apportent les organisations non gouvernementales (ONG) au développement et à la réalisation de la démocratie et des droits de l'homme, en particulier à travers la sensibilisation du public et la participation à la vie publique, en veillant à la transparence et à la nécessité de rendre compte pour les autorités publiques et de la contribution tout aussi importante des ONG à la vie culturelle et au bien-être social des sociétés démocratiques » (paragraphe 2 du préambule).

55. La *Déclaration des Nations Unies sur les défenseurs des droits de l'homme* de 1999 confirme que « chacun a le droit, individuellement ou en association avec d'autres, de promouvoir la protection et la réalisation des droits de l'homme et des libertés fondamentales aux niveaux national et international » (article premier). Les États doivent prendre des mesures pour garantir ce droit. Il convient que la législation applicable aux associations ne restreigne ni ne dicte les objectifs et les domaines d'activité dans lesquels les associations doivent ou ne peuvent pas s'engager, en-dehors de ceux qui sont incompatibles avec les normes internationales en matière de droits de l'homme³².

56. La liberté d'expression est garantie par l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'article 19 du PIDCP et l'article 10 de la CEDH. L'exercice du droit à la liberté d'expression peut faire l'objet de restrictions. Ces restrictions doivent satisfaire aux exigences prévues à l'article 10.2. de la CEDH et aux alinéas a) et b) du paragraphe 3 de l'article 19 du PIDCP. a) *Légalité* : la restriction doit être « prévue par la loi » (article 10.2. de la CEDH et article 19.3. du PIDCP). La loi doit être suffisamment accessible et prévisible, c'est-à-dire « formulée avec suffisamment de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite en conséquence ». De plus, « le droit interne doit offrir une certaine protection contre des atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis par la Convention ». b) *Légitimité* : la restriction doit poursuivre un but légitime. La liste exhaustive de ces objectifs légitimes figure à l'article 10.2. de la CEDH et l'article 19.3. du PIDCP³³. c) *Nécessité dans une société démocratique* : la restriction doit répondre à « un besoin social clair, impérieux et spécifique » et être « proportionnée au but légitime poursuivi ».

57. La liberté d'expression comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière³⁴.

58. L'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme dispose que « toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays ».

59. Aux termes de l'article 33 de la Convention relative au statut des réfugiés de 1951 (Défense d'expulsion et de refoulement), aucun des États contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques (paragraphe 1). Le principe de

³² Voir les Lignes directrices conjointes sur la liberté d'association, paragraphe 179

³³ Dans son Observation générale n° 34 (2011) sur l'article 19 (liberté d'opinion et liberté d'expression), paragraphe 22, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies observe que les restrictions à la liberté d'expression en vertu de l'article 19(3) du PIDCP « ne peuvent être imposées que pour l'un des motifs établis aux alinéas a et b du paragraphe 3 ; et [doivent] répondre aux critères stricts de nécessité et de proportionnalité. (...) Les restrictions doivent être appliquées exclusivement aux fins pour lesquelles elles ont été prescrites et doivent être en rapport direct avec l'objectif spécifique qui les inspire ».

³⁴ Article 10 CEDH, Article 19 PIDCP et article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme

non-refoulement fait également partie du droit relatif aux droits de l'homme lorsqu'il interdit, sans exception, le refoulement d'une personne vers un pays où elle risque, entre autres, d'être soumise à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ou à la privation illégale de la vie.

60. Le droit à la *liberté de circulation* est consacré par l'article 12 du PIDCP et l'article 2 du Protocole n° 4 à la CEDH. Dans son Observation générale n° 27, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies note que « (l) a liberté de circulation est une condition indispensable au libre développement de l'individu »³⁵. Le Comité souligne également que « (l) es limitations pouvant être imposées aux droits (...) ne doivent pas rendre sans objet le principe de la liberté de circulation, et doivent répondre aux exigences de protection (...) et être compatibles avec les autres droits reconnus dans le Pacte »³⁶.

V. Observations préliminaires

A. Lois de portée générale

61. L'exposé des motifs global du projet de loi n° T/333 portant modification de certaines lois relatives aux mesures de lutte contre l'immigration irrégulière, comme dans la version précédente du train de mesures, désigne le projet de train de mesures législatives sous le nom de « train de mesures législatives Stop Soros ». Bien que l'on puisse contester le fait que le projet de train de mesures puisse être présenté *stricto sensu* comme un ensemble de lois *ad hominem*, une technique législative précédemment critiquée par la Commission de Venise³⁷, la note explicative se réfère à un individu particulier. On peut donc raisonnablement considérer que cette législation s'adresse à un individu, ce qui est problématique du point de vue de la prééminence du droit. Il est inopportun qu'un État adopte des lois contre des individus, car le principe général est que les lois doivent s'appliquer de façon égale à toutes les personnes. C'est particulièrement vrai dans le contexte actuel, au lendemain d'une campagne virulente qui a été le théâtre de déclarations antisémites discriminatoires de la part de responsables politiques³⁸. La Commission de Venise et l'OSCE/BIDDH rappellent que le principe de « l'égalité devant la loi » est l'un des points de référence du principe de la prééminence du droit, qui exige la soumission universelle de tous au droit et implique que la législation doit être appliquée de manière égale et cohérente³⁹. Il est donc recommandé aux autorités de s'abstenir de faire ainsi référence au train de mesures législatives et de supprimer cette expression de la note explicative. Elles pourraient simplement utiliser l'intitulé officiel de « facilitation de l'immigration irrégulière » qui correspond plus précisément à la substance du projet de loi.

