
Avocats de permanence en matière de mesures de contrainte administratives

Vade-mecum

Version octobre 2021

Sommaire

Préambule	1
Lexique	2
Défense.....	3
1. Règles applicables aux mesures de contrainte	3
1.1. Droit international.....	3
1.2. Droit fédéral	3
1.3. Droit cantonal.....	3
2. Aperçu des mesures de contrainte	4
3. Griefs généraux	5
3.1. Détention ordinaire	5
3.2. Détention Dublin	6
4. Permanence en matière de mesures de contraintes.....	8
4.1. Mission et fonctionnement de la permanence	8
4.2. Avocats susceptibles d'intervenir.....	8
4.3. Lieu de l'intervention	8
5. Intervention des avocats de permanence.....	8
5.1. Prise de contact du TAPI avec les avocats et disponibilité des avocats	8
5.2. Consultation du dossier	9
5.3. Entretien avec la personne contrainte	9
5.4. Préparation de l'audience	9
5.5. Assistance d'une interprète	10
5.6. Déroulement de l'audience	10
5.7. Rémunération	10
5.8. Suite de la procédure et suivi du cas.....	10
6. Procédures Dublin	11
6.1. Présentation.....	11
6.2. Détention dans un cas Dublin.....	11
6.3. Procédure	12
7. Procédures écrites.....	12
7.1. Conditions à l'ouverture d'une procédure écrite	12
7.2. Spécificités des griefs en procédure écrite.....	13
Bibliographie	14
Générale	14
Accords de réadmission	14
Situation pays	14

Préambule

- 1 La Commission des droits de l'Homme de l'Ordre des avocats de Genève (ci-après « **CDH** ») œuvre tant en Suisse qu'à l'étranger par le biais d'interventions diverses, telles que des communiqués de presse, des missions d'observation et d'intervention judiciaire, des interpellations écrites ou orales, auprès des autorités et intervenants concernés. Elle participe également à la formation des avocats dans les domaines liés à la protection des droits humains.
- 2 L'une des missions de la CDH est de suivre les questions liées à l'asile et au droit des migrations dans l'optique de renforcer le respect des droits fondamentaux des migrants tant dans le cadre des procédures d'asile, que dans celui des mesures de contrainte pouvant être adoptées en vue d'exécuter un éventuel renvoi lorsque la procédure de renvoi s'est terminée.
- 3 Pour ce faire, la CDH a mis sur pied un groupe de travail spécifique dont est issu le présent vade-mecum. Après une version publiée en octobre 2019, le vade-mecum fait désormais l'objet d'une mise à jour pour tenir compte de l'évolution de la jurisprudence en la matière.
- 4 Il s'adresse aux avocats inscrits à la permanence en matière de mesures de contrainte administratives, avec pour objectif de les informer sur la procédure et le droit de fond en la matière et d'attirer leur attention sur les particularités de ces procédures.
- 5 Ce vade-mecum ne traite pas de l'expulsion pénale prévue aux articles 66a et 66a bis CP.
- 6 Ce document a été rédigé avec le plus grand soin au vu des informations et connaissances disponibles à la date de sa publication. Il n'est toutefois pas un substitut à un conseil juridique personnalisé. L'Ordre des avocats de Genève décline toute responsabilité le concernant. Le présent vade-mecum rejoint la collection des vade-mecum publiés par l'Ordre des avocats de Genève ainsi que les publications du Jeune Barreau.

Lexique

ACEDH	Arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme
AJ	Assistance juridique
CACJ	Chambre administrative de la Cour de justice
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
CourEDH	Cour européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
CCT	Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 (RS 0.105)
CR51	Convention relative au statut des réfugiés (RS 0.142.30)
Règlement Dublin III	Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membres responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte). Ce texte est entré en vigueur en Suisse le 1 ^{er} juillet 2015 (RS 0.142.392.68, RO 2008 515).
LAsi	Loi du 26 juin 1998 sur l'asile (RS 142.31)
LEI	Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (RS 142.20)
LPA	Loi genevoise sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (RSG E 5 10).
OCPM	Office cantonal de la population et des migrations
OMD	Ordre de mise en détention
Pacte ONU II	Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (RS 0.103.2)
RAJ	Règlement sur l'assistance juridique et l'indemnisation des conseils juridiques et défenseurs d'office en matière civile, administrative et pénale (E 2 05.04 /GE)
SEM	Secrétariat d'État aux migrations
TAF	Tribunal administratif fédéral
TAPI	Tribunal administratif de première instance

