

18 novembre 2024

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

Kathryn Kruglak

Avocate, 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.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 (1/5)

En principe: procédure orale (1/2)

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 (2/5)

En principe: procédure orale (2/2)

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 (3/5)

Exceptions: procédure écrite (1/2)

1. Expulsion à brève échéance (art. 80 al. 3 LEI):

- Conditions:
 - le renvoi dans les huit jours suivant l'ordre de détention; et
 - consentement écrit.
- Conséquences:
 - Déterminations écrites:
 - Téléphoner et rendre visite à la personne que vous défendez à Frambois ou Favra.
 - Produire des pièces.
- NB: 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 (4/5)

Exceptions: procédure écrite (2/2)

2. Détention Dublin (art. 80a LEI):

- Examen judiciaire à tout moment, mais seulement sur demande.
- Déterminations écrites:
 - cf. slide précédente;
 - Adressez une demande la plus complète possible car la procédure est rapide.

3. Détention en vue de l'obtention des documents de voyage (art. 77 LEI):

- Déterminations écrites.

I. Gestion de la procédure (5/5)

Après la notification du jugement:

→ Si remise 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 confirmation de la mise ou prolongation de détention:

- Opportunité du recours:
 - Délai de 10 jours sans fêtes (art. 10 al. 1 LaLEtr et 63 al. 2 let. c LPA)
- A défaut de recours:
 - Suivre l'évolution des démarches entreprises en vue du renvoi
 - Possibilité de demande de mise en liberté en tout temps (art. 7 al. 4 let. g LaLEtr)
 - NB: prime l'art. 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 (1/12)

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

Trois possibilités :

1) Conditions:

- Pas titulaire de titre de séjour ; **et**
- trouble à l'ordre public.

2) Conditions:

- 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) Conditions:

- L'exécution du renvoi/expulsion a été reportée (art. 69 al. 3 LEI).

II. Éléments principaux concernant le droit de fond (2/12)

- 📄 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 (3/12)

3. Détention en vue du renvoi (art. 76 LEI)

Conditions:

- Un motif de détention listé à l'art. 76 LEI.
- Notification de la décision d'expulsion / renvoi;
- Renvoi dans un avenir prévisible;
 - En cours;
 - Dans le délai de 18 mois au plus;
- Les démarches en vue du renvoi sont entreprises avec toute la diligence et la célérité due.

II. Éléments principaux concernant le droit de fond (4/12)

Motifs de détentions (1/4)

1. Menace:

- Conditions:
 - menace sérieuse d'autres personnes; et
 - poursuite pénale ou condamnation 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 (5/12)

Motifs de détentions (2/4)

1. Menace:

*... 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).*

II. Éléments principaux concernant le droit de fond (6/12)

Motifs de détentions (3/4)

2. 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 (7/12)

Motifs de détentions (4/4)

3. Risque de fuite (art. 76 et 76a LEI)

- Lorsque l'étranger:
 - a déjà disparu une première fois dans la clandestinité (TF 2C_806/2010, consid. 2.1),
 - tente d'entraver les démarches en vue de l'exécution de son renvoi en donnant des indications manifestement inexactes ou contradictoires ou
 - 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).
 - Éléments concrets: comportement passif insuffisant (ATF 140 II 1 et TF 2C_381/2016 consid. 4.1).
 - Le juge doit établir un pronostic (TF 2C_935/2011 consid. 3.3).

II. Éléments principaux concernant le droit de fond (8/12)

4. Détention “Dublin” (art. 76a LEI)

- Particularités:
 - Durée maximale: 6 semaines (ATF 148 II 169).
- Conditions cumulatives:
 - Décision de transfert “Dublin”; et
 - Crainte que la personne ne se soustrait au renvoi; et
 - Proportionnalité.
- La décision de renvoi doit être:
 - exécutoire; et
 - exécutable, cf. arrêt CEDH M.S.S. contre Belgique et Grèce du 21 janvier 2011 (n° 30696/09).

