

4 mars 2014

Avocat 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

Annette Micucci

Avocate, juge assesseur au Tribunal administratif de première instance*

Sandro Vecchio

Avocat, juge suppléant au Tribunal administratif de première instance*

* la présente présentation n'engage que leurs auteurs.



PLAN

1. Législation applicable aux mesures de contrainte et d'éloignement visant les étrangers
2. Préparation de l'audience devant le TAPI
3. Gestion de l'audience devant le TAPI
4. Jurisprudences essentielles en matière de mesures de contrainte et d'éloignement visant les étrangers

1. Législation applicable

- a) Les règles conventionnelles
- b) Loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'asile (**LAsi** ; RS 142.31)
- c) Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (**LEtr** ; RS 142. 20)
- d) Ordonnance sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers du 11 août 1999 (**OERE** ; RS 142.281)
- e) Loi genevoise d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 (**LaLEtr** ; F 2 10)
- f) Loi genevoise de procédure pénale du 12 septembre 1985 (**LPA** ; E 5 10)

1. Législation applicable

a) Les règles conventionnelles :

- Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (**PIDCP** ; RS 0.103.2)

Art. 9 : garantie du droit à la liberté personnelle

Art. 10 : réglementation de la détention

Art. 13 : « *Un étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un Etat partie au présent Pacte ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et, à moins que des raisons impérieuses de sécurité nationale ne s'y opposent, il doit avoir la possibilité de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion et de faire examiner son cas par l'autorité compétente, ou par une ou plusieurs personnes spécialement désignées par ladite autorité, en se faisant représenter à cette fin* ».

1. Législation applicable

a) Les règles conventionnelles :

- Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (**CEDH** ; RS 0.101)

Art. 3 : interdiction de la torture

Art. 5 : garantie du droit à la liberté et à la sûreté

Art. 6 : droit à un procès équitable

Art. 13 : droit à un recours effectif devant un tribunal

Art. 14 : interdiction de toute discrimination

cf. aussi Protocoles N° 4 et 7 à la CEDH

1. Législation applicable

a) Les règles conventionnelles :

- REGLEMENTATION « DUBLIN » :
 - **Règlement (CE) n° 343/2003** du Conseil du 18 février 2003 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
 - **Règlement (UE) n° 604/2013** du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte)

1. Législation applicable

a) Les règles conventionnelles :

- REGLEMENTATION « DUBLIN » (suite) :
 - **Directive 2008/115/CE** du Parlement européen et Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (**Directive retour**).

1. Législation applicable

b) LAsi (Loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'asile ; RS 142.31)

Chapitre 2 - Section 5 : **Exécution du renvoi et mesures de substitution**

Art. 44 : Renvoi et admission provisoire

L'ODM prononce, en règle générale, le renvoi de Suisse et en ordonne l'exécution, lorsqu'il rejette la demande d'asile ou qu'il refuse d'entrer en matière (art. 6a al. 1 LAsi).

Pour le surplus, la décision d'exécuter le renvoi est régie par les art. 83 et 84 LEtr.

1. Législation applicable

c) Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr ; RS 142. 20)

Art. 64 al. 1:

L'OCPM rend une décision de renvoi ordinaire à l'encontre:

- d'un étranger qui n'a pas d'autorisation alors qu'il y est tenu;
- d'un étranger qui ne remplit pas ou ne remplit plus les conditions d'entrée en Suisse (art. 5);
- d'un étranger auquel une autorisation est refusée ou dont l'autorisation, bien que requise, est révoquée ou n'est pas prolongée après un séjour autorisé.

1. Législation applicable

- c) Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr ; RS 142. 20)
- délai de recours: 5 jours ouvrables suivant la notification
 - pas d'effet suspensif
 - l'autorité de recours statue dans les 10 jours sur la restitution de l'effet suspensif.

1. Législation applicable

- c) Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr ; RS 142. 20)

Art. 64a :

l'ODM rend une décision de renvoi à l'encontre de l'étranger séjournant illégalement en Suisse, lorsqu'un autre Etat lié par l'un des accords d'association à Dublin (al. 4) est compétent pour conduire la procédure d'asile en vertu des dispositions du règlement (CE) n° 343/2003

1. Législation applicable

- c) Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr ; RS 142. 20)

Art. 69 al. 1 :

L'autorité cantonale compétente exécute le renvoi ou l'expulsion d'un étranger dans les cas suivants:

- a. le délai imparti pour son départ est écoulé;
- b. l'étranger peut être renvoyé ou expulsé immédiatement;
- c. l'étranger se trouve en détention en vertu de l'art. 76 ou 77 et la décision de renvoi ou d'expulsion est exécutoire

1. Législation applicable

- c) Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr ; RS 142. 20)

Art. 69 al. 2 :

Si l'étranger a la possibilité de se rendre légalement dans plusieurs Etats, l'autorité compétente peut le renvoyer ou l'expulser dans le pays de son choix.