B. Consultation publique

62. Dans l'exposé des motifs du train de mesures législatives « Stop Soros » initialement présenté au parlement le 13 février 2018, il est indiqué qu'au printemps 2017, le Gouvernement hongrois a organisé une consultation nationale intitulée « Arrêtons Bruxelles ». Six questions relatives à la prétendue ingérence de l'Union européenne ou d'autres acteurs étrangers dans

³⁵ UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, *Observation générale n° 27, article 12 (liberté de circulation)*, 2 novembre 1999, paragraphe 1

³⁶ UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, *Observation générale n° 27, article 12 (liberté de circulation)*, 2 novembre 1999, paragraphe 1

³⁷ Voir, par exemple, CDL-AD(2016)037 Turquie – Avis sur les Décrets-Lois d'urgence n°s 667 à 676 adoptés à la suite du coup d'État avorté du 15 juillet 2016, adopté par la Commission de Venise à sa 109^e session plénière (9-10 décembre 2016), paragraphes 86, 91 et 227, point 3. CDL-AD(2017)022 Hongrie – Avis sur la loi XXV du 4 avril 2017 portant modification de la loi CCIV de 2011 sur l'enseignement supérieur national, approuvé par la Commission de Venise lors de sa 112^e session plénière (Venise, 6-7 octobre 2017), paragraphe 22.

³⁸ Voir Agence des droits fondamentaux, *Rapport sur les droits fondamentaux*, 2018, p. 79

³⁹ Voir CDL-AD(2016)007, *Liste des critères de l'État de droit*, adoptée par la Commission de Venise lors de sa 106^e session plénière (Venise, 11-12 mars 2016), paragraphe 73

les affaires intérieures hongroises étaient posées aux citoyens. Trois de ces questions sont particulièrement pertinentes pour le train de mesures « Stop Soros » initial. Elles étaient ainsi libellées :

63. « Question 2 : Ces derniers temps, de nombreux attentats terroristes se sont succédé en Europe. Malgré cela, Bruxelles veut forcer la Hongrie à autoriser des immigrés en situation irrégulière à entrer dans le pays. À votre avis, que devrait faire la Hongrie ? a) Pour la sécurité des Hongrois, ces personnes devraient être placées sous surveillance (felügyelet) pendant que les autorités décident de leur sort. b) Permettre aux immigrés en situation irrégulière de circuler librement en Hongrie.

64. Question 3 : Il est maintenant clair qu'en plus des passeurs, certaines organisations internationales encouragent les immigrés en situation irrégulière à commettre des actes illégaux. À votre avis, que devrait faire la Hongrie ? a) Les activités d'aide à l'immigration irrégulière, telles que la traite des êtres humains et la promotion de l'immigration irrégulière doivent être punies. (b) Acceptons qu'il existe des organisations internationales qui, sans aucune conséquence, appellent à contourner la législation hongroise.

65. Question 4 : De plus en plus d'organisations soutenues par l'étranger opèrent en Hongrie en dehors de toute transparence dans le but d'interférer dans les affaires intérieures de notre pays. Ces organisations pourraient mettre en péril notre indépendance. À votre avis, que devrait faire la Hongrie ? a) Les obliger à s'enregistrer, en révélant les objectifs de leurs activités et leurs sources de financement. b) Leur permettre de poursuivre leurs activités à risque sans aucun contrôle. »

66. Selon le Gouvernement hongrois, 2 356 811 questionnaires ont été retournés, avec plus de 95 % des votes pour les réponses a). Compte tenu de la manière dont les questions sont formulées, ce n'est guère surprenant.

67. Le gouvernement n'a pas choisi d'organiser une période de consultation avant que le nouveau projet de train de mesures législatives ne soit soumis au parlement le 29 mai 2018. Au cours de la visite, il a été indiqué à la délégation que tout le monde pourrait envoyer ses observations sur le projet de loi à l'étude par courriel au parlement.

68. Toutefois, cette possibilité ne dispense pas les autorités nationales de respecter la Recommandation CM/Rec(2007)14 sur le statut juridique des organisations non gouvernementales en Europe. En effet, cette recommandation dispose que « les ONG devraient être consultées au cours de la rédaction des lois et règlements ayant des incidences sur leurs statuts, leur financement ou leur domaine d'intervention » (paragraphe 77). En outre, l'exposé des motifs de la recommandation précise qu'« il est essentiel que les ONG soient consultées non seulement sur des questions en relation avec leurs objectifs, mais aussi sur des propositions de modifications de la législation susceptibles d'affecter leur capacité à poursuivre leurs objectifs. Cette consultation est nécessaire non seulement parce que ces modifications pourraient directement affecter leurs intérêts et l'efficacité de la contribution importante qu'elles sont en mesure d'apporter aux sociétés démocratiques, mais aussi parce qu'il est probable que leur expérience opérationnelle les aide à mieux comprendre la faisabilité de ce qui est proposé » (paragraphe 139)⁴⁰. Conformément au paragraphe 106 des Lignes directrices sur la liberté d'association, « il convient que les associations et leurs

⁴⁰ En outre, le paragraphe 18.1 du Document de Moscou de 1991 exige que les États participants élaborent et adoptent leur législation « au terme d'une procédure ouverte exprimant la volonté du peuple, directement ou par l'intermédiaire de ses représentants élus ». Le paragraphe 5.8 du Document de Copenhague de 1990 dispose en outre que « les lois – adoptées au terme d'une procédure publique – et les règlements font l'objet d'une publication qui est la condition de leur applicabilité » et que « [c]es textes seront accessibles à tous ».

membres soient consultés lors du processus d'adoption et de mise en œuvre de règlements ou de pratiques concernant leurs activités ».

69. La Commission a souligné à plusieurs reprises cette composante – procédurale – de la qualité du processus législatif : le fait de mener une consultation publique avec des organisations de la société civile avant l'adoption de projets de loi qui les intéressent directement constitue donc une partie des bonnes pratiques que les pays européens s'attachent à mettre en œuvre dans le cadre de leurs processus législatifs internes⁴¹. La Recommandation du Comité des Ministres évoque une phase de consultation au cours du processus d'élaboration d'un texte législatif particulier. La Commission et l'OSCE/BIDDH notent que la « consultation publique » mentionnée par le gouvernement ne satisfait pas aux exigences susmentionnées.

