VII. Outre-mer : un régime d'exception, contraire aux normes européennes

Ce qu'il faut retenir

Toutes les lois relatives au droit des étrangers en France ont successivement fait perdurer ou étendu le champ d'un régime d'exception en outre-mer, qui prévoit une protection juridique au rabais comparée à celle applicable en métropole[45].

Ainsi, alors que le Ceseda s'applique dans les départements d'outre-mer (DOM), des dérogations sont prévues dans ces territoires afin de limiter les possibilités d'accès au juge des étrangers et des étrangères sous le coup d'une mesure d'éloignement, de doter les forces de l'ordre de moyens spéciaux pour les interpeller et dissuader celles et ceux qui les aident.

Ces dérogations existantes expliquent, à Mayotte, en Guyane et en Guadeloupe, des scores exceptionnels en nombre de « retours contraints » hors de l'Union européenne[46].

Le projet de loi reprend, voire étend le champ de ces exceptions d'une part et introduit quelques garanties très largement insuffisantes d'autre part :

– L'ordonnance n° 2014-464 du 7 mai 2014 portant extension et adaptation à Mayotte du Ceseda prévoit des exceptions majeures susceptibles de porter atteinte à de nombreux droits fondamentaux. Elle ne doit donc pas être ratifiée sans un examen approfondi par les parlementaires.

– Dans cinq territoires ultramarins, l'éloignement peut être mis en œuvre avant tout accès au juge[47]. Déjà condamnée une fois par la Cour européenne des droits de l'Homme[48], la France risque de l'être à nouveau. Pour parer ce risque, le projet de loi prévoit qu'un référé-liberté pourrait suspendre l'exécution de l'éloignement jusqu'à ce que le juge ait rendu sa décision. Mais, dans ce cas, rien ne garantirait l'accès à un recours effectif pour celles et ceux qui, notamment à Mayotte, sont éloignés si vite qu'il est presque impossible de déposer un référé à temps ; ou qui, en Guyane, déposent un référé-suspension et sont éloignés avant la décision du juge. Par ailleurs, ce recours n'est approprié qu'aux seules situations de violations des droits les plus extrêmes tels que les risques pour la vie en cas d'éloignement. Une avancée en trompe-l'œil qui ne tromperait sans doute pas la Cour européenne.

– La police est déjà dotée de pouvoirs dérogatoires dans la majeure partie de ces cinq territoires puisqu'elle peut procéder à un contrôle d'identité sans réquisition du procureur de la République mais aussi effectuer une visite sommaire de véhicules collectifs pour vérifier la situation administrative des passagers avec l'accord du conducteur ou, à défaut, sur instruction du procureur.

Au lieu de supprimer ces procédures dérogatoires, une extension à la Martinique est prévue, dans une zone qui couvre la très grande majorité de cette île et alors même que ce département français est peu concerné par l'immigration.

---

(45) Voir : Gisti, La Cimade, Mom, *Régimes d'exception pour les personnes étrangères en outre-mer*, coll. Cahiers juridiques du Gisti, 2012 (http://www.gisti.org/publication_pres.php?id_article=2744).

(46) Ainsi, en 2013 : Métropole = 4 676 ; Guadeloupe Saint-Martin = 529 ; Guyane = 6 824 ; Mayotte = 11 821 ; Martinique = 344 ; Réunion = 74. Statistiques du ministère de l'Intérieur, chiffres métropolitains excluant les retours aidés et les départs forcés vers l'UE. Document DLPAJ/SDCJC/n° 17/GL/n° 2014-663 du 16 juillet 2014 pour l'outre-mer.

(47) En violation flagrante du droit à un recours effectif garanti par la convention européenne des droits de l'Homme.

(48) Cour EDH, 13 décembre 2012, n° 22689/07, *De Souza Ribeiro c/France*.