Défense

1. Règles applicables aux mesures de contrainte

1.1. Droit international

- [Règlement Dublin III](#) qui régit la répartition des compétences en matière d'asile au sein des États membres de l'Espace Schengen
- [Pacte ONU II](#) :
Art. 9 Pacte ONU II : interdiction de la détention arbitraire
Art. 13 Pacte ONU II : accès à la justice de l'étranger contre sa décision d'expulsion
- [CEDH](#) :
Art. 5 CEDH : droit à la liberté et à la sûreté
Art. 6 CEDH : le droit à un procès équitable
Art. 13 CEDH : le droit à un recours effectif devant un tribunal
Art. 14 CEDH : interdiction de toute discrimination
- [Protocole N°4 à la CEDH](#) portant interdiction des expulsions collectives d'étrangers.
- [Protocole N°7 à la CEDH](#) portant sur les garanties procédurales pour les étrangers sous le coup d'une mesure d'éloignement.

1.2. Droit fédéral

- [LEI](#), en particulier les articles 69 et 73 à 82 LEI.

1.3. Droit cantonal

- Art. 8 à 12 [LaLEtr](#) (F 2 10)

L'article 8 al. 4 LaLEtr régit les exigences (délai, forme et motivation) auxquelles est soumise une demande de prolongation de détention en vue du renvoi ou de l'expulsion (art. 76 LEI), pour insoumission (art. 78 LEI) ou pour non-collaboration à l'obtention des documents de voyage (art. 77 LEI) adressée par l'OCPM au TAPI.

L'article 9 LaLEtr régit les délais auxquels est soumis le TAPI.

L'article 10 LaLEtr régit le recours à la CACJ. À ce propos, il appartiendra aux avocates de permanence d'informer la personne défendue qu'elle dispose, dès la notification du jugement du TAPI, d'un délai de 10 jours pour recourir à la CACJ.

- [LPA](#) (E 5 10)

Art. 19 à 20 LPA : La procédure est régie par la maxime d'office.

Art. 42 et 44 LPA : Le droit d'être entendu comprend notamment la participation à l'administration des preuves (art. 42 LPA) et la consultation du dossier (art. 44 LPA).

Art. 57ss LPA : Procédure de recours.

2. Aperçu des mesures de contrainte

MESURE	BASE LEI	BUT	CONDITION	DURÉE
Rétention	Art. 73	Notification de la décision, vérification de l'identité	Pas de droit de séjour	3 jours
Assignation d'un lieu de résidence et interdiction de pénétrer dans une région déterminée	Art. 74	Assignation d'un lieu de résidence et interdiction de pénétrer dans une région déterminée + garantir l'exécution du renvoi	1. Pas de droit de séjour + trouble à la sécurité et à l'ordre publics (lit. a) 2. Décision de renvoi ou d'expulsion entrée en force (lit. b) 3. L'exécution du renvoi ou de l'expulsion a été reportée (lit. c)	La durée doit être déterminée et proportionnée ¹ . La loi et la jurisprudence ne précisent cependant pas de limite maximale.
Détention en phase préparatoire	Art. 75	Garantir l'exécution du renvoi pendant la préparation de la décision sur le séjour	Pas de droit de séjour + motif de détention (ex. plusieurs identités)	6 mois (art. 75 al. 1 LEI) 18 mois à certaines conditions (art. 79 al. 2 LEI)
Détention en vue du renvoi ou de l'expulsion	Art. 76	Garantir l'exécution du renvoi	Décision de première instance de renvoi ou d'expulsion notifiée + renvoi prévisible + motif de détention (ex. risque de passage à la clandestinité)	6 mois (art. 79 al. 1 LEI) 18 mois à certaines conditions (art. 79 al. 2 LEI)
Détention dans le cadre de la procédure Dublin	Art. 76a	Garantir l'exécution du renvoi dans l'Etat Dublin responsable	Décision de renvoi + renvoi prévisible + motif de détention + refus persistant de monter à bord	- 7 sem. (al. 3 let. a) - 5 sem. (al. 3 let. b) - 6 semaine (al. 3 let. c) - 6 semaines - Possibilité jusqu'à 3 mois (al. 4)
Détention en vue du renvoi ou de l'expulsion en cas de non-collaboration à l'obtention des documents de voyage	Art. 77	Garantir l'exécution du renvoi	Décision de renvoi exécutoire + n'a pas quitté la Suisse dans le délai imparti + l'autorité a dû se procurer elle-même les documents de voyage	60 jours (art. 77 al. 2 LEI)
Détention pour insoumission	Art. 78	Garantir l'exécution du renvoi	1. Décision entrée en force 2. Comportement personnel rend impossible l'exécution du renvoi 3. Détention en vue du renvoi ou de l'expulsion non admise Pas de mesure moins contraignante possible	6 mois (art. 79 al. 1 LEI) 18 mois à certaines conditions (art. 79 al. 2 LEI)

¹ Arrêts du Tribunal fédéral 2C_1044/2012 du 5 novembre 2012 consid. 3.3 ; 2A.514/2006 du 23 janvier 2007 consid. 3.3.1 ; 2A.583/2000 du 6 avril 2001 consid. 3c.