VI. Analyse

70. Le fait d'ériger en infraction pénale certaines activités menées par des personnes qui travaillent pour des ONG dans le cadre de leurs fonctions constitue une ingérence dans leur liberté d'association et, dans certains cas, d'expression. Pour qu'elle soit justifiée, une telle ingérence doit être prévue par la loi, poursuivre un but légitime et être nécessaire dans une société démocratique.

A. Article 353/A du Code pénal

a. *Légalité de l'ingérence*

71. Les restrictions imposées au droit à la liberté d'association doivent reposer sur un fondement juridique inscrit dans la loi. Par ailleurs, la loi en question doit être suffisamment claire pour que les personnes physiques et morales puissent adapter leur comportement en conséquence (le « critère de prévisibilité »). Dans le cas présent, un certain nombre de problèmes se posent.

72. En premier lieu, le projet d'article 353A du Code pénal est intitulé « facilitation de l'immigration irrégulière » et incrimine la participation à des activités d'organisation visant à faciliter l'ouverture d'une procédure de demande d'asile par une personne qui dans son pays d'origine (ou dans le pays où elle réside habituellement ou dans un autre pays par lequel elle est arrivée) n'a pas fait l'objet de persécutions ou à permettre à une personne entrant ou résidant illégalement en Hongrie d'obtenir un titre de séjour. Le fait de déposer une demande d'asile ou de titre de séjour n'est pas une infraction, par conséquent le fait de soutenir une personne dans cette situation ne devrait pas non plus en être une. La décision d'accorder ou de refuser l'asile appartient en fin de compte à l'État et n'est pas prise par une ONG. Le transfert de cette charge sur des organisations sous la forme de sanctions pénales pour « s'être trompées » sur le bien-fondé des raisons invoquées par le demandeur d'asile pour justifier sa crainte de persécutions empêche en pratique toute tentative d'aide des ONG au migrant concerné. Il est difficile de déterminer comment un employé d'une ONG est censé identifier à la frontière les demandeurs d'asile qui appartiennent à la catégorie des personnes visées par le projet d'article 353A. En outre, il est important de souligner que le simple fait qu'une personne arrive d'un pays (tiers) sûr ou ait transité par un pays de ce type ne peut être considéré comme une preuve que cette personne n'a pas de raisons de craindre des persécutions. Il ressort clairement de l'article 7 de la loi LXXX relative à l'asile modifiée que l'absence de persécution dans un pays (tiers) sûr est une présomption réfragable.

⁴¹ CDL-AD(2017)015, Avis concernant le Projet de loi sur la transparence des organisations recevant de l'aide de l'étranger, paragraphe 27. Voir aussi, CDL-AD(2016)007, Liste des critères de l'État de droit, p. 13

73. Deuxièmement, le projet d'article 353A(5) est formulé de manière très générale. L'exposé des motifs du projet de loi ne fournit pas davantage de précisions. En effet, il est ainsi rédigé : « Il n'est pas possible de préciser le contenu exhaustif de ces activités d'organisation dans son intégralité, c'est pourquoi le point (5) de la nouvelle définition légale fournit des dispositions interprétatives et énonce, en restant suffisamment abstrait, certains des aspects les plus typiques des activités d'organisation. La définition légale prévoit, outre l'application de sanctions pour les comportements les plus caractéristiques liés à cette infraction pénale, la possibilité de sanctionner tout autre type de comportement qui correspond dans la pratique à une activité d'organisation ». Au cours de la visite, les autorités ont indiqué qu'elles souhaitaient laisser aux tribunaux nationaux la responsabilité de l'interprétation de cette disposition. Toutefois, la Commission insiste sur les limites de cette approche législative. La formulation générale de la disposition actuellement privilégiée, qui pourrait inclure pratiquement n'importe quelle activité, n'est pas conforme au principe de sécurité juridique. Elle donne ainsi au ministère public un pouvoir discrétionnaire trop large pour engager des poursuites.

74. La disposition devrait par ailleurs, de façon claire et explicite, exclure de son champ d'application « l'élaboration ou la diffusion de documents d'information ou le fait de charger un tiers de réaliser ces actes » ou prévoir tout au plus que l'élaboration ou la diffusion de documents d'information qui encouragent intentionnellement et explicitement à *contourner la loi* pourrait donner lieu à des poursuites pénales.

75. Des considérations similaires sont applicables en ce qui concerne « la constitution ou l'exploitation d'un réseau » (projet d'article 353A(5)c)). Compte tenu de leurs ressources financières limitées, les ONG sont dépendantes – du moins dans une certaine mesure – de la disponibilité d'un réseau de bénévoles. La formulation proposée pour ce nouveau projet de disposition manque de clarté, en particulier parce que l'article 353 du Code pénal incrimine déjà le fait d'apporter de l'aide à une personne pour franchir les frontières d'un État (trafic d'immigrés en situation irrégulière) en contrevenant aux dispositions légales. La commission de l'infraction « dans le cadre d'une organisation criminelle avec l'aide de complices » constitue une circonstance aggravante en vertu de l'article 353(3) e).

76. Troisièmement, le fait de commettre l'infraction prévue par le projet d'article 353A(1) pour obtenir un gain financier constitue une circonstance aggravante (projet d'article 353A(3a)). La disposition ne définit pas précisément la notion de « gain financier » et n'exclut pas la possibilité que tout revenu généré par les activités ordinaires de l'ONG, qui ne représente pas nécessairement la contrepartie stricte de l'activité illégale, puisse être considéré comme un « gain financier ». Conformément aux principes de liberté d'association découlant du droit relatif aux droits de l'homme, les Lignes directrices reconnaissent, au paragraphe 202 que « les associations [sont] libres d'entreprendre toute activité économique ou commerciale légale qui vise à soutenir leurs activités non lucratives, sans qu'une autorisation spéciale leur soit demandée. (...) Pour autant, les associations ne sont pas autorisées à distribuer à leurs membres ou fondateurs les bénéfices tirés de leurs activités, mais doivent au contraire les utiliser pour la poursuite de leurs objectifs ».