1. Législation applicable

- c) Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr ; RS 142. 20)

Mesures de contrainte

art. 73 à 82 LEtr

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

Aperçu des mesures de contrainte

MESURE	BASE LEtr	BUT	CONDITION	DUREE
<u>Rétention</u>	Art. 73	Notification de la décision, vérification de l'identité	Pas de droit de séjour	3 jours
<u>Assignation d'un lieu de résidence et interdiction de pénétrer dans une région déterminée</u>	Art. 74	Assignation d'un lieu de résidence et interdiction de pénétrer dans une région déterminée + garantir l'exécution du renvoi	let. a : pas de droit de séjour + trouble à la sécurité et à l'ordre publics let. b : décision de renvoi ou d'expulsion entrée en force let. c : l'exécution du renvoi ou de l'expulsion a été reportée	

Aperçu des mesures de contrainte

MESURE	BASE LEtr	BUT	CONDITION	DUREE
<u>Détention en phase préparatoire</u>	Art. 75	Garantir l'exécution du renvoi pendant la préparation de la décision	Pas de droit de séjour + motif de détention (ex. plusieurs identités)	18 mois (art. 79 LEtr)
<u>Détention en vue du renvoi ou de l'expulsion</u>	Art. 76	Garantir l'exécution du renvoi	Décision de première instance + renvoi prévisible + motif de détention (ex. risque de passage à la clandestinité)	18 mois (art. 79 LEtr)

Aperçu des mesures de contrainte

MESURE	BASE LEtr	BUT	CONDITION	DUREE
<u>Détention Dublin de courte durée</u>	Art. 76 al. 1 let. b ch. 5	Garantir l'exécution du renvoi	Décision de renvoi selon l'art. 34, al. 2, let. d, Lasi ou l'art. 64a, al. 1 notifiée dans le canton + exécution imminente	30 jours

Aperçu des mesures de contrainte

MESURE	BASE LEtr	BUT	CONDITION	DUREE
<u>Détention pour insoumission</u>	Art. 76	Garantir l'exécution du renvoi	<p>Décision entrée en force</p> <p>+ comportement personnel rend impossible l'exécution du renvoi</p> <p>+ détention en vue du renvoi ou de l'expulsion non admise</p> <p>+ pas de mesure moins contraignante possible.</p>	18 mois (art. 79 LEtr)

2. Préparation de l'audience

Éléments à vérifier dans tous les cas :

- **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 LEtr)

le délai commence à courir dès l'arrestation, et non au moment de la notification de l'Ordre de mise en détention !

2. Préparation de l'audience

Éléments à vérifier dans tous les cas :

- **L'exécutabilité du renvoi** :

Art. 80 al. 6 let. a LEtr - Raisons juridiques ou matérielles

Exemples:

- impossibilité définitive d'établir l'identité de l'administré ;
- absence de papiers d'identités ou laissez-passer idoines ;
- absence de vols spéciaux dans le cas d'un administré refusant de collaborer (TF 2C_473/2010, du 25 juin 2010 notamment) ;
- absence d'accord de réadmission avec l'Etat de destination.

2. Préparation de l'audience

Eléments à vérifier dans tous les cas :

- **Le non refoulement**

Cette garantie essentielle se recoupe en réalité avec celle de l'exécutabilité du renvoi 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 corporelle (TF 2C_935/2011 du 7 décembre 2011).

2. Préparation de l'audience

Eléments à vérifier dans tous les cas :

- **La proportionnalité** :

Beaucoup de détentions sont prolongées de trois mois quasiment d'office alors qu'un vol peut être organisé dans des délais nettement plus courts.

La durée de la détention, envisagée dans son ensemble, doit apparaître proportionnée (ATF 133 II 97 ; 130 II 56)

3. Gestion de l'audience

Formellement :

- Se présenter, tenue correcte, se lever lorsque l'on prend la parole
- 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 au client / à l'autorité
- Produire des pièces (certificats médicaux), solliciter éventuellement l'audition de témoins
- Prendre des conclusions claires !
- Prendre les devants et les mesures qui s'imposent pour la régularisation du client si elle apparaît possible

4. Jurisprudence – motifs invoqués lors de la mise en détention

- **Soustraction à l'expulsion / refus d'obtempérer aux instructions des autorités :**

ATF 130 II 56 consid. 3.1:

tentative d'entraver les démarches en vue de l'exécution du renvoi:

- indications manifestement inexactes ou contradictoires
- volonté clairement apparente de ne pas à retourner dans son pays d'origine.

