

18 septembre 2023

Avocate de permanence en matière de mesures de contrainte et d'éloignement visant les étrangers: la gestion d'une audience devant le TAPI et les incontournables de la jurisprudence

Dominique Bavarel

Avocat, membre de l'Association des juristes progressistes

Orianna Haldimann

Conseillère juridique pour le groupe détention d'AsyLex

Léonard Micheli-Jeannet

Avocat, membre de la Commission droits humains de l'ODAGE

PLAN

0. Aperçu des mesures de contrainte ;

I. Gestion du mandat dans le cadre de la permanence ;

- Avant l'audience ;
- Pendant l'audience ;
- Après l'audience;

II.Éléments principaux concernant le droit de fond ;

III.Griefs principaux ;

IV.Jurisprudence ;

V.Procédures parallèles ;

VI.Sources ;

0. Aperçu des mesures de contrainte

art. 73 à 82 Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (LEI ; RS 142. 20)

Rétention (art. 73)	Restrictions à la liberté de mouvement (art. 74)	Détention (art. 75, 76, 76a, 77 et 78)
-------------------------------	--	--

• I. Gestion de la procédure

Procédure orale:

Avant l'audience :

Prendre connaissance du dossier

- Contacter la personne que vous défendez et lui rendre visite à Frambois ou Favra (cas échéant avec un-e interprète).
- Renseigner la personne que vous défendez sur la nature de la procédure et son déroulement.
- Informer la personne que vous défendez de la suite de la procédure et de son droit de recourir contre la décision qui sera rendue.
- Réunir les éléments utiles (certificats médicaux, témoignages, etc.).

I. Gestion de la procédure

Durant l'audience :

- Prendre des conclusions claires.
- Ne pas oublier que l'on est une partie à égalité avec l'OCPM/ l'Officier de police.
- Ne pas hésiter à poser des questions à la personne détenue / à l'autorité.
- Produire des pièces (certificats médicaux), solliciter l'audition de témoins.
- Attention : établissement d'office des faits (art. 19 et 76 LPA).

I. Gestion de la procédure

Procédure écrite (art. 80 al. 3 LEI):

- L'autorité judiciaire peut renoncer à la procédure orale lorsque le renvoi ou l'expulsion pourra vraisemblablement avoir lieu dans les huit jours suivant l'ordre de détention et que la personne concernée a donné son consentement écrit. Si le renvoi ou l'expulsion ne peut être exécuté dans ce délai, la procédure orale a lieu au plus tard douze jours après l'ordre de détention
- S'assurer du consentement écrit du client pour le principe de la procédure écrite.
- Téléphoner et rendre visite à la personne que vous défendez à Frambois ou Favra.
- Produire des pièces.
- Si le renvoi ne peut être exécuté dans les 8 jours, la procédure orale, doit avoir lieu au plus tard 12 jours après l'ordre de mise en détention (garantie de l'examen judiciaire complet).

I. Gestion de la procédure

Procédure écrite Dublin (art. 80a LEI):

- La légalité et l'adéquation de la détention sont examinées, sur demande de la personne détenue, par une autorité judiciaire au terme d'une procédure écrite. Cet examen peut être demandé à tout moment.
- Vous adressez la demande au Tribunal. Adressez une demande la plus complète possible car la procédure est rapide

I. Gestion de la procédure

Après la notification du jugement:

Si le Tribunal ordonne la mise en liberté:

- risque important de recours immédiat de l'autorité avec une demande de mesures superprovisionnelles et provisionnelles
- En l'absence d'un recours, informez votre mandant sur l'aide d'urgence

Si le Tribunal confirme l'ordre de mise en détention ou admet la demande de prolongation de la détention:

- Opportunité de recourir contre le jugement, délai de 10 jours
- Suivre l'évolution des démarches entreprises en vue du renvoi
- art. 7al. 4 let g LaLEtr, demande de mise en liberté en tout temps, en dérogation de 80 al. 5 LEI

II. Éléments principaux concernant le droit de fond

art. 73 à 82 Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (LEI ; RS 142. 20)