77. Enfin, en vertu du projet d'article 353A(2), le fait de fournir des ressources matérielles permettant de commettre l'infraction pénale visée au paragraphe 1 ou de mener des activités d'organisation visées au même paragraphe de façon régulière est passible d'une peine de prison. L'exposé des motifs global du projet de disposition explique que cette sanction sévère est imposée lorsqu'une personne fournit des ressources matérielles sous quelque forme que ce soit pour mener à bien ses activités criminelles organisationnelles (en d'autres termes, lorsqu'elle fournit des ressources matérielles ou participe à ces activités de façon régulière). Il explique en outre que le terme « de façon régulière » signifie que l'infraction pénale est commise au moins deux fois dans un bref intervalle, conformément à la pratique établie. La durée que peut représenter le terme « bref intervalle » n'est toutefois pas explicite, ce qui aggrave encore le manque de sécurité juridique ; il s'agit pourtant d'un aspect qui doit être

prépondérant dans tout code pénal. Enfin, il est très préoccupant que le tribunal puisse appliquer « une sanction interdisant à l'auteur de l'infraction l'accès à certaines zones, qui peut être accompagnée d'une autre peine ou être infligée seule, la prévention individuelle étant plus efficace si l'on interdit l'accès de la personne à certaines zones » (exposé des motifs). Cela peut conduire à l'application de sanctions variées et incohérentes. Il est vrai qu'il n'est pas rare de laisser un certain pouvoir discrétionnaire au juge en matière de détermination de la peine ni d'inclure des « règles ouvertes » dans un texte législatif, même de nature pénale. Toutefois, les critères doivent être plus spécifiques, ce qui n'est pas le cas dans la disposition en cause.

78. Il s'ensuit que le projet d'article 353A manque de clarté et de précision et ne répond pas au critère de « légalité » prévu par les articles 10 et 11 de la CEDH et les articles 19 et 22 du PIDCP.

b. But de l'ingérence

79. L'ingérence dans le droit à la liberté d'association doit avoir un but légitime, comme indiqué dans la liste exhaustive des motifs de limitation dans les normes internationales, y compris ceux prévus par les articles 10.2. et 11.2. de la CEDH et les articles 19.3. et 22.2. du PIDCP. Dans l'affaire *Mallah c. France*⁴², le requérant a été condamné au terme d'une procédure pénale pour avoir facilité l'entrée et le séjour d'un étranger en situation irrégulière (le gendre du requérant) en France en vertu de l'article L622-1 du CESEDA. La Cour a admis dans cette affaire que la législation française incriminant l'aide au séjour d'un étranger en situation irrégulière poursuivait le but légitime de protection de l'ordre public et de prévention des infractions pénales. Elle a noté que l'objectif du législateur était de lutter contre l'immigration clandestine et les réseaux organisés tels que les passeurs qui aident, en contrepartie de sommes importantes, les étrangers à entrer ou à se maintenir illégalement sur le territoire.

80. Si la Commission de Venise et l'OSCE/BIDDH sont prêts à reconnaître qu'en principe une disposition légale portant sur la facilitation de l'immigration irrégulière, au vu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, peut poursuivre le but légitime de protection de l'ordre public et de prévention des infractions pénales, en vertu du deuxième paragraphe de l'article 11, ils soulignent que les buts légitimes ne doivent pas être utilisés comme prétexte pour contrôler les ONG ou pour restreindre leur capacité à mener à bien leurs activités légitimes, ni comme moyen d'empêcher des personnes de *déposer des demandes* d'asile. Le raisonnement présenté par les autorités hongroises et la rhétorique de la disposition pénale examinée soulèvent de sérieux doutes quant à la légitimité de l'objectif qui sous-tend le projet de disposition.

c. Nécessité dans une société démocratique

81. La restriction d'un droit doit être nécessaire dans une société démocratique et proportionnée au but légitime qu'elle poursuit. La Commission et l'OSCE/BIDDH se félicitent du fait que le projet d'article 353/A du Code pénal s'intitule « Facilitation de l'immigration *irrégulière* »⁴³. Le projet de train de mesures législatives « Stop Soros » initialement soumis au parlement le 13 février 2018 ne faisait pas toujours clairement la distinction entre les différentes formes de migration, ce qui aurait pu contribuer à une attitude hostile de la population à l'égard de *tous* les immigrants/étrangers. Cependant, en raison du manque de clarté du libellé du projet d'article 353/A, tel que décrit ci-dessus, bien que le titre vise « l'immigration irrégulière », la disposition pourrait en réalité s'appliquer à un grand nombre de migrants, qu'ils soient « en situation irrégulière » ou non. On ne peut exclure que la disposition pénale puisse être appliquée à des personnes qui aident des migrants qui ne sont pas considérés comme étant en

⁴² Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 10 novembre 2011, Requête n° 29681/08

⁴³ *Italiques ajoutés*

situation irrégulière, par exemple parce que le pays par lequel ils ont transité ne peut être qualifié de sûr dans leur cas particulier.

82. Alors que l'instauration d'un *délit de solidarité* a été critiquée par divers acteurs internationaux⁴⁴, plusieurs pays européens disposent d'une législation pénale visant à ériger en infraction pénale les actes accomplis par des personnes qui facilitent l'entrée, le transit et le séjour de migrants en situation irrégulière⁴⁵. Cette pratique est conforme à l'article premier de la 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 irréguliers⁴⁶. Toutefois, ces dispositions pénales sont généralement accompagnées d'une clause dite d'exception humanitaire⁴⁷. Dans l'arrêt *Mallah c. France* cité précédemment, la Cour a conclu qu'il n'y avait pas de violation de la Convention en partie parce qu'il existe en droit français un « mécanisme d'impunité légale (...) prévu pour les membres de la famille les plus proches de l'étranger en situation irrégulière ». Si le droit interne ne prévoit pas d'exception concernant l'assistance humanitaire, il est généralement critiqué du point de vue du droit international⁴⁸, en particulier lorsque le « gain financier » n'est pas un élément constitutif de l'infraction de facilitation comme dans le projet d'article 353A en cours d'examen. En outre, en vertu du paragraphe 4, lorsque l'auteur révèle les circonstances de l'infraction avant sa mise en examen, la peine peut être réduite sans restriction – et peut être levée dans les cas « qui méritent un traitement particulier ». Toutefois, au vu de la formulation actuelle de la disposition, l'exemption est conditionnelle mais non définie. Les cas dans lesquels cette exemption est applicable ne sont pas clairs non plus, pas plus que ne l'est la signification du terme « traitement particulier ».