– Le procureur de la République peut ordonner la destruction de bateaux sur les fleuves guyanais ou l'immobilisation de véhicules terrestres ou d'aéronefs en Guadeloupe et en Guyane, lorsque ces moyens de transport ont contribué à l'entrée ou au séjour irrégulier de migrants. L'actuel dispositif encourt une censure par le Conseil constitutionnel à défaut de voies de recours accessibles au pilote ou au propriétaire du véhicule. Pour y remédier, le projet de loi prévoit que ces personnes disposent de 48 heures pour contester la destruction, le recours étant alors suspensif. On voit mal comment ce dispositif serait effectif, notamment à Mayotte où de nombreux « kwassas » interceptés en mer sont systématiquement détruits.

1. Mayotte : une ordonnance honteuse qui ne peut être ratifiée

Article 34

L'ordonnance n° 2014-464 du 7 mai 2014 portant extension et adaptation à Mayotte du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (partie législative) est ratifiée.

Mayotte est un département français depuis avril 2011 et une région de l'Union européenne dite « ultrapériphérique » depuis janvier 2014. Les législations nationale et européenne doivent donc y être appliquées. Dès lors l'entrée et le séjour des étrangers à Mayotte devaient être régis par le Ceseda et non plus par une législation spécifique. Une ordonnance du 7 mai 2014 a procédé à cette extension[49].

Une fois de plus, le gouvernement a procédé par une ordonnance donc sans le moindre débat parlementaire. Certes une ratification par le Parlement est requise dans l'année qui suit l'entrée en vigueur de cette ordonnance. Mais, comme il est d'usage, cette question est posée au Parlement à l'issue de l'examen d'un long débat relatif à une autre loi, comme s'il s'agissait d'une simple formalité. Or, cette ordonnance introduit à Mayotte de nombreuses et graves dérogations au droit commun et son éventuelle ratification mériterait un débat parlementaire approfondi.

Si certaines de ces dérogations sont déjà applicables dans d'autres départements d'outre-mer, à l'instar du caractère non suspensif des recours contre une mesure d'éloignement, d'autres sont réservées aux personnes étrangères à Mayotte.

Ainsi :

– un titre de séjour délivré en métropole permet de circuler librement sur l'ensemble du territoire français. Délivré à Mayotte, il ne permet de circuler… qu'à Mayotte. Les personnes étrangères en situation régulière sont donc de fait assignées à résidence dans une île française marquée par une grande précarité sociale et économique. Cette disposition extraordinaire qui aurait été motivée par la volonté de limiter les départs vers La Réunion ou en métropole ne saurait constituer une solution républicaine ;

– un-e jeune résidant dans les autres départements depuis ses treize ans se voit délivrer de plein droit à ses 16 ou 18 ans une carte de séjour mention « vie privée et familiale », s'il ou elle a résidé avec l'un de ses parents. À Mayotte, ce parent doit avoir été en situation régulière durant cette période, ce qui exclut 90 % de ces jeunes ;

– le droit à une vie stable pour une personne membre de la famille d'un-e ressortissant-e français-e sera conditionné par ses revenus puisque la possession pendant trois ans d'une carte de séjour « vie privée et familiale » ne donne accès à une carte de résident que si des conditions de ressources et de stabilité du séjour, qui ne sont pas exigées ailleurs, sont remplies.

– une personne à qui l'entrée dans les autres départements est refusée peut bénéficier au moins d'un jour pour faire valoir ses droits avant son éloignement forcé ; ce n'est pas le cas à Mayotte. Cela constitue une régression par rapport à la situation antérieure puisque, selon l'article 4 de l'ordonnance n° 2000-373 du 26 avril 2000 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers à Mayotte, « *En aucun cas, le refus d'entrée ne peut donner lieu à une mesure de rapatriement contre le gré de l'intéressé avant l'expiration du délai d'un jour franc* ».

Huit associations et un syndicat ont déposé une requête en annulation de ces dispositions[50]. Mais si cette ordonnance est ratifiée, elle ne sera plus susceptible d'être annulée et ce recours tombera de lui-même sans avoir été examiné.