Rétention (art. 73)	Restrictions à la liberté de mouvement (art. 74)	Détention (art. 75, 76, 76a, 77 et 78)
-------------------------------	--	--

II. Éléments principaux concernant le droit de fond

Assignation à/interdiction de périmètre (art. 74 LEI)

3 possibilités :

- 1) La personne n'est pas titulaire d'un titre de séjour et cause un trouble à l'ordre public.
- 2) Décision de renvoi/expulsion entrée en force et des éléments concrets font redouter que la personne ne quittera pas la Suisse dans le délai imparti ou ne l'a pas quitté dans un délai déjà imparti.
- 3) L'exécution du renvoi/expulsion a été reportée (art. 69 al. 3 LEI).

II. Éléments principaux concernant le droit de fond

- Art. 75 Détention en phase préparatoire

¹ Afin d'assurer l'exécution d'une procédure de renvoi ou d'expulsion ou d'une procédure pénale pouvant entraîner une expulsion obligatoire au sens des art. 66a ou 66a^{bis} CP¹⁹⁵ ou 49a ou 49a^{bis} CPM¹⁹⁶, l'autorité cantonale compétente peut ordonner la détention pendant la préparation de la décision sur le séjour, pour une durée de six mois au plus, d'une personne qui n'est pas titulaire d'une autorisation de courte durée, de séjour ou d'établissement, pour l'une des raisons suivantes:¹⁹⁷

- a.¹⁹⁸ lors de la procédure d'asile, de renvoi ou d'expulsion ou de la procédure pénale dans laquelle elle encourt une expulsion obligatoire au sens des art. 66a ou 66a^{bis} CP ou 49a ou 49a^{bis} CPM, la personne refuse de décliner son identité, dépose plusieurs demandes d'asile sous des identités différentes, ne donne pas suite à une convocation à réitérées reprises et sans raisons valables ou n'observe pas d'autres prescriptions des autorités dans le cadre de la procédure d'asile;
- b. elle quitte la région qui lui est assignée ou pénètre dans une zone qui lui est interdite en vertu de l'art. 74;
- c. elle franchit la frontière malgré une interdiction d'entrer en Suisse et ne peut pas être renvoyée immédiatement;
- d. elle dépose une demande d'asile après avoir été renvoyée suite à une révocation exécutoire (art. 62 et 63) ou à la non-prolongation de l'autorisation pour avoir attenté à la sécurité et l'ordre publics, les avoir mis en danger ou avoir représenté une menace pour la sécurité intérieure ou extérieure;
- e. elle dépose une demande d'asile après avoir été expulsée (art. 68);
- f. elle séjourne illégalement en Suisse et dépose une demande d'asile dans le but manifeste d'empêcher l'exécution d'un renvoi ou d'une expulsion; tel peut être le cas notamment lorsque le dépôt de la demande d'asile aurait été possible et raisonnablement exigible auparavant et que la demande est déposée en relation chronologique étroite avec une mesure de détention, une procédure pénale, l'exécution d'une peine ou la promulgation d'une décision de renvoi;
- g. elle menace sérieusement d'autres personnes ou met gravement en danger leur vie ou leur intégrité corporelle et fait l'objet d'une poursuite pénale ou a été condamnée pour ce motif;
- h. elle a été condamnée pour crime;
- i.¹⁹⁹ selon les informations de fedpol ou du SRC, elle menace la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse.

^{1bis} ...²⁰⁰

² L'autorité compétente prend sans délai une décision quant au droit de séjour de la personne mise en détention.