83. Comme indiqué précédemment, d'après le projet d'article 353A(5), une activité est considérée comme une activité organisationnelle aux fins de l'infraction visée au projet d'article 353A(1), *en particulier* si une personne a) conduit une surveillance aux frontières extérieures de la Hongrie ; b) élabore ou diffuse des documents d'information ou charge un tiers de réaliser ces actes ou c) constitue et exploite un réseau. La liberté d'agir en faveur des droits et des libertés des ressortissants de pays tiers par des moyens démocratiques, par exemple en menant des actions militantes et des campagnes de sensibilisation ou en produisant des documents d'information, permet de mener des types d'activités visant à faire progresser démocratiquement les questions relatives aux droits de l'homme et à l'intérêt général. Ces activités, y compris la fourniture spécifique d'informations, d'aide et d'assistance juridique en lien avec les procédures existantes de demande d'asile et les argumentaires fondés sur les

⁴⁴ Voir par exemple la lettre adressée récemment par le Commissaire aux droits de l'homme à l'Assemblée nationale française le 8 mars 2018

⁴⁵ Voir la partie du présent avis proposant une étude de droit comparé concernant l'infraction consistant à aider des migrants en situation irrégulière

⁴⁶ Article premier

Infraction générale

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.

⁴⁷ Voir l'article 1.2. de la Directive 2002/90/CE de l'UE. Les obligations/options prévues par la directive doivent être élaborées et interprétées dans le contexte des obligations internationales qui s'appliquent à l'UE ainsi que dans le cadre des objectifs visés à l'article 21 du traité sur l'Union européenne.

Voir la partie du présent avis proposant une étude de droit comparé

⁴⁸ Voir par exemple la lettre adressée par le Commissaire aux droits de l'homme aux autorités croates le 15 octobre 2016

droits de l'homme permettant de former des recours et d'utiliser pleinement les procédures d'appel (y compris devant les instances internationales) sont protégées par le droit international, notamment par la CEDH. En effet, en vertu du droit international, les États sont tenus de garantir aux demandeurs d'asile un système de recours judiciaires effectifs. Le projet de disposition, dans sa forme actuelle, est en contradiction avec le droit à la liberté d'expression et les principes de « présomption de légalité de la constitution, des objectifs et des activités des associations » et de « liberté de définir les objectifs et les activités, y compris l'étendue des activités »⁴⁹.

84. En effet, le paragraphe 101 des Lignes directrices relève que concrètement, « l'exercice de la liberté d'expression et d'opinion suppose également que les associations soient libres d'entreprendre des activités de recherche et d'éducation, ainsi que de prendre position sur des questions relevant du débat public, que la position défendue soit conforme ou non à la politique du gouvernement ou qu'elle préconise une modification de la législation ». Le projet de loi propose d'instaurer une nouvelle catégorie de limitations de la liberté d'expression associées au contenu de ces déclarations ; ces restrictions ne sont pas directement liées à la matérialisation de l'immigration clandestine et donnent par conséquent trop de latitude au ministère public. De plus, elles vont à l'encontre de la mission d'assistance aux victimes assurée par les ONG, qui est reconnue par le droit international. La Commission de Venise et l'OSCE/BIDDH réaffirment que le projet de disposition devrait exclure de son champ d'application « l'élaboration ou la diffusion de documents d'information ou le fait de charger un tiers de réaliser ces actes ». Tout au plus, seule l'élaboration ou la diffusion de documents d'information *qui encouragent intentionnellement et explicitement à contourner la loi* pourrait donner lieu à des poursuites pénales.

85. Le paragraphe 2 du projet de disposition prévoit une peine d'emprisonnement pour toute personne qui fournit des « ressources matérielles » permettant de commettre l'infraction pénale visée au paragraphe 1. Outre les problèmes que cette disposition soulève en ce qui concerne sa prévisibilité (voir le paragraphe 77 du présent avis), le projet de disposition limite les sources auprès desquelles les ONG peuvent solliciter un financement, car on peut comprendre que les donateurs puissent être dissuadés de fournir des fonds lorsqu'ils sont menacés de sanctions pénales, notamment d'emprisonnement. Cette situation est contraire au principe de la liberté d'association, et en particulier au principe 7 des Lignes directrices, qui traite de la liberté de solliciter, de recevoir et d'utiliser des ressources. En outre, le paragraphe 218 des Lignes directrices dispose que les associations doivent être libres de solliciter un financement auprès de diverses sources publiques mais aussi privées, au niveau national ou international, ce qui ne peut que renforcer leur indépendance.

86. La sévérité de la sanction imposée est également un élément important lorsqu'il s'agit d'évaluer la proportionnalité de l'ingérence dans un droit. Dans l'affaire *Mallah*, le tribunal national a déclaré le requérant coupable d'avoir facilité le séjour d'un étranger en situation irrégulière. Toutefois, compte tenu des circonstances particulières de l'affaire (notamment le fait que l'étranger en situation irrégulière était le gendre du requérant) et de la conduite du requérant, qui n'avait été guidée que par la générosité, les tribunaux français ont assorti la déclaration de culpabilité d'une dispense de peine. La Cour a donc considéré que les autorités avaient ménagé un juste équilibre entre les divers intérêts en jeu, à savoir la nécessité de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions pénales d'une part, et de protéger le droit du requérant au respect de sa vie familiale, d'autre part. Ces facteurs devront également être de première importance pour les tribunaux hongrois dans l'application de la loi en question.