2. Recours contre les mesures d'éloignement : face au droit européen, l'esquive française

Ceseda, article L. 514-1 (modifié par l'article 16 du projet de loi)

Pour la mise en œuvre du présent titre, sont applicables en Guyane, à Mayotte et à Saint-Martin, les dispositions suivantes :

(49) Ordonnance n° 2014-464 du 7 mai 2014 portant extension et adaptation à Mayotte du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

(50) Dossier : www.gisti.org/spip.php?article4660

1° Si l'autorité consulaire le demande, l'obligation de quitter sans délai le territoire français ne peut être mise à exécution avant l'expiration du délai d'un jour franc à compter de la notification de l'arrêté ;

2° Sans préjudice des dispositions de l'alinéa précédent, l'étranger qui a fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français et qui défère cet acte au tribunal administratif peut assortir son recours d'une demande de suspension de son exécution. En conséquence, les dispositions des articles L. 512-1, L. 512-3 et L. 512-4 ne sont pas applicables dans ces collectivités.

3° L'obligation de quitter le territoire français ne peut faire l'objet d'une exécution d'office, si l'étranger a saisi le tribunal administratif d'une demande sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, avant que le juge des référés n'ait informé les parties de la tenue ou non d'une audience publique en application du deuxième alinéa de l'article L. 522-1 du même code, ni avant, si les parties ont été informées d'une telle audience, que le juge n'ait statué sur la demande.

Situation actuelle : ni recours suspensif, ni recours effectif

En métropole, le contentieux administratif relatif à l'annulation d'une obligation de quitter le territoire français (OQTF) sans délai relève d'une législation particulière selon laquelle la mesure d'éloignement ne peut en aucun cas être exécutée :

– avant l'expiration d'un délai de quarante-huit heures ;

– avant la décision du tribunal administratif dès lors que celui-ci a été saisi (articles L. 512-1 à L. 512-4 du Ceseda), le recours est alors dit « *suspensif* ».

Par dérogation, ce dispositif ne s'applique ni en Guyane, ni à Mayotte et à Saint-Martin, ni, pour une période de cinq ans régulièrement renouvelée, en Guadeloupe et à Saint-Barthélemy.

Le droit à un recours effectif, pourtant garanti par l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH), est ainsi balayé au profit de l'exécution des mesures d'éloignement alors même que peuvent être en jeu des atteintes à des droits fondamentaux protégés par la même convention, tel que le droit à une vie familiale normale. Déjà condamnée par l'arrêt *De Souza Ribeiro*[51] de la Cour européenne, la France risque de l'être à nouveau. Le gouvernement sait pourtant que la Cour « ne saurait se satisfaire d'un dispositif qui permet dans la pratique l'exécution d'une mesure d'éloignement sans que l'étranger ait pu disposer de manière effective du moyen de faire valoir un grief défendable » (étude d'impact du projet de loi[52]).

L'objectif et le contenu de la réforme

Une application des règles du contentieux administratif des OQTF prévues par le droit commun a pourtant été a priori exclue par le gouvernement au motif que « *l'extension d'un recours suspensif de plein droit impliquerait inéluctablement des phénomènes d'engorgement et de paralysie des juridictions et des capacités d'action de l'autorité administrative* » contraires à « *l'objectif de valeur constitutionnelle d'une bonne administration de la justice* » (étude d'impact du projet de loi). La Cour européenne a pourtant déjà balayé cet argument : « *En ce qui concerne le risque d'engorgement des juridictions pouvant entraîner des conséquences contraires à la bonne administration de la justice en Guyane, la Cour rappelle que* [...] *l'article 13 astreint les États contractants à organiser leurs juridictions de manière à leur permettre de répondre aux exigences de cette disposition* » (arrêt *De Souza Ribeiro c/France*, n° 98).

En clair, si après une décision d'OQTF « sans délai » une personne a pu, avant d'être éloignée, introduire devant le tribunal administratif un « référé-liberté » (article L. 521-2 du Code de justice administrative), l'administration doit suspendre l'exécution de cet éloignement jusqu'à ce que le juge des référés :

– prenne une ordonnance motivée de « rejet au tri » c'est-à-dire qu'il la rejette au seul vu des écrits car il estime que la requête « est irrecevable ou qu'elle est mal fondée » (CJA, article L. 522-1) ;

– ou, dans le cas contraire, se prononce sur la requête après une audience du tribunal à laquelle le ou la requérant-e et la préfecture sont convoqué-e-s et qui doit se tenir dans un délai de 48 heures.