II. Éléments principaux concernant le droit de fond

- Art. 76 Détention en vue du renvoi ou de l'expulsion

¹ Après notification d'une décision de première instance de renvoi ou d'expulsion au sens de la présente loi ou d'une décision de première instance d'expulsion obligatoire au sens des art. 66a ou 66a^{bis} CP²⁰¹ ou 49a ou 49a^{bis} CPM²⁰², l'autorité compétente peut, afin d'en assurer l'exécution, prendre les mesures ci-après:²⁰³

- a. maintenir en détention la personne concernée lorsque celle-ci est déjà détenue en vertu de l'art. 75;
- b. mettre en détention la personne concernée:²⁰⁴
 - 1.²⁰⁵ pour les motifs cités à l'art. 75, al. 1, let. a, b, c, f, g, h ou i,
 - 2.²⁰⁶ ...
 - 3.²⁰⁷ si des éléments concrets font craindre que la personne concernée entend se soustraire au renvoi ou à l'expulsion, en particulier parce qu'elle ne se soumet pas à son obligation de collaborer en vertu de l'art. 90 de la présente loi ou de l'art. 8, al. 1, let. a, ou al. 4, LAsi²⁰⁸,
 - 4. si son comportement permet de conclure qu'elle se refuse à obtempérer aux instructions des autorités,
 - 5.²⁰⁹ si la décision de renvoi est notifiée dans un centre de la Confédération et que l'exécution du renvoi est imminente.
 - 6.²¹⁰ ...

^{1bis} La détention ordonnée dans les cas Dublin est régie par l'art. 76a.²¹¹

² La durée de la détention visée à l'al. 1, let. b, ch. 5, ne peut excéder 30 jours.²¹²

³ Le nombre de jours de détention doit être comptabilisé dans la durée maximale de détention visée à l'art. 79.²¹³

⁴ Les démarches nécessaires à l'exécution du renvoi, de l'expulsion au sens de la présente loi ou de l'expulsion au sens des art. 66a ou 66a^{bis} CP ou 49a ou 49a^{bis} CPM doivent être entreprises sans tarder.²¹⁴

II. Éléments principaux concernant le droit de fond

Détention en vue du renvoi (art. 76 LEI)

- 1) La décision d'expulsion / renvoi doit avoir été notifiée.
- 2) Renvoi doit être prévisible.
 - Une procédure de renvoi doit être en cours.
 - L'exécution du renvoi doit être possible dans le délai de 18 mois.
- 3) Il existe un des motifs de détention listé à l'art. 76 LEI.
- 4) Les démarches en vue du renvoi sont entreprises avec toute la diligence et la célérité due.

II. Éléments principaux concernant le droit de fond

- La personne menace sérieusement d'autres personnes et fait l'objet d'une poursuite pénale ou a été condamnée pour ce motif. (art. 75, 76 et 76a LEI)

« ... il faut que le comportement répréhensible revête une certaine intensité. Les infractions, y compris en relation avec les stupéfiants, qui apparaissent comme des cas bagatelles ne suffisent pas. Il faut en outre faire un pronostic pour déterminer si, sur la base des circonstances connues, il existe un risque sérieux que d'autres mises en danger graves se reproduisent. (TF 2C_293/2012 consid. 4.3)...

II. Éléments principaux concernant le droit de fond

Suite :

... Un tel pronostic s'impose tout particulièrement en matière de stupéfiants, lorsqu'une procédure pénale a démontré que l'étranger s'est livré à un trafic de drogues dures, mais qui ne portait que sur de faibles quantités. En présence d'un petit dealer qui n'a été condamné qu'une fois pour un trafic d'une faible quantité de stupéfiants (même de drogues dures), il convient d'examiner l'ensemble des circonstances, afin de former un pronostic sur le risque de réitération. Ce n'est qu'en présence d'indices concrets en ce sens que l'on peut retenir pour l'avenir une grave mise en danger de la vie ou de l'intégrité d'autres personnes, ce qui est la condition à une mise en détention en phase préparatoire au sens de l'art. 75 al. 1 let. g LEI »

(TF 2C_293/2012 consid. 4.3 nous soulignons).

II. Éléments principaux concernant le droit de fond

L'Etat de renvoi:

S'il peut se rendre légalement dans plusieurs États, l'autorité compétente peut le renvoyer ou l'expulser dans le pays de son choix (Art. 69 al. 2 LEI).

L'étranger doit avoir un titre de séjour valable pour le pays en question.