87. La peine de prison prévue par le projet d'article 353A peut aller jusqu'à un an, en particulier dans le cas où la commission de l'infraction est associée à la réalisation d'un gain financier. Ce

⁴⁹ Principes 1 et 4 des Lignes directrices de la Commission de Venise et de l'OSCE/BIDDH sur la liberté d'association, paragraphes 26 et 29

projet de disposition ne diffère pas de manière significative des autres dispositions de ce type en Europe.

88. Toutefois, il est particulièrement problématique qu'une condamnation pénale en application du projet d'article 353/A du Code pénal puisse conduire à la dissolution de l'ONG en tant que telle, sur la base de la loi CIV de 2001 relative aux mesures de droit pénal applicables aux personnes morales. Comme indiqué précédemment (voir le paragraphe 19 du présent avis), en vertu des articles 2 et 3 de la loi CIV, si certains membres du personnel d'une personne morale sont reconnus coupables d'une infraction pénale visée par la loi IV sur le Code pénal commise intentionnellement dans le but de générer un profit pour la personne morale ou ayant conduit celle-ci à réaliser un profit, le tribunal peut – et dans certains cas doit – prendre certaines mesures contre la personne morale, comme sa dissolution, la limitation de son activité ou l'imposition d'une amende. Cet aspect est d'autant plus préoccupant que le champ d'application du projet d'article 353/A du Code pénal ne se limite pas pour l'instant aux situations dans lesquelles des personnes facilitent intentionnellement le contournement de la législation en matière d'immigration.

89. Il convient de rappeler en premier lieu, comme indiqué dans les Lignes directrices sur la liberté d'association, que l'acte répréhensible commis par les fondateurs ou les membres d'une association, lorsqu'ils n'agissent pas pour le compte de l'association, devrait uniquement entraîner l'engagement de leur responsabilité individuelle et non l'interdiction ou la dissolution de l'association dans son ensemble⁵⁰, à moins que l'infraction pénale ne soit commise par les principaux représentants d'une organisation, à la suite d'actes qui sont imputables à l'organisation elle-même⁵¹.

90. En outre, la Commission de Venise et l'OSCE/BIDDH rappellent que, conformément au paragraphe 252 des Lignes directrices, « toute peine ou sanction qui équivaut à une dissolution ou une interdiction effective d'une association doit être proportionnée à l'acte répréhensible de l'association et ne saurait servir à discréditer ou à entraver sa création et ses activités »⁵². Le paragraphe 72 de la Recommandation Rec(2007)14 prévoit que, dans la plupart des cas, la sanction appropriée contre les organisations de la société civile pour la violation des obligations juridiques qui leur sont applicables « devrait essentiellement être l'obligation de rectifier le cours de leurs affaires et/ou l'imposition d'une sanction administrative, civile ou pénale et/ou à l'encontre de toutes personnes directement responsables. Les sanctions devraient être fondées sur la législation en vigueur et respecter le principe de proportionnalité. » Ce raisonnement se traduit habituellement par une approche graduelle des peines, où les sanctions pénales, l'interdiction ou la dissolution devraient toujours être une mesure de dernier recours⁵³.

⁵⁰ Paragraphe 254

⁵¹ Voir, *mutatis mutandis*, *Refah et autres c. Turquie*, Requêtes n^{os} 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, 13 février 2003

⁵² Voir aussi la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, notamment, les arrêts *Barankevitch c. Russie* (Requête n^o 10519/03, 26 juillet 2007), *Ouranio Toxo c. Grèce* (Requête n^o 74989/01, 20 octobre 2005), *Adali c. Turquie*, (Requête n^o 38187/97, 31 mars 2005) et *Sindicatul « Păstorul cel Bun » c. Roumanie* (Requête n^o 2330/09, 31 janvier 2012) ; 8 octobre 2009, *Tebieti Mühafize Cemiyeti et Israfilov c. Azerbaïdjan* (Requête n^o 37083/03), paragraphe 82 : « La Cour considère que le simple non-respect de certaines obligations légales en matière de gestion interne des ONG ne peut être considéré comme une faute suffisamment grave pour justifier la dissolution pure et simple de l'organisation concernée. » ; 22 novembre 2010, *Témoins de Jéhovah de Moscou et autres c. Russie*, Requête n^o 302/02, paragraphe 159 : « Par conséquent, même si la Cour devait accepter l'existence de raisons impérieuses justifiant l'ingérence, elle estime que la dissolution permanente de la communauté requérante, associée à une interdiction de ses activités, constituait une mesure drastique disproportionnée par rapport au but légitime poursuivi. Il serait possible de parvenir à une plus grande souplesse dans le choix d'une sanction plus proportionnée en introduisant dans le droit interne des peines de substitution moins radicales, telles qu'un avertissement, une amende ou la suppression d'avantages fiscaux. »

⁵³ Voir aussi CDL-AD(2017)015, Avis concernant le projet de loi sur la transparence des organisations recevant de l'aide de l'étranger, paragraphe 62 et CDL-AD(2011)036, Avis sur la compatibilité avec les normes universelles des droits de l'homme de l'article 193-1 du Code pénal de la République du Bélarus relatif aux droits des associations non enregistrées, paragraphe 107

91. Le Commissaire aux droits de l'homme a déjà mis en garde les autorités hongroises contre le recours à des dispositions pénales incriminant l'aide au franchissement d'une frontière qui risquent d'être appliquées aux bénévoles qui apportent une assistance humanitaire aux migrants. Il les a averties que cela « pourrait décourager les actes de solidarité »⁵⁴. En particulier en l'absence d'une clause d'exception humanitaire dans la disposition pénale actuelle, les autorités acceptent en connaissance de cause le risque de stigmatisation. Cela est d'autant plus vrai que les autorités persistent à invoquer un lien de causalité entre « immigration de masse » et risques pour la sécurité nationale (voir l'exposé des motifs global du projet de loi T/333)⁵⁵.