La proposition du gouvernement prive toujours la majorité des personnes étrangères d'un examen effectif, sérieux et suffisamment approfondi de la légalité des mesures d'éloignement

Le référé-liberté est une procédure justifiée par l'urgence par laquelle il est demandé au juge de constater que la mesure porte « *une atteinte grave et manifestement illégale* » à la « *sauvegarde d'une liberté fondamentale* ». Il ne permet pas au juge de s'exprimer sur la légalité de la mesure. Il se borne à demander au juge d'ordonner les mesures les plus urgentes afin d'assurer la sauvegarde des

(51) Par l'arrêt *De Souza Ribeiro c/France* (note 48), la France a été condamnée pour avoir éloigné un Brésilien de Guyane sans attendre la décision du juge des référés qui avait été saisi. Voir *Des droits d'exception en outre-mer devant la Cour européenne des droits de l'Homme* : www.gisti.org/spip.php?rubrique805

(52) www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPreparation.do?idDocument=JORFDOLE000029287359&type=general&typeLoi=proj&legislature=14

droits fondamentaux invoqués. En conséquence, la mesure d'éloignement continue d'être valide.

Le seul recours en urgence accessible pour la majorité des personnes étrangères en rétention reste donc le référé-suspension, qui consiste à demander au juge d'examiner la légalité d'une mesure d'éloignement dans les meilleurs délais. Or ce recours n'est jamais examiné à temps, ce qui le rend inopérant et inaccessible[53] en pratique.

Les éloignements sont exécutés de manière si expéditive (en 1,1 jour en moyenne pour les centres de rétention administrative d'outre-mer contre 11 jours en métropole) que les rares personnes qui ont réussi à déposer à temps un recours sont bien souvent éloignées avant que le juge ait pu l'examiner[54]. Et quand bien même la mesure serait reconnue illégale, le juge n'a pas le pouvoir de demander le retour de la personne éloignée dans le cadre de ce recours. Dans ces conditions, les préfectures d'outre-mer sont libres de procéder aux reconduites à la frontière sans crainte d'une censure des juges.

En Guyane, des personnes justifiant pourtant d'attaches familiales très fortes en France et ayant demandé que le juge vérifie la légalité de la mesure d'éloignement dont elles faisaient l'objet, ont été renvoyées en moins de vingt-quatre heures sans permettre au juge d'intervenir. Ces situations, qui illustrent les possibilités d'éloignements arbitraires, doivent être prochainement examinées par la Cour EDH.

À Mayotte : des reconduites massives et expéditives qui annihilent toute possibilité de recours, suspensif ou non

En 2013 et 2014, deux jeunes enfants puis un jeune adolescent confié à l'aide sociale à l'enfance ont été éloignés de force en toute illégalité. Dans les deux cas, un référé-liberté n'a pu être introduit qu'après les quelques heures séparant la décision de son exécution[55], ce qui a privé ces enfants en grand danger d'un examen de leur situation par un juge.

Avec à peine 74 référés-liberté[56] pour près de 12 000 reconduites au cours de l'année 2013, l'accès au juge restera sans aucun doute marginal.

(53) Voir plusieurs exemples récents en Guadeloupe et en Guyane : www.gisti.org/spip.php?article3277

(54) 85 recours ont été déposés en Guyane en 2013 pour 6 824 éloignements et 32 sur le 1er trimestre 2014 pour 1 140 placements au centre de rétention (seul chiffre disponible pour cette période).

(55) Requête concernant deux enfants de 3 et 5 ans arrivés en barque et refoulés quelques heures sans parent ni tuteur, alors même que leur père les attendait : www.gisti.org/spip.php?article3414. Requête concernant l'adolescent : www.gisti.org/spip.php?article3404.