II. Éléments principaux concernant le droit de fond

«il n'importe pas de s'assurer de la véritable nationalité du recourant. Il suffit de constater que les autorités du Nigéria ont délivré et [...] sont encore disposées à délivrer un laissez-passer au nom du recourant, ce qui permettra d'exécuter le renvoi à destination du Nigéria dans un délai raisonnable»

(2C_581/2018 du 5 juillet 2018 consid. 6.1).

II. Éléments principaux concernant le droit de fond

Éléments concrets que la personne ne quittera pas la Suisse (art. 76 et 76a LEI)

Par exemple :

- Défaut de collaboration (art. 90 LEI).
- N'obtempère pas aux instructions.
- Multiplie les demandes.

II. Éléments principaux concernant le droit de fond

“se soustraire au renvoi”, risque de fuite
(art. 76 et 76a LEI)

art. 76 al. 1 lit. b ch. 3 et 4: Selon la jurisprudence, un risque de fuite existe notamment lorsque l'étranger a déjà disparu une première fois dans la clandestinité (TF 2C_806/2010, consid. 2.1), qu'il tente d'entraver les démarches en vue de l'exécution de son renvoi en donnant des indications manifestement inexactes ou contradictoires ou encore qu'il laisse apparaître, par ses déclarations ou son comportement, qu'il n'est pas disposé à retourner dans son pays d'origine.

(ATF 130 II 56, consid. 3.1).

II. Éléments principaux concernant le droit de fond

Risque de fuite

Éléments concrets: ces éléments concrets sont nécessaires pour prouver le risque de fuite, preuve indispensable pour placer une personne en détention

(ATF 140 II 1).

«Le seul fait de ne pas quitter le pays dans le délais imparti n'est pas suffisant, pris individuellement, pour admettre un motif de détention»

(TF 2C_381/2016 consid. 4.1).

II. Éléments principaux concernant le droit de fond

Risque de fuite

Le juge de la détention doit établir un pronostic, en déterminant s'il existe des garanties que l'étranger prêtera son concours à l'exécution du renvoi le moment venu, c'est-à-dire lorsque les conditions en seront réunies

(TF 2C_935/2011 du 7 décembre 2011 consid. 3.3).

II. Éléments principaux concernant le droit de fond

Détention “Dublin” (Art. 76a LEI)

3 conditions cumulatives

1) Décision de renvoi “Dublin”.

2) Crainte que la personne ne se soustraire au renvoi.

3) Proportionnalité.

Durée max = 6 semaines

II. Éléments principaux concernant le droit de fond

Caractère exécutable du renvoi

[Arrêt M.S.S. contre Belgique et Grèce rendu le 21 janvier 2011 \(n° 30696/09\)](#)

Dans cet arrêt, la CourEDH a condamné:

- la Grèce pour violations de l'art. 3 CEDH (conditions de détention et d'existence) et de l'art. 13 combiné à l'art. 3 CEDH (défaillance de la procédure d'asile, pas d'examen sérieux des risques et pas de recours effectifs), et
- la Belgique pour avoir transféré le requérant vers la Grèce, l'exposant ainsi à un risque de violation de l'art. 3 CEDH, et pour ne pas lui avoir assuré un recours effectif contre la décision de transfert (art. 13 combiné avec les articles 2 et 3 CEDH).

II. Éléments principaux concernant le droit de fond

Spécificité détention Dublin

Limite absolue de 6 semaines pour la détention Dublin (2C_610/2021 du 11 mars 2022).

Dès le moment où la décision de renvoi est exécutoire.

(art. 28 du règlement [UE] no 604/2013 prime sur le droit Suisse).