4. Jurisprudence – motifs invoqués lors de la mise en détention

- Soustraction à l'expulsion / refus d'obtempérer aux instructions des autorités :

TF 2C_142/2013 du 1^{er} mars 2013 consid. 4.2 *in fine*:

Le seul fait de ne pas quitter le pays dans le délai imparti n'est pas suffisant, pris individuellement, à admettre un motif de détention.

4. Jurisprudence – motifs invoqués lors de la mise en détention

- Fuite / disparition

Art. 76 al. 1 let. b ch. 3 et 4 LEtr

TF 2C_935/2011 du 7 décembre 2011, consid. 3.3.

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.

4. Jurisprudence – détention pour insoumission

ATF 135 II 105 consid. 2.2.1 p. 106:

Le but de la détention pour insoumission est de pousser un étranger tenu 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

La seule probabilité que la personne détenue sur la base de l'art. 78 LEtr continue à refuser de collaborer ne suffit pas à mettre fin à la détention pour insoumission.

4. Jurisprudence – impossibilité

ATA/729/2011 du 29 novembre 2011:

Les raisons juridiques ou matérielles doivent être importantes.

Il ne suffit pas que l'exécution du renvoi soit momentanément impossible, tout en restant envisageable dans un délai prévisible.

4. Jurisprudence - impossibilité

TF 2C_625/2011 du 5 septembre 2011:

L'exécution du renvoi doit être qualifiée d'impossible lorsque le rapatriement est pratiquement exclu, même si l'identité de l'étranger est connue et que les papiers d'identité nécessaires peuvent être obtenus.

4. Jurisprudence

TF 2C_974/2013 du 11 novembre 2013:

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.

4. Jurisprudence - proportionnalité

ATF 135 II 105 consid. 2.2.2

Le refus explicite de collaborer de la personne concernée est un indice important, mais d'autres éléments entrent aussi en compte; en particulier, le comportement de l'intéressé, la possibilité qui lui est offerte de mettre concrètement lui-même fin à sa détention s'il coopère, ses relations familiales ou le fait qu'en raison de son âge, son état de santé ou son sexe, il mérite une protection particulière, jouent un rôle dans l'examen de ce critère.

4. Jurisprudence

- Menace sérieuse (art. 75 al. 1 let. g)

TF 2C_293/2012 du 18 avril 2012

Comme la loi exige une menace sérieuse ou une mise en danger grave de la vie ou de l'intégrité corporelle d'autres personnes, 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.

4. Jurisprudence

- Menace sérieuse (art. 75 al. 1 let. g)

TF 2C_293/2012 du 18 avril 2012

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.

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.

4. Jurisprudence

- Menace sérieuse (art. 75 al. 1 let. g)

TF 2C_293/2012 du 18 avril 2012

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 LEtr.

4. Jurisprudence - CourEDH

- **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 aux articles 2 et 3 CEDH).

4. Jurisprudence - CourEDH

- Conséquence en Suisse de l'Arrêt M.S.S. contre Belgique et Grèce:

Communication de l'ODM du 26 janvier 2011:

« Compte tenu de la situation toujours insatisfaisante dans le domaine de l'asile en Grèce - un constat confirmé par de nombreuses organisations indépendantes - l'ODM a décidé d'adapter sa pratique en renonçant dans une majorité des cas à appliquer la procédure Dublin aux cas relevant de la Grèce et en examinant lui-même les demandes d'asile et ce, jusqu'à ce que la Grèce soit en mesure de remplir ses obligations en tant qu'Etat Dublin (exécution de procédures ordinaires, hébergement). Cette adaptation de la pratique prend effet immédiatement. »

4. Jurisprudence - CourEDH

- **Arrêt Mohammed Hussein contre Pays-Bas et Italie rendu le 2 avril 2013 (n° 27725/10)**

Dans cet arrêt, la CourEDH a retenu qu'il n'existe pas de défaillance systémique du régime d'asile italien et donc qu'il n'y a pas de risque de violation de l'art. 3 CEDH.

4. Jurisprudence - CourEDH

- **Procédure en cours:**

La Grande Chambre examine actuellement la requête d'une famille afghane déposée contre la Suisse, qui entend la renvoyer vers Italie dans le cadre de la procédure Dublin.

En l'état, la Cour a interdit à la Suisse, sur mesures provisionnelles, de procéder au renvoi vers l'Italie tant qu'une décision sur le fond n'aura pas été prise.

L'arrêt définitif est attendu dans quelques mois.

FIN

Merci de votre attention!

Me Annette MICUCCI
amicucci@merkt.ch
022 809 55 99

MERKT [&] associés
Avocats | Attorneys-at-law | Rechtsanwälte

Me Sandro VECCHIO
sv@v-avocats.ch
022 722 05 40

 VECCHIO
AVOCATS