(56) Selon le ministère de l'Intérieur.

En refusant de se doter de dispositions permettant un accès effectif au juge avant le renvoi, comme le préconisent plusieurs institutions et juridictions de défense des droits de l'Homme, la France s'expose à de nouvelles condamnations juridictionnelles. De fait, ces deux situations ont été portées devant la Cour EDH.

Dans ce contexte d'exécution massive et hâtive des éloignements forcés, il est le plus souvent impossible de déposer quelque recours que ce soit, suspensif ou non. À cet égard, la disposition du projet de loi créant un référé-liberté suspensif n'affiche qu'une apparence de progrès, qui s'avère en pratique totalement inutile et impropre à garantir une intervention réelle du juge telle qu'indiqué par la Cour dans l'arrêt *De Souza Ribeiro* (§ 93 et 96).

3. Harmonisation des contrôles policiers : à la Martinique comme dans les autres DOM d'Amérique

Code de procédure pénale, article 78-2 (modifié par l'article 24 du projet de loi)

Dans une zone comprise entre les frontières terrestres ou le littoral du département de la Guyane et une ligne tracée à vingt kilomètres en deçà, et sur une ligne tracée à cinq kilomètres de part et d'autre, ainsi que sur la route nationale 2 sur le territoire de la commune de Régina, l'identité de toute personne peut être contrôlée, selon les modalités prévues au premier alinéa [par les officiers de police judiciaire et, sur l'ordre et sous la responsabilité de ceux-ci, les agents de police judiciaire et agents de police judiciaire], en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévus par la loi.

L'identité de toute personne peut également être contrôlée, selon les modalités prévues au premier alinéa du présent article [par les officiers de police judiciaire et, sur l'ordre et sous la responsabilité de ceux-ci, les agents de police judiciaire et agents de police judiciaire], en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévus par la loi :

1° En Guadeloupe, dans une zone comprise entre le littoral et une ligne tracée à un kilomètre en deçà, ainsi que dans une zone d'un kilomètre de part et d'autre, d'une part, de la route nationale 1 sur le territoire des communes de Basse-Terre, Gourbeyre et Trois-Rivières et, d'autre part, de la route nationale 4 sur le territoire des communes du Gosier et de Sainte-Anne et Saint-François ;

2° À Mayotte, dans une zone comprise entre le littoral et une ligne tracée à un kilomètre en deçà ;

3° À Saint-Martin, dans une zone comprise entre le littoral et une ligne tracée à un kilomètre en deçà ;

4° À Saint-Barthélemy, dans une zone comprise entre le littoral et une ligne tracée à un kilomètre en deçà.

5° En Martinique, dans une zone comprise entre le littoral et une ligne tracée à un kilomètre en deçà, ainsi que dans une zone d'un kilomètre de part et d'autre, de la route nationale 1 qui traverse les communes de Sainte-Marie, La Trinité, Le Robert et Le Lamentin, de la route nationale 2 qui traverse les communes de Saint-Pierre, Le Carbet, Le Morne Rouge, l'Ajoupa Bouillon et Basse Pointe, de la route nationale 3 qui traverse les communes de Le Morne Rouge, l'Ajoupa Bouillon, Basse Pointe, Fonds Saint Denis et Fort de France, de la route nationale 5 qui traverse les communes de Le Lamentin, Ducos, Rivière Salée, Sainte Luce, Rivière Pilote et Le Marin, de la route nationale 6 qui traverse les communes de Ducos, Le Lamentin, Le Robert, Le François et Le Vauclin, Rivière Salée, Sainte-Luce, Rivière Pilote et Le Marin et de la route départementale 1 qui traverse les communes de Le Robert, Le François et Le Vauclin.

Ceseda, article L. 611-8

Dans une zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec les États parties à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990 et une ligne tracée à vingt kilomètres en deçà, les officiers de police judiciaire, assistés des agents de police judiciaire et des agents de police judiciaire adjoints [...], peuvent procéder, avec l'accord du conducteur ou, à défaut, sur instructions du procureur de la République, à la visite sommaire des véhicules circulant sur la voie publique, à l'exclusion des voitures particulières, en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des pièces ou documents [relatifs à la situation administrative des étrangers] ou de rechercher et constater les infractions relatives à l'entrée et au séjour des étrangers en France.