II. Éléments principaux concernant le droit de fond

Spécificité de la détention selon l'art. 77 LEI

- 1) Procédure écrite ;
- 2) Maximum de 60 jours ;
- 3) Seul fait de ne pas avoir quitté la Suisse dans le délai imparti par la décision de renvoi suffit ;
- 4) L'autorité a dû se procurer elle-même les documents de voyage ;

N.B. : Autorité doit déjà avoir les documents de voyage en sa possession (2C_366/2022, consid. 3.3.2)

II. Éléments principaux concernant le droit de fond

Spécificité de la détention selon 78 LEI
(insoumission)

ATF 135 II 105 consid. 2.2.1 p. 106

Le but de la détention pour insoumission est de pousser une personne tenue de quitter la Suisse à changer de comportement, lorsqu'à l'échéance du délai de départ, l'exécution de la décision de renvoi entrée en force ne peut être assurée sans la coopération de celui-ci malgré les efforts des autorités.

II. Éléments principaux concernant le droit de fond

Durée maximale de la détention administrative est de 6 mois au total, prolongeable de 12 mois (art. 78 LEI).

Au total, la détention administrative peut donc durer 18 mois.

III. Griefs principaux

1. Le délai de 96 heures ;
2. L'inexécutabilité du renvoi ou de l'expulsion ;
3. Les conditions de détention ;
4. La proportionnalité (à chaque fois) ;
5. Le principe de célérité (si détention antérieure).

III. Griefs principaux (1/10)

1. Le délai de 96 heures :

- Délai dans lequel l'examen de la légalité de la mise en détention administrative doit être effectué par le juge (art. 80 al. 2 et 78 al. 4 LEI, vaut aussi par une détention "Dublin" selon l'ATF 142 I 135 consid. 3.2):
 - impératif (ATF 137 I 23 consid. 2.4.5) ;
 - commence à courir dès le début de la détention pour des motifs de droit des étrangers (et non au moment de la notification de l'ordre de mise en détention, TF 2C_1038/2018 du 7 décembre 2018 consid. 4.1 ; 2C_992/2014 du 20 novembre 2014 consid. 4.1) ;
- Les conséquences: pesée des intérêts dans le cas d'espèce (TF 2C_992/2014 du 20 novembre 2014 consid. 5.1):
 - Si la personne constitue un danger pour l'ordre et la sécurité publics, constatation de l'illégalité uniquement ; sinon, libération.

III. Griefs principaux (2/10)

2. L'inexécutabilité du renvoi ou de l'expulsion (1/3) :

- Impossibilité due à des raisons juridiques (art. 80 al. 6 let. a LEI)
 - Violation du principe de non-refoulement (*cf.* notamment art. 3 CEDH) en cas de mise en danger concrète pour la vie ou l'intégrité corporelle, exigence d'un cas "exceptionnel" (TF 2C_672/2019 du 22 août 2019, consid. 5.1) ;
 - Inexigibilité du renvoi (*cf.* art. 83 al. 4 LEI), uniquement en cas de décision de renvoi manifestement inadmissible (TF 2C_672/2019 du 22 août 2019 consid. 5.1), par exemple en cas de crise sécuritaire dans l'Etat de destination ;
 - Durant une procédure d'asile ou de réexamen (TF 2C_452/2021 du 2 juillet 2021).

III. Griefs principaux (3/10)

2. L'inexécutabilité du renvoi ou de l'expulsion (2/3) :

- Impossibilité due à des raisons matérielles (art. 80 al. 6 let. a LEI)
 - Absence de vol, notamment durant le Covid (TF 2C_414/2020 du 12 juin 2020 ; 2C_597/2020 du 3 août 2020 ; 2C_634/2020 et 2C_635/2020 du 3 septembre 2020) ;
 - Atteintes à sa santé si importantes qu'elles rendent impossible le transport pendant une longue période (TF 2C_560/2021 du 3 août 2021 consid. 7.1) ;
 - Refus explicite de l'Etat de destination de reprendre la personne détenue (p.ex. Cuba, TF 2C_468/2022 du 7 juillet 2022 consid. 4.3);
 - Absence de vol spécial vers l'Etat de destination et la personne détenue refuse de collaborer (TF 2C_538/2010 du 19 juillet 2010 consid. 3 ; 2C_473/2010 du 25 juin 2010 consid. 4.2).