3. Griefs généraux

3.1. Détention ordinaire

Il est important d'analyser le cas sous l'angle des griefs suivants :

- a. Délai de 96 heures : délai prévu pour l'examen de la légalité de la mise en détention administrative (art. 80 al. 2 et 78 al. 4 LEI), étant précisé que le délai commence à courir dès le début de la détention. Il s'agit d'une règle essentielle de la procédure, dont le non-respect devrait entraîner la mise en liberté immédiate (art. 80 al. 2 et 78 al. 4 LEI). La violation d'une disposition de procédure essentielle à la protection des droits de la personne contrainte devrait conduire à la levée de la détention sauf si des éléments suffisants montrent que la personne contrainte peut présenter un danger important pour la sécurité et l'ordre public². Le délai prévu pour l'examen de la légalité et de l'adéquation de la mise en détention est une disposition procédurale essentielle³.
- b. Les démarches nécessaires à l'exécution du renvoi doivent être entreprises sans tarder (art. 76/77 al. 4 LEI). La légalité de la détention y est subordonnée (TF 2A. 581/2006 du 18 octobre 2006).
- c. Exécutabilité du renvoi (art. 80 al. 6 lit. a LEI) : tels que impossibilité définitive d'établir l'identité de la personne contrainte, l'absence de papiers d'identités ou laissez-passer idoines, l'absence de vol spécial dans le cas d'un refus de collaborer⁴, l'absence d'accord de réadmission avec l'État de destination, ou encore les problèmes sanitaires dans le pays de destination mettant la santé ou la vie de la personne contrainte en péril (ex. épidémie d'Ebola) à condition que cela soit reconnu officiellement par les autorités (consulter les pages du SEM pour les pays en question).
- d. Non-refoulement (art. 5 LASI, 3 CCT, 3 CEDH et 33 CR51) : cette garantie se recoupe avec celle de l'exécutabilité du renvoi (art. 80 al. 6 lit. a LEI) puisqu'elle consiste en une impossibilité juridique de l'exécuter ; c'est le cas lorsque la personne serait exposée à un danger pour sa vie ou son intégrité corporelle⁵. Le principe de non-refoulement s'applique également au renvoi dans un pays où le système de santé ne pourrait assurer une prise en charge adéquate d'une personne contrainte gravement atteinte dans sa santé⁶.
- e. Proportionnalité : la détention doit apparaître nécessaire et propre à atteindre le but visé. La durée de la détention, envisagée dans son ensemble, doit apparaître proportionnée⁷, et plus la détention se prolonge, plus les exigences sont accrues.
- f. Conditions de détention (art. 81 LEI).
- g. La question de la langue de la personne contrainte: L'article 64f LEI prévoit que la décision de renvoi soit, sur demande, traduite à la personne contrainte dans une langue qu'elle comprend. Ce même droit découle de l'article 29 Cst. dans le cadre de l'examen de la légalité et l'adéquation d'une mesure de contrainte.
- h. Les éléments propres à l'article 83 alinéa 1 in fine LEI : Il s'agit là d'une des rares portes d'entrée permettant d'invoquer la situation personnelle de la personne contrainte. Entrent notamment en ligne de compte un très long séjour sur sol suisse ainsi que la situation

² ATF 122 II 154.

³ *Idem*.

⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_473/2010 du 25 juin 2010.

⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_935/2011 du 7 décembre 2011.

⁶ Arrêt 6A.45/2006 du 11 juillet 2006.

⁷ ATF 133 II 97 ; ATF 130 II 56.

familiale et médicale. D'où la nécessité de réunir un maximum d'information sur la personne contrainte et de contacter ses éventuels proches.