Article L. 611-9

[...] Dans l'attente des instructions du procureur de la République, le véhicule peut être immobilisé pour une durée qui ne peut excéder quatre heures.

La visite, dont la durée est limitée au temps strictement nécessaire, se déroule en présence du conducteur et donne lieu à l'établissement d'un procès-verbal mentionnant les dates et heures du début et de la fin des opérations. Un exemplaire de ce procès-verbal est remis au conducteur et un autre transmis sans délai au procureur de la République.

Article L. 611-11

Les articles L. 611-8 et L. 611-9 sont applicables en Guadeloupe dans une zone comprise entre le littoral et une ligne tracée à un kilomètre en deçà, ainsi que sur les routes nationales 1 et 4. Il en est de même à Mayotte, à Saint-Barthélemy et Saint-Martin dans une zone comprise entre le littoral et une ligne tracée à un kilomètre en deçà, **et en Martinique dans une zone comprise entre le littoral et une ligne tracée à un kilomètre en deçà, ainsi que sur les routes nationales 1, 2, 3, 5 et 6 et sur la route départementale 1.**

Pouvoirs spéciaux actuels de la police en outre-mer

La police dispose de deux pouvoirs dérogatoires puisqu'elle peut :

– procéder à un contrôle d'identité sans réquisition du procureur de la République ;

– effectuer une visite sommaire de véhicules collectifs (taxis ou bus) pour vérifier la situation administrative des passagers avec l'accord du conducteur ou, à défaut, sur instruction du procureur.

Les forces de l'ordre jouissent ainsi de pouvoirs extraordinaires sur la majeure partie du territoire des cinq territoires ultramarins concernés. En pratique, elles ne s'embarrassent donc pas de précautions pour pénétrer dans les lieux privés afin de procéder à des arrestations (maisons, magasins) ou pour contrôler les passagers de véhicules particuliers sans l'autorisation du conducteur, ce qu'interdit pourtant la loi.

Or ce renforcement des pouvoirs de police n'a été compensé par aucune garantie procédurale. Au contraire, le caractère expéditif des éloignements implique une absence quasi systématique de contrôle par le juge judiciaire des conditions d'interpellation. Et, les rares fois où ce contrôle peut avoir lieu, dans la majorité des cas, la privation de liberté est annulée, démontrant ainsi que les violations des droits sont bien monnaie courante[57].

Extension à la Martinique

Le projet de loi prévoit une extension de ces dispositifs à la Martinique, dans une zone délimitée dont un simple coup d'œil à une carte fait apparaître qu'elle n'épargne guère d'espaces dans cette île.

Pour justifier cette mesure, le gouvernement avance dans son exposé des motifs une nécessaire harmonisation du dispositif de contrôle dans les départements français d'Amérique « *unis dans une réalité commune impliquant* [...] *des risques* [...] *de nature similaire s'agissant de la maîtrise des flux migratoire et de la criminalité afférente* ». Pourtant, la Martinique est peu exposée à l'immigration ; les mouvements migratoires y sont stagnants depuis 2010 et en baisse depuis 2005 (–17 %)[58]. Les étrangers et les étrangères en situation régulière y représentent seulement 1,4 % de la population locale.

(57) En 2013, près de 80 % des décisions du juge judiciaire ont conduit à une libération en Guyane. En Guadeloupe, ce chiffre s'élève à 59 %. À Mayotte, les éloignements sont organisés si rapidement que le juge judiciaire n'a jamais été mis en mesure d'intervenir.

(58) Les étrangers en France en 2012, Dixième rapport établi en application de l'article L. 111-10 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, p. 210.

L'étude d'impact reflète pour sa part une revendication policière : « *disposer également de cet outil de contrôle adapté aux caractéristiques géographiques et aux modalités principales d'entrée irrégulière de ressortissants étrangers sur le territoire des collectivités ultramarines des Antilles, à savoir la voie maritime* ».