III. Griefs principaux (4/10)

2. L'inexécutabilité du renvoi ou de l'expulsion (3/3) :

- Contrôle nonobstant un éventuel refus de coopérer de la personne détenue (ATF 147 II 49 consid. 5.1).
- Les conséquences :
 - Le juge doit fournir un pronostic à propos de quand l'exécution du renvoi ou de l'expulsion sera à nouveau possible (arrêt du TF 2C_387/2023 du 7 août 2023 consid. 5.1) :
 - (i) ce délai doit être prévisible ; et
 - (ii) ce délai doit être raisonnable pour la personne détenue.
 - Si l'une de ces conditions fait défaut: libération de la personne concernée (par exemple, TF 2C_414/2020 du 12 juin 2020 ; 2C_452/2021 du 2 juillet 2021).

III. Griefs principaux (5/10)

3. Les conditions de détention (1/3) :

- La détention doit avoir lieu dans un établissement spécialisé, affecté exclusivement à cet effet ; séparation des détenus pénaux (art. 81 al. 2 LEI).
- Les principes jurisprudentiels (en particulier ATF 149 II 6 ; 146 II 201 ; 122 I 122 ; 122 II 199) :
 - Conditions nettement plus souples qu'en détention pénale, *i.e.* la contrainte exercée sur les personnes détenues est strictement limitée à ce qui est nécessaire afin de garantir leur retour ;
 - Cela concerne:
 - l'ensemble de l'équipement des locaux ;
 - la réglementation des conditions de détention ;
 - les qualifications et les tâches du personnel.

III. Griefs principaux (6/10)

3. Les conditions de détention (2/3) :

- Concrètement (ATF 149 II 6 ; 146 II 201 ; 122 I 122 ; 122 II 199):
 - Un enfermement en cellule est autorisé uniquement de nuit et en cas de motifs justifiés (18 heures par jour = violation) ;
 - Minimum d'une heure par jour de promenade en plein air ;
 - Libre accès à un téléphone (coûts à la charge de la personne) ;
 - "Libre accès" à internet ;
 - Visites non surveillées et sans vitre de séparation.
- Les conséquences:
 - Mise en conformité de l'établissement ou transfert rapide de la personne vers un autre établissement (selon TF : dans les 5 jours) ;
 - A défaut, libération de la personne.

III. Griefs principaux (7/10)

3. Les conditions de détention (3/3) :

– Favra:

- Quand bien même la Commission nationale de prévention contre la torture enjoint depuis 2019 aux autorités genevoises de ne plus utiliser Favra comme établissement de détention administrative, la CACJ admet encore la légalité de la détention administrative au sein de cet établissement (ATA/450/2023 du 28 avril 2023 consid. 5.11 ; ATA/451/2023 du 28 avril 2023 consid. 6.11).
- “The Committee also notes with concern the conditions of detention in the Favra administrative detention facility located in the canton of Geneva, which was assessed to be non-compliant with national and international provisions” ([Concluding observations on the eighth periodic report of Switzerland](#) du Comité de prévention contre la torture sur la Suisse du 24 juillet 2023, para. 27).

III. Griefs principaux (8/10)

4. La proportionnalité (1/2) :

- La détention, en tant que restriction importante au droit à la liberté de mouvements, doit satisfaire au principe de proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst), qui comprend (TF 2C_387/2023 du 7 août 2023 consid. 6.1):

(i) la règle de l'aptitude ;

(ii) la règle de la nécessité ; et

(iii) la proportionnalité au sens strict à l'issue d'une pesée des intérêts en présence. A ce propos, plus la détention dure, plus les exigences sont élevées (ATF 135 II 105 consid. 2.2.2).

→ Argumenter notamment à propos de la situation personnelle de la personne détenue.

III. Griefs principaux (9/10)

4. La proportionnalité (2/2) :

– Les conséquences:

- la libération de la personne ;
- subsidiairement, la libération avec le prononcé de mesures moins incisives (p.ex. assignation d'un lieu de résidence et interdiction de pénétrer dans une région déterminée, *cf.* art 74 LEI) ;
- Encore plus subsidiairement, la réduction de la durée de la détention.