92. Le risque de stigmatisation est un facteur pertinent dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (voir par exemple l'arrêt *Marper c. Royaume-Uni* adopté le 4 décembre 2008, Requêtes n^{os} 30562/04 et 30566/04, paragraphe 122). Il ne fait aucun doute que la Cour sera vigilante en ce qui concerne le risque de stigmatisation des demandeurs d'asile. Elle a déclaré précédemment qu'un demandeur d'asile « appartient (...) à un groupe de la population particulièrement défavorisé et vulnérable qui a besoin d'une protection spéciale. Elle note que ce besoin d'une protection spéciale fait l'objet d'un large consensus à l'échelle internationale et européenne, comme cela ressort de la Convention de Genève, du mandat et des activités du HCR ainsi que des normes figurant dans la directive Accueil de l'Union européenne »⁵⁶. Dans le même temps, la Cour a indiqué que le souci légitime des États de déjouer les tentatives de plus en plus fréquentes de contourner les restrictions à l'immigration ne doit pas priver les demandeurs d'asile de la protection accordée par ces conventions (Cour européenne des droits de l'homme, 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, Requête n^o 30696/09, paragraphe 216). Ainsi, la Cour fait une distinction entre l'immigration irrégulière et les réfugiés et déclare implicitement que la lutte contre l'immigration clandestine peut et doit aller de pair avec la protection offerte par l'État aux demandeurs d'asile légaux. Par conséquent, les autorités doivent faire des efforts raisonnables pour établir une distinction entre demandeurs d'asile légaux et immigrants en situation irrégulière.

93. En conclusion, bien que la protection de l'ordre public et la prévention des infractions pénales soient des objectifs légitimes en principe, le projet de disposition n'est pas d'une clarté suffisante et ne répond pas au critère de prévisibilité. Tout d'abord, la signification des « activités d'organisation » qui peuvent entrer dans le champ d'application de la disposition n'est pas définie de manière exhaustive et des activités légitimes, comme l'introduction d'une demande d'asile au nom d'un migrant, sont incriminées en vertu de la disposition. Ensuite, le paragraphe 3 du projet de disposition ne fait pas de distinction entre le gain financier « en tant que stricte contrepartie d'une activité illégale » et les revenus générés par les associations dans le cadre de leurs activités ordinaires. Enfin, le projet de disposition ne prévoit pas de clause d'exemption pour les « activités humanitaires », ce qui peut avoir un effet dissuasif sur les actes

⁵⁴ Communiqué de presse du 27 novembre 2015, « La réponse de la Hongrie à l'arrivée de réfugiés ne respecte pas les droits de l'homme » (<https://www.coe.int/fr/web/commissioner/-/hungary-s-response-to-refugee-challenge-falls-short-on-human-rights>). Dans un rapport sur la Croatie, le Commissaire a fait valoir que l'incrimination de l'aide sociale et humanitaire apportée aux migrants en situation irrégulière favorise « l'intolérance et le racisme », car elle revient à sanctionner les personnes qui en aident d'autres en raison du statut migratoire de celles-ci ([https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?coeReference=CommDH\(2016\)31](https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?coeReference=CommDH(2016)31) ; voir paragraphe 125). En ce qui concerne le train de mesures actuel, voir le communiqué de presse publié le 1^{er} juin 2018 par la Commissaire aux droits de l'homme (<https://www.coe.int/fr/web/commissioner/-/hungary-commissioner-concerned-at-further-planned-barriers-to-the-work-of-ngos-assisting-migrants>) et le communiqué de presse publié le 29 mai 2018 par le HCR (<http://www.unhcr.org/fr/news/press/2018/5/5b0e6c2eb/hcr-exhorte-hongrie-retirer-projet-loi-affectant-refugies.html>)

⁵⁵ Voir aussi la question 2 de la consultation nationale intitulée « Arrêtons Bruxelles » : « Ces derniers temps, de nombreux attentats terroristes se sont succédé en Europe. Malgré cela, Bruxelles veut forcer la Hongrie à autoriser des immigrés en situation irrégulière à entrer dans le pays. »

⁵⁶ Cour européenne des droits de l'homme, 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, Requête n^o 30696/09, paragraphe 251

de solidarité, et les conséquences juridiques de la condamnation pénale en vertu de la loi CIV de 2001 d'un membre du personnel d'une ONG pour la personne morale en elle-même semblent disproportionnées.

B. Projet d'article 46/F du chapitre V de la loi relative à la police « Mesures de restriction aux frontières et pour des raisons de sécurité »

94. La demande d'avis originale formulée par l'Assemblée parlementaire couvre le nouveau projet de train de mesures législatives « dans la mesure où il a des répercussions sur les activités des ONG ». Par conséquent, la Commission de Venise et l'OSCE/BIDDH, outre le projet d'article 353A, prennent également en compte les modifications apportées à la loi relative à la police en ce qui concerne les mesures de restriction.

95. Selon le projet d'article 46/F, afin de maintenir l'ordre à la frontière de l'État et de prévenir une éventuelle perturbation de la surveillance des frontières, les policiers empêchent toute personne faisant l'objet de poursuites pénales, notamment pour une infraction prévue par l'article 353/A du Code pénal (facilitation de l'immigration irrégulière), d'entrer dans un périmètre situé à une distance de huit kilomètres de la frontière ou d'un marqueur frontalier correspondant à la frontière extérieure ou exigent que cette personne quitte cette zone si elle s'y trouve. Ainsi, cette mesure constituera une restriction à la liberté de circulation au sens de l'article 2 du Protocole n° 4 à la CEDH⁵⁷, car elle accorde aux autorités un pouvoir de refoulement des personnes faisant l'objet d'une procédure pénale pour des infractions visées à l'article 353A.

96. Il est satisfaisant de constater que, comme le train de mesures législatives précédent (qui a introduit une ordonnance de restriction en matière d'immigration), la portée géographique de la mesure semble être limitée, puisque le projet de l'article 46/F de la loi relative à la police vise une zone située à moins de huit kilomètres de la frontière. Toutefois, il convient de faire l'observation suivante.

97. Contrairement à la précédente ordonnance de restriction en matière d'immigration, la mesure ne comporte pas de contrainte temporelle. Le projet de train de mesures législatives précédent indiquait clairement que la mesure ne pouvait être appliquée que pour une durée maximale de six mois. Il est recommandé d'ajouter dans le projet de disposition une contrainte temporelle similaire, par exemple « une période de six mois pendant une crise migratoire déterminée ».