II. Éléments principaux concernant le droit de fond (9/12)

5. Détention en vue de l'obtention des documents de voyage (art. 77 LEI)

- Particularités:
 - Durée maximum: 60 jours
- Conditions:
 - Seul fait de ne pas avoir quitté la Suisse dans le délai imparti par la décision de renvoi suffit ;
 - L'autorité a dû se procurer elle-même les documents de voyage ;
 - Documents de voyage déjà en possession de l'autorité (TF 2C_366/2022, consid. 3.3.2).

II. Éléments principaux concernant le droit de fond (10/12)

6. Détention pour insoumission (art. 78 LEI)

- But:
 - 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 (ATF 135 II 105 consid. 2.2.1).

II. Éléments principaux concernant le droit de fond (11/12)

7. Durée maximale absolue (art. 79 LEI):

- En principe:
 - Par procédure de renvoi ou d'expulsion:
 - Détention: 18 mois maximum;
 - Ordre de détention: 6 mois maximum (prolongeables).
- Exceptions où nouveau délai de 18 mois:
 - si le renvoi est exécuté dans l'intervalle (ATA/625/2022 du 14 juin 2022 consid. 11);
 - à défaut:
 - si changement déterminant de circonstances et/ou de nouveaux éléments (ATF 140 II 1 consid. 5.2);
 - si intervalle de dix ans entre une expulsion pénale et un renvoi (ATF 145 II 313).

II. Éléments principaux concernant le droit de fond (12/12)

8. L'Etat de renvoi:

- Détermination:
 - Nationalité; ou
 - titre de séjour valable; ou
 - laissez-passer suffisant (2C_581/2018 du 5 juillet 2018 consid. 6.1).
- Si plusieurs possibilités:
 - pays de son choix (art. 69 al. 2 LEI).

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 (1/9)

1. Le délai de 96 heures :

- Examen judiciaire fini (art. 78 al. 4 et 80 al. 2; ATF 142 I 135 consid. 3.2 pour la détention Dublin):
 - impératif (ATF 137 I 23 consid. 2.4.5) ;
 - début: dès détention pour des motifs de droit des étrangers
 - pas dès 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 (TF 2C_992/2014 du 20 novembre 2014 consid. 5.1):
 - Libération, sauf si
 - Danger pour l'ordre et la sécurité publics: constatation de l'illégalité

III. Griefs principaux (2/9)

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):
 - si 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):
 - si 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 (3/9)

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 (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) ;
 - Absence de vol spécial vers l'Etat de destination (TF 2C_538/2010 du 19 juillet 2010 consid. 3 ; 2C_473/2010 du 25 juin 2010 consid. 4.2) ;
 - Atteintes à la santé qui 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 d'accepter la personne détenue (p.ex. Cuba, TF 2C_468/2022 du 7 juillet 2022 consid. 4.3).

III. Griefs principaux (4/9)

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

- Contrôle indépendant du refus de coopération (ATF 147 II 49 consid. 5.1).
- Les conséquences :
 - Pronostic du juge de la période à laquelle 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) délai prévisible ; et
 - (ii) délai raisonnable pour la personne détenue.
- A défaut: libération de la personne concernée.

III. Griefs principaux (5/9)

3. Les conditions de détention (1/2) :

- Établissement spécialisé, affecté exclusivement à détention administrative (art. 81 al. 2 LEI).
- Concrètement (ATF 149 II 6 ; 146 II 201 ; 122 I 122 ; 122 II 199):
 - Enfermement en cellule 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) et "libre accès" à internet ;
 - Visites non surveillées et sans vitre de séparation.
- Les conséquences:
 - Mise en conformité ou transfert vers un autre établissement (selon TF : dans les 5 jours) ; sinon libération.