III. Griefs principaux (10/10)

5. Le principe de célérité (art. 76 al. 4 LEI) :

- En cas de prolongation de la détention administrative (ATF 139 I 206 consid. 2) ou de détention pénale antérieure (ATF 130 II 488 consid. 4.1 ; TF 2C_846/2017 du 30 octobre 2017 consid. 4.1 ; 2C_79/2017 du 13 février 2017 consid. 3.3):
 - Le devoir de célérité est violé si aucune démarche n'a été accomplie pendant deux mois en vue de l'exécution du renvoi par les autorités ;
 - Peu importe si le retard incombe à une autorité cantonale ou fédérale ;
 - Sauf si l'inaction est causée en première ligne par le comportement des autorités étrangères ou l'étranger lui-même.
- Les conséquences: la libération.

IV. Jurisprudence

1. Ces cinq dernières années ;
2. Situations particulières ;
3. Rejets surprenants.

IV. Jurisprudence (1/4)

1. Ces cinq dernières années (1/2):

- TF 2C_142/2023 du 3 août 2023 (publication ATF prévue): une détention qui a pour but de garantir la procédure de transfert vers l'Etat Dublin compétent doit être ordonnée sur la base de l'art. 76a LEI ;
 - Une détention basée sur la loi cantonale de police même pour une détention de seulement 20 heures est illégale ;
- ATF 149 II 6: détails sur les conditions de détention (cf. slide correspondante) ;
- ATF 148 II 169: la détention dans le cadre d'une procédure Dublin est d'au maximum six semaines ;
 - Attention : contraire au texte de l'art. 76a al. 4 LEI.

IV. Jurisprudence (2/4)

1. Ces cinq dernières années (2/2) :

- ATF 147 II 49: un refus de coopérer de la personne détenue ne dispense pas le juge de contrôler si l'exécution de son renvoi est possible ;
- ATF 146 II 201: une personne détenue peut être exceptionnellement placée dans une zone séparée au sein d'une prison pénale plutôt que dans un établissement de détention administrative. Cela n'est possible qu'en cas:
 - (i) de motifs importants, dûment motivés dans la décision de détention ; et
 - (ii) cela doit être temporaire.
- ATF 145 II 313: si une personne fait l'objet d'une décision de renvoi administrative, puis, après de nombreuses années, fait l'objet d'une expulsion pénale, cela peut faire partir un nouveau délai de 18 mois. ⁴²

IV. Jurisprudence (3/4)

2. Situations particulières :

- ATF 140 II 1 consid. 5.2: une nouvelle mise en détention de l'intéressé dans le cadre de la même procédure n'est possible que lorsqu'il existe un changement déterminant de circonstances et/ou de nouveaux éléments.
- ATA/625/2022 du 14 juin 2022 consid. 11: une seule décision d'expulsion peut être utilisée pour plusieurs détentions, si le renvoi a été mené à bien dans l'intervalle.

IV. Jurisprudence (4/4)

3. Rejets surprenants :

- Le dépôt d'une demande d'asile qui dure depuis sept mois en détention n'est pas un motif de libération (TF 2C_387/2023 du 7 août 2023) ;
- Un accord de réadmission avec un Etat tiers ne constitue pas une condition pour un renvoi forcé vers un pays donné. En effet, un renvoi peut être organisé au cas par cas avec le pays concerné (TF 2C_560/2021 du 3 août 2021) ;
- L'entame d'un jeûne de protestation ne constitue pas, en soi, un motif susceptible de conduire à la libération de l'intéressé, à condition toutefois que ce jeûne soit encadré médicalement (TF 2C_974/2013 du 11 novembre 2013).

V. Procédures parallèles

Nouvelle demande d'asile

- En présence d'un motif d'asile (la personne est exposée à de sérieux préjudices ou craint à juste titre de l'être en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social déterminé ou de ses opinions politique).
- Si la demande est faite dans le 5 ans suivant l'entrée en force d'une décision d'asile, la procédure de demandes multiples s'applique (art. 111c LAsi).
 - Demande écrite et motivée ;
 - Pas de phase préparatoire.