98. Le projet d'article 46/F n'évoque pas la protection judiciaire dont bénéficie la personne qui fait l'objet de la mesure prise par la police. Cet aspect est peut-être régi par des dispositions de droit administratif général, mais il est recommandé que le recours judiciaire contre les ordonnances de restriction soit directement régi par la loi relative à la police (au moins en incluant une référence croisée).

99. Le fait que des poursuites soient en cours à l'encontre d'une personne pour une infraction prévue notamment par le projet d'article 353/A du Code pénal suffit pour qu'un policier puisse la contraindre à quitter le périmètre. Bien qu'il ne soit pas rare d'accorder à la police le pouvoir d'ordonner à une personne de quitter une zone lorsqu'elle trouble l'ordre public, une telle attribution ne sera en général réputée proportionnée que si elle se limite à une petite région géographique pendant une courte période de temps bien définie (pas plusieurs mois, par exemple).

⁵⁷ Voir *Garib c. Pays-Bas*, Grande Chambre, 6 novembre 2017, Requête n° 43494/09, paragraphe 152.

VII. Conclusion

100. L'instauration d'une infraction pénale engageant la responsabilité pénale d'une personne pour avoir aidé intentionnellement des migrants en situation irrégulière à contourner la réglementation en matière d'immigration n'est pas en soi contraire aux normes internationales en matière de droits de l'homme et l'on peut considérer qu'elle poursuit l'objectif légitime de défense de l'ordre et de prévention du crime prévu au deuxième paragraphe de l'article 11 de la CEDH.

101. Le projet d'article 353A va cependant bien au-delà. En effet, il incrimine des activités organisationnelles qui ne sont pas directement liées à la matérialisation de l'immigration irrégulière, comme « l'élaboration ou la diffusion de documents d'information ». D'une part, cela va à l'encontre de la mission d'assistance aux victimes assurée par les ONG, limitant de manière disproportionnée les droits garantis par l'article 11 de la CEDH, et d'autre part, le projet érige en infraction pénale les actions militantes et les activités de campagne, ce qui constitue une ingérence illégitime dans la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la CEDH.

102. Le projet d'article 353A n'est pas d'une clarté suffisante pour que l'on puisse considérer que les restrictions sont « prévues par la loi » au sens de l'article 11 de la CEDH.

103. En outre, selon les circonstances, la fourniture d'une « assistance » peut être un impératif moral ou, à tout le moins, un droit moral. À cet égard, la disposition peut entraîner l'application d'autres restrictions et interdictions arbitraires par l'exécution de lourdes sanctions à l'encontre des travaux indispensables des ONG de défense des droits de l'homme et priver les migrants des services essentiels fournis par ces ONG. En vertu du projet de disposition, dans sa forme actuelle, les personnes et/ou les organisations qui mènent des activités d'information, défendent des cas particuliers ou apportent une aide à la frontière hongroise peuvent faire l'objet de poursuites même si elles ont agi de bonne foi, conformément au droit international, pour leur soutien aux demandeurs d'asile ou à des immigrés en situation régulière d'un autre type, par exemple les victimes de la traite⁵⁸. La modification proposée incrimine donc des activités pleinement légitimes, y compris les activités qui aident l'État à s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu du droit international⁵⁹. Par ailleurs, étant donné que le « gain financier » n'est pas considéré comme un élément constitutif de l'infraction (mais seulement comme une circonstance aggravante), le projet de disposition n'est pas assorti d'une clause d'exception humanitaire.

104. Le projet d'article 353A n'offre pas la précision requise et ne répond pas au critère de prévisibilité au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Comme il érige en infraction l'ouverture d'une procédure d'asile ou l'affirmation d'autres droits conférés par la loi au nom des demandeurs d'asile, il comporte un risque de poursuites pénales pour les individus et les organisations qui apportent une assistance juridique aux migrants. En outre, ce projet d'article ne prévoit pas de clause d'exception humanitaire et énumère des options ouvertes quant aux activités organisationnelles visées, tandis que les activités de campagne et de défense des droits, incluant l'information des individus sur leurs droits et leurs protections juridiques, ne sont pas exclues de son champ d'application. Il convient de rappeler que seul l'encouragement intentionnel des migrants à contourner la loi devrait donner lieu à des

⁵⁸ Voir la Convention des Nations Unies de 1951 relative au statut des réfugiés, la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, le Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants.

⁵⁹ Voir la Convention des Nations Unies de 1951 relative au statut des réfugiés, la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, le Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, ces deux dernières conventions portant directement sur la coopération avec la société civile pour porter assistance aux victimes.

poursuites pénales. L'aide apportée par les ONG aux demandeurs d'asile dans l'établissement de leurs demandes et dans la formation de recours ne saurait être considérée comme un tel contournement⁶⁰. En outre, la disposition risque de mettre en danger le financement des ONG, car elle ne fait pas clairement la distinction entre un « gain financier » en tant que stricte contrepartie d'une activité illégale et « tout revenu » généré dans le cadre des activités ordinaires d'une ONG. La responsabilité pénale individuelle d'un membre d'une ONG et la responsabilité de l'entité juridique ne sont pas différenciées, et la conséquence juridique de la condamnation pénale d'un membre d'une ONG en vertu de l'article 353A pourrait être la dissolution de l'ONG elle-même sur la base de la loi CIV de 2001, ce qui semble disproportionné. Enfin, le projet de disposition n'a pas été soumis avant son adoption à une véritable consultation publique, avec une possibilité satisfaisante de participation. Pour toutes ces raisons, la disposition examinée dans le présent avis porte atteinte aux droits à la liberté d'association et d'expression. Elle doit être abrogée.

105. La Commission de Venise et l'OSCE/BIDDH restent à la disposition des autorités hongroises et de l'Assemblée parlementaire pour toute assistance complémentaire sur cette question.

⁶⁰ Voir le paragraphe 83 du présent avis