III. Griefs principaux (6/9)

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

- Favra:
 - La Commission nationale de prévention contre la torture:
 - enjoint depuis 2019 de ne plus utiliser Favra.
 - La CACJ:
 - carences qui peuvent s'avérer problématiques en fonction de la durée du séjour d'un détenu (ATA/450/2023 du 28 avril 2023 consid. 5.11 ; ATA/451/2023 du 28 avril 2023 consid. 6.11).
 - Le Comité de prévention contre la torture:
 - conditions de détention non-conformes avec les dispositions nationales et internationales ([Concluding observations on the eighth periodic report of Switzerland](#) du 24 juillet 2023, para. 27).

III. Griefs principaux (7/9)

4. La proportionnalité (1/2) :

- La détention est une restriction importante au droit à la liberté de mouvements
 - La détention 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) l'aptitude ;
 - (ii) la nécessité ; et
 - (iii) la proportionnalité au sens strict à l'issue d'une pesée des intérêts en présence. 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 (8/9)

4. La proportionnalité (2/2) :

- Les conséquences:
 - la libération ;
 - 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 (9/9)

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

- Si prolongation de la détention (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):
 - Conditions:
 - aucune démarche n'a été accomplie pendant deux mois en vue de l'exécution du renvoi par les autorités ;
 - si retard imputable à une autorité cantonale ou fédérale ;
 - pas si retard imputable par le comportement des autorités étrangères ou l'étranger lui-même.
- Les conséquences: la libération.

IV. Jurisprudence

- 1. Ces cinq dernières années ;**
- 2. Rejets surprenants.**

IV. Jurisprudence (1/4)

1. Ces cinq dernières années (1/2):

- **CEDH, L. c. Hongrie, no. 6182/20** du 21 mars 2024: détention de six mois est de nature à susciter des inquiétudes;
- **ATF 150 I 73**: pas de renonciation définitive au contrôle de la détention Dublin, examen possible en tout temps ;
- **ATF 150 II 57**: si but est de garantir le transfert vers l'Etat Dublin compétent, alors détention fondée sur l'art. 76a LEI ;
- **ATF 149 II 6**: conditions de détention (*cf.* slide correspondante) ;
- **ATF 148 II 169**: détention Dublin au maximum six semaines (*cf.* slide correspondante)

IV. Jurisprudence (2/4)

1. Ces cinq dernières années (2/2) :

- **ATF 147 II 49**: un refus de coopérer ne dispense pas le juge de contrôler si l'exécution du renvoi est possible ;
- **ATF 146 II 201**: placement exceptionnel dans zone séparée au sein d'une prison pénale licite si:
 - (i) motifs importants, dûment motivés dans la décision de détention ;
et
 - (ii) mesure temporaire.

IV. Jurisprudence (4/4)

2. Rejets surprenants :

- Demande d'asile qui dure depuis sept mois (TF 2C_387/2023 du 7 août 2023) ;
- Renvoi forcé possible au cas par cas même sans accord de réadmission général avec le pays de destination (TF 2C_560/2021 du 3 août 2021) ;
- L'entame d'un jeûne de protestation, à condition que le jeûne soit encadré médicalement (TF 2C_974/2013 du 11 novembre 2013).

V. Sources

Situation au pays de renvoi

Se référer aux rapports de l'OSAR, HRW, Amnesty, Gov.UK ou encore MSF (*liste non exhaustive*).

Doctrine

Secrétariat d'Etat aux migrations, Manuel asile et retour, [Article G5: Les mesures de contrainte en matière de droit des étrangers](#) ;

Secrétariat d'Etat aux migrations, [Directives LEI](#), chapitre 8: Mesures d'éloignement, 1^{er} juin 2024 ;

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

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

AIG Kommentar, Martina CARRONI et Daniela THURNHERR et al, 2^e ed., Stämpfli Verlag, 2024 ;

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 Kathryn Kruglak

kathryn.kruglak@walderwyss.com

058 658 30 00

Orianna Haldimann - AsyLex

orianna.haldimann@asylex.ch

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).