- i. Légalité de la décision de renvoi, respectivement d'expulsion (cf. notamment art. 69LEI).
- j. Violation des art. 73 à 82 LEI (cf. *supra* 2.).
- k. Violation de l'art. 1 du Protocole n° 7 (garanties procédurales pour les étrangers sous le coup d'une mesure d'éloignement) : Dans deux arrêts importants, la CEDH a reconnu une violation de l'art. 1 du Protocole n° 7 à la CEDH en constatant que le pays ordonnant le renvoi n'avait pas examiné les arguments militants contre l'expulsion, ordonnée pour des motifs de sécurité⁸, ainsi que dans un cas où le pays de renvoi avait expulsé un réfugié politique pour des motifs de sécurité nationale, sans que les autorités compétentes ne lui aient offert les garanties minimales contre l'arbitraire⁹.

3.2. Détenition Dublin

En sus des griefs applicables à la procédure ordinaire, les avocates confrontées à une détention fondée sur un cas Dublin doivent en particulier veiller :

- a. à examiner si le motif de la détention n'existe plus (par exemple parce que la personne n'est plus un cas Dublin) (art. 80a al. 7 lit. a LEI) ;
- b. à examiner si l'exécution du renvoi ou de l'expulsion s'avère impossible pour des raisons juridiques ou matérielles (ce critère est le même que pour la détention administrative ordinaire, cf. *supra* 3.1.c et d) (art. 80a al. 7 lit. a LEI) ;
- c. à déterminer si la personne concernée a bel et bien fait l'objet d'une décision de rejet d'asile (non-entrée en matière) sur la base du Règlement Dublin III. Attention à la question de la notification de la décision ainsi qu'aux critères évoqués ci-dessus et leur caractère évolutif ;
- d. au respect des délais de l'article 80a al. 4 LEI (demande de mise en liberté traitée dans les huit jours) ;
- e. au respect des durées de détention de l'article 76a al. 3 à 5 LEI à l'aune du Règlement (au max. 1 mois) ;
- f. aux conditions de détention (art. 80a al. 8 LEI et 81 LEI) ;
- g. à établir la situation familiale de la personne concernée (art. 80a al. 8 LEI) et à déterminer en particulier si elle a de la famille en Suisse ;
- h. à établir l'âge de la personne concernée, la détention d'une personne de moins de 15 ans étant exclue (art. 80a al. 5 LEI) et les personnes mineures bénéficiant de droits particuliers (art. 80a al. 6 LEI) ;
- i. à déterminer si l'un des critères de la liste figurant à l'article 76a al. 2 LEI est réalisé ;
- j. à déterminer si la personne concernée a accompli des démarches pour quitter la Suisse (art. 76a al. 1 lit. a LEI) ;

⁸ Arrêt Kaushal et autres c. Bulgarie du 2 septembre 2010

⁹ Geleri c. Roumanie du 15 février 2011

- k. à déterminer si la personne concernée a précédemment refusé d'obtempérer à son renvoi (art. 76a al. 1 LEI) ;
- l. à déterminer si une assignation à territoire ou une autre mesure, telle que la remise des papiers d'identité, permettrait d'assurer le renvoi de la personne concernée autrement que par la détention (art. 76a al. 1 lit. c LEI) ;
- m. à examiner si le pays de renvoi connaît une défaillance systémique qui s'opposerait au refoulement¹⁰ ;
- n. à examiner si la personne détenue doit subir une peine ou une mesure privative de liberté (critère rarement plaidé pour des raisons évidentes) (art. 80a al. 7 lit. c LEI) ;
- o. à examiner si l'un des critères de l'article 76a al. 1 LEI fait défaut ;
- p. à l'article 80a al. 8 LEI, qui prévoit également que, dans l'examen de la légalité de la détention, l'autorité tienne compte de la situation familiale de la personne détenue, ce qui signifie que, quand bien même la personne concernée ne pourrait se prévaloir d'une impossibilité du renvoi ou d'expulsion stricto sensu au sens de l'article 80a al. 7 lit. a LEI en raison d'un regroupement familial, les liens familiaux doivent peser tout particulièrement à l'heure de décider du maintien en détention ;
- q. aux conditions d'exécution de la détention qui doivent également être prises en compte, l'article 80a LEI renvoyant sur ce point à l'article 81 LEI¹¹ ;
- r. aux violations de la CEDH¹² ;
- s. au fait que la détention ne peut être ordonnée que si les critères cumulatifs suivants sont présents (art. 76a al. 1 LEI)¹³ :
 - des éléments concrets font craindre que la personne concernée n'entende se soustraire au renvoi ;
 - la détention proportionnée ;
 - d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être appliquées de manière efficace ;

Les deux derniers critères rejoignent ceux de la détention administrative ordinaire et la proportionnalité au sens large, ce point étant traité *supra* 3.1.f ;

S'agissant du premier critère, il renvoie à l'article 76a al. 2 LEI qui liste les éléments considérés comme faisant craindre une soustraction au renvoi. Si certains de ces sous-critères alternatifs n'offrent que peu de marge de manœuvre, d'autres sont beaucoup plus flous¹⁴.