V. Procédures parallèles

Demande de réexamen

- Dans les 30 jours qui suivent la découverte du motif de réexamen.
- Un motif qui concerne le renvoi (et non pas la décision sur l'octroi d'asile).
- Exigences procédurales (art. 111*b* LAsi):
 - Demande écrite et motivée ;
 - Pas de phase préparatoire.

V. Procédures parallèles

Demande de permis humanitaire

- Un cas individuel d'une extrême gravité
 - Art. 30 al. 1 *let.* b LEI et art. 31 OASA
 - Art. 14 al. 2 LAsi pour les personnes issues du domaine d'asile

V. Procédures parallèles

Demande d'admission provisoire

- Si le renvoi de la personne n'est pas exigible, pour quelque raison que ce soit, les autorités peuvent octroyer l'admission provisoire (permis F) ;
- Les autorités cantonales peuvent proposer l'admission provisoire au SEM ou la demande peut être opérée directement au SEM (art. 83 al. 6 LEI)

V. Procédures parallèles

Requête en constat de l'apatridie

- Autorité compétente: SEM
- Base légale: Convention relative au statut des apatrides du 28 septembre 1954
- Une personne est reconnue comme apatride si aucun État ne la considère comme son ressortissant par application de sa législation (art. 1)
- Attention: distinction entre apatridie de fait et de droit

V. Procédures parallèles

Décision de non-report

- Ne concerne que les cas d'expulsions pénales
- Autorité compétente: OCPM
- Doit se prononcer sur l'exécutabilité du renvoi au sens de l'art.83 LEI possible, licite et exigible: cf. notamment ATA/239/2019 du 15 mars 2019, consid 6b
- Examen *ex nunc*
- Attention à l'effet suspensif
- Être attentif au déni de justice
- Voie de recours = CPR!!!

V. Procédures parallèles

Reconnaissance d'un enfant

- Important sous l'angle du regroupement familial; inversé/examen de la proportionnalité du renvoi ;
- Ne nécessite pas de permis de séjour (contrairement au mariage) ;
- Autorité compétente: Service de l'Etat civil de la Ville de Genève ;
- Nécessite une copie d'un document d'identité et du formulaire de demande reconnaissance en paternité.

V. Procédures parallèles

Possibilité de mariage

- Important sous l'angle du regroupement familial; examen de la proportionnalité du renvoi ;
- Nécessite une autorisation de séjour en vue du mariage de l'OCPM (compliqué si en détention) ;
- Difficile si la décision de se marier a été prise après que les ennuis administratifs commencent;
- Autorité compétente: Service de l'Etat civil de la Ville de Genève ;

VIII. Sources

Situation au pays de renvoi

Pour déterminer la situation dans le pays de renvoi, se référer aux rapports de l'OSAR, HRW, Amnesty, Gov.UK ou encore MSF (*liste non exhaustive*).

Doctrine

Manuel asile et retour, SEM, 1^{er} mars 2019 ;

Code annoté de droit des migrations, Cesla AMARELLE et Minh Son NGUYEN, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2017 ;

Migrationsrecht Kommentar, Marc SPESCHA et al., Schulthess, Zurich, 2019 ;

Ausländerrecht, Peter UEBERSAX et al., Helbing Lichtenhahn, Bâle 2022 ;

Manuel de la procédure d'asile et de renvoi, 3^{ème} éd., OSAR, Berne 2022,

DES QUESTIONS ?

Me Dominique Bavarel

dominique.bavarel@etudecdd.ch

022 708 00 60

Me Léonard Micheli-Jeannet

lmj@oratiofortis.ch

022 715 08 08

AsyLex

detention@asylex.ch

A noter que des membres de la Ligue Suisse des Droits Humains (section Genève) se rendent régulièrement dans les centres de détention administrative et peuvent disposer d'informations utiles (lsdh.geneve@gmail.com).