Ces justifications viennent se heurter frontalement à l'arrêt *De Souza Ribeiro c/France* de 2012 de la Cour européenne de droits de l'Homme : « *Quant à la situation géographique de la Guyane, et à la forte pression migratoire subie par ce département-région d'outre-mer, le Gouvernement soutient que ces éléments justifieraient le régime d'exception prévu par la législation ainsi que son fonctionnement. Au vu du cas d'espèce, la Cour ne saurait souscrire à cette analyse.* »

4. Neutralisation ou destruction de moyens de transport de migrants

Texte actuellement en vigueur

Ceseda, art. L. 622-10

I. - En Guyane, le procureur de la République peut ordonner la destruction des embarcations fluviales non immatriculées qui ont servi à commettre les infractions visées aux articles L. 622-1 et L. 622-2 [aide à l'entrée ou au séjour irrégulier d'un étranger], constatées par procès-verbal, lorsqu'il n'existe pas de mesures techniques raisonnablement envisageables pour empêcher définitivement le renouvellement de ces infractions.

II. - En Guadeloupe et en Guyane, le procureur de la République peut ordonner l'immobilisation des véhicules terrestres et des aéronefs qui ont servi à commettre les infractions visées aux articles L. 622-1 et L. 622-2, constatées par procès-verbal, par la neutralisation de tout moyen indispensable à leur fonctionnement, lorsqu'il n'existe pas de mesures techniques raisonnablement envisageables pour empêcher définitivement le renouvellement de ces infractions.

Ceseda, art. L. 622-10 (réécrit par l'article 26 du projet de loi)

En Guyane, en Guadeloupe, en Martinique, à Mayotte, à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin, le procureur de la République peut, au cours de l'enquête, ou si aucune juridiction n'a été saisie, ou lorsque la juridiction saisie a épuisé sa compétence sans avoir statué sur le sort des scellés, ordonner la destruction ou l'immobilisation, par la neutralisation de tout moyen indispensable à leur fonctionnement, des embarcations, des véhicules terrestres et des aéronefs qui ont servi à commettre les infractions visées aux articles L. 622-1 et L. 622-2, constatées par procès-verbal.

Les décisions du procureur de la République prises en application du présent article sont motivées.

Elles sont notifiées par tout moyen aux personnes ayant des droits sur le bien, si celles-ci sont connues, et aux personnes mises en cause.

Les décisions d'immobilisation peuvent être contestées selon les règles prévues à l'article 41-4 du code de procédure pénale.

Les décisions de destruction peuvent être contestées par les personnes mentionnées au troisième alinéa, dans un délai de quarante-huit heures à compter de la notification de la décision, par voie de requête, devant le président de la chambre de l'instruction qui se prononce dans un délai de quinze jours. Le recours contre la décision de destruction du procureur de la République est suspensif. La personne mise en cause et les personnes ayant des droits sur le bien peuvent adresser toutes observations écrites ou être entendues par le président de la chambre de l'instruction. Lorsque la personne mise en cause n'a pas fait connaître son opposition et qu'au terme d'un délai de quinze jours à compter de la date de la décision de destruction, le propriétaire ou l'ayant droit supposé n'a pu être identifié ou averti et ne s'est pas manifesté, la procédure est réputée contradictoire et la décision du procureur de la République peut être exécutée.

Une extension territoriale et une « simplification » par le cumul des dispositifs antérieurs

La réforme de 2006 avait prévu que le procureur de la République pouvait ordonner la destruction de bateaux sur les fleuves guyanais et au large de Mayotte, ou l'immobilisation de véhicules terrestres ou d'aéronefs en Guadeloupe et en Guyane lorsque ces moyens de transport ont contribué à l'entrée ou au séjour irrégulier de migrant-e-s.

Comme pour les contrôles policiers, le projet de loi « harmonise » les dispositifs précédents en les étendant à la Martinique, à Saint-Martin et à Saint-Barthélemy et en cumulant partout les divers procédés expérimentés depuis 2006.