¹⁰ ACEDH M.S.S. c. Belgique et Grèce (No. 30696/09), 21 janvier 2011 ; ACEDH Tarakhel c. Suisse (No. 29217/12), 4 novembre 2014 ; ATAF 2010/45(Grèce) ; ATAF2015/4 ; ATAF, E-641/2014, 13 mars 2015.

¹¹ Pour plus de précision sur les griefs susceptibles d'être invoqués dans le cadre des conditions de détention, se référer au vade-mecum y relatif, disponible sur le site de l'Ordre des avocats.

¹² Voir notamment ACEDH A.A. c/ Grèce, du 22 juillet 2010 et ACEDH Conka c/ Belgique, Arrêt du 5 février 2002.

¹³ ATF 142 I 135 consid. 4.

¹⁴ Par exemple art. 75a al. 2 lit b LEI : « son comportement en Suisse ou à l'étranger permet de conclure qu'il refuse d'obtempérer aux instructions des autorités ».

4. Permanence en matière de mesures de contraintes

4.1. Mission et fonctionnement de la permanence

La permanence a pour mission d'assurer l'assistance d'une avocate¹⁵ à chaque personne contrainte dont le placement en rétention ou détention pour des motifs liés à son séjour en Suisse est requis par la Police, sur demande de l'OCPM.

4.2. Avocats susceptibles d'intervenir

Les avocates inscrites sur la liste de la permanence tenue par le Greffe du TAPI se voient proposer une ou deux dates de permanence. Ces dates sont connues en fin d'année pour toute l'année suivante. Il appartient aux avocates de se rendre disponibles aux dates prévues. En cas d'empêchement, ceux-ci doivent impérativement pourvoir à leur remplacement et en informer le TAPI.

4.3. Lieu de l'intervention

Les audiences du TAPI se tiennent généralement en salle C1 du Palais de Justice (Place du Bourg-de-Four 3). Les horaires et durées des audiences dépendent du nombre de cas traités. L'avocate doit se présenter au Tribunal trente minutes avant l'audience pour qu'elle puisse s'entretenir avec la ou les personnes faisant l'objet d'un OMD.

Le Tribunal pouvant faire preuve d'une certaine flexibilité dans le cadre de la fixation de ces audiences, l'avocate ne doit pas hésiter à contacter le greffe en cas de problème d'agenda ou pour la consultation du dossier.

5. Intervention des avocats de permanence

5.1. Prise de contact du TAPI avec les avocates et disponibilité des avocates

La Police, respectivement l'OCPM, soumet au TAPI les OMD, respectivement les demandes de prolongations de la détention. Le TAPI dispose de 96 heures pour statuer et peut contacter téléphoniquement, dès la réception des actes, l'avocate de permanence pour s'assurer de sa présence.

Les avocates doivent ainsi être parés à l'éventualité de recevoir le dossier plusieurs jours avant celui de leur permanence.

¹⁵ Dans le présent document, l'expression « avocate » s'applique indifféremment aux femmes et aux hommes.

Il est important de préciser que le dossier est parfois transmis au TAPI en fin de journée voire en début de soirée. Il est ainsi important de contacter le greffe du TAPI dans la journée lorsque l'on sait que l'on est de permanence afin de savoir si un dossier va être transmis.

Il n'est toutefois pas impossible que, du fait des circonstances, l'avocate soit nommée, reçoive le dossier, s'entretienne avec la personne détenue et plaide ou dépose des observations écrites dans la même journée. Il convient donc d'être entièrement disponible le jour de la permanence, mais également et dans la mesure du possible le jour précédant la permanence.

5.2. Consultation du dossier

Le dossier complet est à la disposition de l'avocate de permanence au greffe du TAPI immédiatement. Dans la pratique, le TAPI peut faire parvenir à l'avocate une copie complète du dossier par voie électronique.

Le dossier ne doit pas se limiter à l'OMD. Si ce devait être le cas, il appartient à l'avocate de permanence d'être proactive et de demander au plus vite les autres pièces du dossier. Si ces pièces ne sont pas disponibles à l'audience, il faut impérativement soulever un incident et demander que l'audience soit reconvoquée. Si cela n'est pas possible dans le délai de 96 heures, il doit être conclu à la libération immédiate, vu la gravité du vice formel.

5.3. Entretien avec la personne contrainte

Dès réception du dossier, l'avocate de permanence doit rencontrer la personne contrainte au lieu de détention administrative, soit Frambois ou Favra. À cet égard, l'Assistance judiciaire couvre l'entretien préalable de l'avocate de permanence avec la personne contrainte, y compris les honoraires de l'interprète cas échéant.

Il est possible de contacter les personnes par téléphone.

À Favra, il convient d'organiser un entretien téléphonique avec le greffe de l'établissement au 022 546 84 00.

À Frambois, il est possible d'appeler les cabines dans le centre de détention au 022 341 12 57 ou au 022 341 21 14. Sous l'angle du secret professionnel, l'avocate doit être consciente qu'elle contacte son mandant sur une cabine publique dans l'espace commun.

Par ailleurs, l'avocate de permanence doit se présenter au Tribunal trente minutes avant l'audience pour s'entretenir avec la ou les personne(s) contrainte(s). Ces parloirs avant l'audience sont insuffisants pour préparer l'audience. Il est donc primordial de s'être entretenu avec la personne contrainte préalablement.

De par le passé, il est arrivé que l'ensemble des entretiens soit à effectuer en trente minutes quel que soit le nombre d'audiences. L'avocate ne disposerait en conséquence que de brefs entretiens pour chaque personne, ce qui serait insuffisant pour préparer leurs audiences respectives.

5.4. Préparation de l'audience

Il conviendra d'annoncer les preuves au Tribunal dès que possible.

L'avocate de permanence peut proposer l'audition de témoins lors de l'audience, en s'assurant de leur présence vu les impératifs qu'implique le délai d'ordre.

En outre, les pièces médicales ne figurent pas au dossier, alors qu'elles peuvent avoir une incidence dans l'exécutabilité ou de la légalité du renvoi. Dès lors, il est recommandé de se munir d'une levée du secret médical vierge lors de sa visite au lieu de détention.

5.5. Assistance d'une interprète

La personne contrainte jouira de l'assistance d'une interprète pour les entretiens avec son avocate et à l'audience.

Pour les visites sur le lieu de détention, il appartient à l'avocate de contacter les interprètes nécessaires et d'en avancer les frais.

Des contacts d'interprètes sont disponibles sur les liens suivants :

- <https://www.ge.ch/trouver-traducteur-jure>
- <https://www.astj.ch/>

5.6. Déroulement de l'audience

L'audience est **publique**.

L'enjeu de l'audience est d'examiner la légalité et l'adéquation de la détention. Il s'agit de déterminer si la privation de liberté, qui reste l'*ultima ratio*, se justifie afin d'assurer le départ effectif de la personne contrainte.

5.7. Rémunération

Le TAPI nomme les avocats d'office pour la procédure, mais réserve l'octroi de l'AJ (art. 12 al. 2 et 3 LaLEtr). Dans le cadre de la permanence, la pratique du Greffe de l'AJ consiste à l'accorder d'office et à octroyer un forfait de quatre heures pour les procédures orales et de deux heures pour les procédures écrites, les courriers et téléphones étant inclus dans ce forfait.

Cas échéant, il appartient aux avocats de motiver et justifier le temps supplémentaire consacré à la cause (art. 16 al. 2 RAJ).

5.8. Suite de la procédure et suivi du cas

Le délai de recours est de **dix jours**.

Conformément à l'article 65 al. 4 LPA, il est toujours possible de requérir l'autorisation de déposer un mémoire complémentaire.

Deux semaines avant l'échéance de la détention, assurez-vous auprès du TAPI qu'aucune prolongation n'a été demandée. Si ce devait être le cas, demandez votre nomination.

6. Procédures Dublin

6.1. Présentation

Les avocats de permanence ont également pour mission d'assurer la défense des « cas Dublin »¹⁶ en cas de détention administrative, (ci-après : « Règlement Dublin III »)^{17 18}.

En substance le Règlement Dublin III, qui s'applique sur le territoire des 28 membres de l'Union européenne ainsi qu'aux quatre pays associés (Norvège, Islande, Suisse et Lichtenstein), prévoit qu'un seul État partie est compétent pour traiter d'une demande d'asile et précise les critères d'une telle compétence.

Si l'État membre (ici la Suisse) considère qu'à l'aune de ces critères un autre pays qu'elle-même est responsable de l'examen d'une demande d'asile et que l'État tiers en question accepte cette compétence, fût-ce tacitement, (cf. art. 22 du Règlement Dublin III), la personne en question devient un « cas Dublin » et doit être transférée vers l'État responsable.