Un recours suspensif avant la destruction d'un véhicule

Selon le code de procédure pénale (article 41), la procureur de la République « *procède ou fait procéder à tous les actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions à la loi pénale* ». Lorsque des objets ont été saisis dans ce cadre, ils peuvent être restitués à la fin de la procédure, « *lorsque la propriété n'en est pas sérieusement contestée. Si la restitution n'a pas été demandée ou décidée dans un délai de six mois à compter de la décision de classement ou de la décision par laquelle la dernière juridiction saisie a épuisé sa compétence, les objets non restitués deviennent propriété de l'État, sous réserve des droits des tiers. Il en est de même lorsque le propriétaire ou la personne à laquelle la restitution*

a été accordée ne réclame pas l'objet dans un délai de deux mois à compter d'une mise en demeure adressée à son domicile [...] » (article 41-4).

Ce dispositif s'applique aux véhicules immobilisés mentionnés ci-dessus.

En revanche, en ce qui concerne la destruction, l'actuel dispositif encourt une censure par le Conseil constitutionnel à défaut de voies de recours. Une décision récente du Conseil constitutionnel (CC, 11 avril 2014, n° 2014-390) a en effet censuré cette disposition au motif, notamment, « *qu'en permettant la destruction de biens saisis, sur décision du procureur de la République, sans que leur propriétaire ou les tiers ayant des droits sur ces biens et les personnes mises en cause dans la procédure aient été préalablement avisés et qu'ils ont été mis à même de contester cette décision devant une juridiction afin de demander, le cas échéant, la restitution des biens saisis* », cette disposition n'est assortie d'aucune garantie légale et méconnaît « l*es exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789*[59] ». La prise en compte de cette décision s'imposait.

Selon le projet de loi, la décision du procureur doit être motivée et notifiée aux personnes mises en cause (pilote) et au propriétaire supposé du véhicule. Ces personnes disposent alors de 48 heures pour contester cette décision et le recours est alors suspensif (la destruction ne peut pas être effectuée avant la décision du juge). Mais si le pilote n'exerce pas de recours et si, au bout de quinze jours, aucun propriétaire ne s'est manifesté, la destruction peut être effectuée.

Quel effet peut-on escompter de cette nouvelle voie de recours ? C'est à Mayotte que le dispositif actuel est systématiquement appliqué aux embarcations baptisées « kwassas » interceptées en mer et faisant la traversée depuis l'île voisine d'Anjouan : 476 kwassas interceptés en 2013 et le préfet de Mayotte affirmait qu'en « *septembre-octobre* », les services de l'État avaient « *asséché le nombre de kwassas disponibles* » aux Comores.

Les pêcheurs qui pilotaient le bateau sont systématiquement poursuivis en tant que « passeurs » pour aide à l'entrée et au séjour des étrangers et constituent la grande majorité des personnes incarcérées (de six mois à plusieurs années en cas de récidive) dans la prison de Majicavo ou, parfois à la Réunion. Mais beaucoup de procès se font par contumace car le « passeur » convoqué par le tribunal est plus pressé de repartir et que de comparaître. Sans doute la convocation du tribunal notifiera-t-elle aussi une décision de destruction du kwassa avec les voies de recours. Quel « passeur » s'y risquera-t-il ?

Quant à une requête effectuée par un propriétaire comorien d'un ou de plusieurs « kwassas » elle ne serait sans doute pas impossible. Mais la France exerce là d'autres formes de pression (petites aides économiques, facilitation de visas pour une caste privilégiée) grâce auxquelles une coopération entre l'Union des Comores et la France contre la circulation des Comoriens dans l'archipel est déjà bien engagée et des policiers comoriens ont déjà été formés par leurs homologues français au contrôle du départ des « kwassas ». Alors quel fabriquant comorien de kwassa se lancerait-il dans un contentieux auprès d'un procureur de la République français ?

Là encore, la France ne fait que tenter par plusieurs moyens de contourner l'application d'un droit fondamental.

(59) Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.