À l'instar d'une procédure d'asile, la procédure Dublin est antérieure à la procédure des mesures de contraintes puisqu'elle concerne l'entrée en matière ou non par la Suisse sur la demande d'asile.

Art. 28 § 3 al. 3 Règlement Dublin III : Conformément à l'article 28 § 3 al. 3 Dublin III, une détention Dublin en phase préparatoire ne peut être ordonnée au-delà d'un mois après l'introduction de la demande d'asile.

Inapplicabilité de l'article 76a al. 3 lit. b LEI : Le Règlement Dublin III énonce de manière exhaustive les motifs de privation de liberté. Or l'article 76a al. 3 lit. b LEI ajoute une situation, non-prévue par le traité, fondant une privation de liberté, à savoir celle durant laquelle aurait lieu une procédure de conciliation prévue à l'article 5 du règlement (CE) n° 1560/2003¹⁹. Ce motif n'étant pas prévu par le Règlement Dublin III, pareille mesure est contraire aux obligations internationales de la Suisse et ne peut donc pas être appliquée²⁰.

Inapplicabilité de l'article 76a al. 4 LEI : À l'instar de l'article 76a al. 3 lit. b LEI, cette disposition prévoit un motif de détention que le traité n'énonce pas, et par conséquent qu'il exclut. Dès lors, l'article 76a al. 4 LEI est contraire aux engagements internationaux de la Suisse et ne peut être appliqué^{21 22}.

Un État initialement considéré comme compétent pour traiter la demande d'asile peut ne plus l'être en raison d'une modification des circonstances (exemple : le délai de six mois au sens de l'article 29 du Règlement Dublin III est écoulé).

6.2. Détention dans un cas Dublin

La décision par laquelle la Suisse considère qu'un autre État est responsable de la prise en charge de la personne concernée ne signifie pas encore qu'elle doit être mise en détention. Encore faut-il que les conditions de l'article 76a al.1 LEI soient remplies.

¹⁶ Nommés d'après le Règlement Dublin III ou de son nom complet : le *Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride* (refonte)

¹⁷ JO L 180/31 du 29.6.2013

¹⁸ Complété par le Règlement d'exécution (UE) No 118/2014 de la Commission du 30 janvier 2014 modifiant le règlement (CE) no 1560/2003 portant modalités d'application du règlement (CE) no 343/2003 du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers.

¹⁹ Cette procédure peut être mise en place lorsque l'État compétent refuse la demande de prise ou de reprise en charge du requérant d'asile.

²⁰ ATF 139 I 16, consid. 5.1

²¹ ATF 139 I 16, consid. 5.1

²² OSAR, *La détention administrative dans le cadre des procédures Dublin*, 1^{er} octobre 2015, p. 6

6.3. Procédure

La procédure régissant les mesures de contraintes dans les cas Dublin figure à l'article 80a LEI.

Contrairement à ce qui prévaut dans les cas ordinaires, l'adéquation et la légalité de la détention des cas Dublin n'est examinée que sur demande expresse écrite de la personne concernée, ce qui signifie que le délai de 96 heures des articles 78 al. 4 et 80 al. 2 LEI ne s'applique pas. La demande peut être déposée en tout temps et doit être traitée dans les huit jours par le TAPI (art. 80a al. 3 et 4 LEI).

7. Procédures écrites

Les avocats intervenant dans le cadre d'une permanence par devant le TAPI peuvent être confrontés à une procédure écrite. Il importera donc de s'assurer que les conditions pour l'ouverture d'une telle procédure sont réunies (*infra* 7.1.), en tenant compte des spécificités de la procédure écrite dans trois situations distinctes (*infra* 7.2.) :

- 1) soit en cas de détention en vue du renvoi ou de l'expulsion au sens de l'article 77 LEI (art. 80 al. 2 LEI) ;
- 2) soit en cas de consentement par la personne contrainte à la procédure écrite (art. 80 al. 3 LEI) ;
- 3) soit en cas de renvoi Dublin en application des articles 76a LEI et suivants (art. 80a LEI).

7.1. Conditions à l'ouverture d'une procédure écrite

- 1) Cas de détention en vue du renvoi ou de l'expulsion au sens de l'art. 77 LEI (art. 80 al. 2 LEI).

Il conviendra ici de s'assurer que les trois conditions cumulatives énoncées à l'article 77 al. 1 LEI sont réunies.

La première de ces conditions est l'existence d'une décision de renvoi ou d'expulsion exécutoire, qui doit faire l'objet d'une attention particulière lorsqu'un recours a été déposé à l'encontre de la décision du SEM ou lorsque le délai de recours n'est pas encore échu. La problématique principale réside dans l'absence d'effet suspensif automatique des recours contre les décisions de renvoi ou d'expulsion. Il convient donc, si possible, de recourir en demandant la restitution de l'effet suspensif.

Une analyse pointue de la question de l'existence d'une décision de renvoi ou d'expulsion exécutoire a été faite dans l'Arrêt du Tribunal fédéral 2C_131/2011.

Pour le surplus, il conviendra de faire valoir, autant qu'il est raisonnablement possible, l'aide qu'a pu apporter la personne contrainte dans les démarches en vue de l'obtention des documents de voyage ou les motifs pour lesquels elle a été empêchée de le faire, ainsi que les motifs pour lesquels elle a été empêchée de quitter la Suisse dans le délai imparti.

La durée de cette détention ne peut excéder 60 jours (art. 77 al. 2 LEI).

Les autorités ayant l'obligation d'entreprendre sans tarder les démarches nécessaires à l'exécution du renvoi ou de l'expulsion, il est opportun de conclure à une limitation de la durée de la détention strictement nécessaire à l'exécution du renvoi. Le prononcé systématique de durées de détention de 60 jours est contraire au principe de proportionnalité.

- 2) Cas de consentement par la personne contrainte à la procédure écrite et exécution dans les huit jours (art. 80 al. 3 LEI). 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. (art. 80 al. 3 LEI).

Aux conditions de l'article 80 al. 3 LEI, il peut être renoncé à la procédure orale en faveur d'une procédure écrite.

La personne contrainte doit avoir donné son consentement écrit.

Le renvoi ou l'expulsion doit pouvoir avoir lieu **dans les huit jours** suivant l'ordre de détention. Les éléments attestant des démarches nécessaires pour le renvoi sous huitaine doivent être au dossier (billet d'avion déjà réservé ou garanties sérieuses que les démarches auprès de swissREPAT sont sur le point d'aboutir).

7.2. Spécificités des griefs en procédure écrite

En l'absence d'audience orale, il incombe d'autant plus aux avocats de s'assurer que la personne a compris les enjeux de la procédure écrite. À cette fin, une visite au lieu de détention s'impose dès réception du dossier.

Il faut en particulier s'assurer de la teneur du procès-verbal à la police (langue/traduction, renonciation à l'assistance d'un Conseil), de l'éventuel accord de la personne détenue quant à son départ et surtout, dans l'hypothèse de l'article 80 al. 3 LEI, de l'effectivité de son accord avec le déroulement d'une procédure écrite.

Vu l'obligation d'un renvoi effectué sous huitaine dans le cadre d'une procédure écrite au sens de l'article 80 al. 3 LEI, il appartient également aux avocats d'assurer le suivi du dossier et de l'effectivité du renvoi dans ce délai, faute de quoi il convient de requérir immédiatement une procédure orale qui doit aboutir dans les 12 jours suivant l'ordre de mise en détention.



Bibliographie

Générale

SON NGUYEN MINH / AMARELLE CESLA (Eds.), *Code annoté de droit des migrations, Volume II: Loi sur les étrangers (LEtr)*, Berne 2017

SPESCHA MARC ET AL., *Migrationsrecht Kommentar*, Zurich 2019

BOSSARD ALIÉNOR BOSSARD / PÉREZ PERUCCHI HUGO / SON NGUYEN MINH, *Actualité du droit des étrangers Jurisprudence et analyses 2018-2020, du 1^{er} janvier 2018 au 31 décembre 2020*, Berne 2020

SECRÉTARIAT D'ÉTAT AUX MIGRATIONS, *Manuel Asile et retour*, <https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/asyl/asylverfahren/nationale-verfahren/handbuch-asyl-rueckkehr.html> (cf. Article G5 « Mesures de contrainte en matière de droit des étrangers», Berne 2019)

OLIVIA LE FORT, *La preuve et le principe de non-refoulement*, Zurich 2018

Accords de réadmission

<https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/international-rueckkehr/ch-migrationsausserpolitik/abkommen/rueckuebernahme.html>

Situation pays

<https://www.gov.uk/government/collections/country-policy-and-information-notes>

<https://www.osar.ch/>

<https://www.hrw.org/fr>

<https://www.amnesty.ch/fr>

<https://www.msf.ch/>