

Permanence en matière de mesures de contrainte

VADEMECUM¹

Préambule

- I. Règles applicables aux mesures de contrainte*
 - a. Droit international*
 - b. Droit fédéral*
 - c. Droit cantonal*

- II. Permanence en matière de mesures de contraintes*
 - a. Mission et fonctionnement de la permanence*
 - b. Avocat·e·s susceptibles d'intervenir*
 - c. Lieu de l'intervention*

- III. Intervention de l'avocat·e de permanence*
 - a. Prise de contact du TAPI avec l'avocat·e et disponibilité de l'avocat·e*
 - b. Consultation du dossier*
 - c. Entretien avec l'administré·e*
 - d. Préparation de l'audience*
 - e. Assistance d'un·e interprète*
 - f. Déroulement de l'audience et griefs*
 - g. Rémunération*
 - h. Arguments invocables*
 - i. Suite de la procédure et suivi du cas*

- IV. Procédure Dublin*
 - a. Présentation*
 - b. Critères Dublin*
 - c. Détention dans un cas Dublin*
 - d. Procédure*
 - e. Demande de mise en liberté*
 - f. Check-list*

- V. Procédure écrite*
 - a. Conditions à l'ouverture d'une procédure écrite*
 - 1. cas de détention en vue du renvoi ou de l'expulsion au sens de l'article 77 LEI.*
 - 2. cas de renonciation, par l'autorité judiciaire, à la procédure orale.*
 - 3. cas de renvoi Dublin.*
 - b. Spécificités des griefs en procédure écrite*

Bibliographie

¹ Etat au 16 octobre 2019.

Préambule

Le présent Vadémécum est issu des travaux de la Commission des droits de l'Homme de l'Ordre des avocats de Genève.

Il s'adresse aux avocat·e·s inscrit·e·s à la permanence en matière de mesures de contraintes, 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.

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'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). 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 142.20) | 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'Etat aux migrations |
| TAF | Tribunal administratif fédéral |
| TAPI | Tribunal administratif de première instance |

I. Règles applicables aux mesures de contrainte

Le présent chapitre traite des principales règles applicables aux mesures de contrainte. Il va de soi que l'entier du corpus juridique suisse est à disposition de l'avocat·e de permanence pour offrir à l'intéressé·e la meilleure défense qui soit.

Les dispositions relatives aux détentions/rétentions énoncent, chacune, les conditions précises de ces diverses formes de privation de liberté. Chaque violation de l'une de ces conditions peut constituer un motif de mise en liberté immédiate ou de réduction de la durée de la détention. Ces conditions peuvent avoir trait au motif de la privation de liberté (grief : adéquation de la mesure, art. 36 al. 3 Cst, voire principe de légalité, art. 36 al. 1 Cst, en sus de la base légale topique), aux personnes auxquelles elle est applicable (ex : l'art. 73 LEI ne peut être applicable qu'à une personne dépourvue d'autorisation de courte durée, de séjour ou d'établissement), aux délais de saisine, à la durée de la détention, etc. Il appartient à l'avocat·e de permanence d'examiner si la détention respecte scrupuleusement ces conditions et, cas échéant, de s'en prévaloir par devant le TAPI.

a. Droit international

• Règlement Dublin III

Art. 28 § 3 al. 3 Règlement Dublin III : Conformément à l'art. 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'art. 76a al. 3 lit. b LEI : Le Règlement Dublin III énonce de manière exhaustive les motifs de privation de liberté. Or l'art. 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'art. 5 du règlement (CE) n° 1560/2003². 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 appliquée (**ATF 139 I 16, consid. 5.1.**).

Inapplicabilité de l'art. 76a al. 4 LEI : A l'instar de l'art. 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'art. 76a al. 4 LEI est contraire aux engagements internationaux de la Suisse et ne peut être appliqué (**ATF 139 I 16, consid. 5.1.**)³.

• 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

² Cette procédure peut être mise en place lorsque l'Etat compétent refuse la demande de prise ou de reprise en charge du requérant d'asile.

³ OSAR, *La détention administrative dans le cadre des procédures Dublin*, 1^{er} octobre 2015, p. 6.

Art. 14 CEDH : interdiction de toute discrimination

Voir notamment **ACEDH A.A. c/ Grèce, du 22 juillet 2010**

- Protocole N°4 à la CEDH portant interdiction des expulsions collectives d'étrangers.

Voir notamment **ACEDH Conka c/ Belgique, Arrêt du 5 février 2002**

- Protocole N°7 à la CEDH portant sur les garanties procédurales pour les étrangers sous le coup d'une mesure d'éloignement.

Voir notamment **ACEDH Kaushal et autres c/ Bulgarie, Arrêt du 2 septembre 2010 ;**

ACEDH Geleri c/ Roumanie, Arrêt du 15 février 2011

b. Droit fédéral :

- L'art. 69 LEI énumère les trois cas dans lesquelles la décision d'exécution du renvoi ou de l'expulsion est prononcée. Cette décision sera la base sur laquelle il sera procédé dans le cadre de la mise en détention administrative. Aussi est-il primordial que la légalité de cette décision soit analysée par l'avocat-e.

- Section 5 de la LEI, soit les art. 73 à 82 LEI :

L'art. 73 LEI régit les conditions de rétention. Cette privation de liberté ne peut excéder 3 jours (al. 2).

L'art. 75 LEI régit les conditions de la détention en phase préparatoire, soit lorsque la décision de renvoi n'a pas encore été notifiée. Cette privation de liberté ne peut excéder 6 mois (al. 1). A noter qu'une détention ne peut se fonder sur l'art. 75 al. 1 lit. g LEI, lorsque les infractions invoquées, y compris en relation avec les stupéfiants, apparaissent comme des cas bagatelles (**TF 2C_293/2012**). La jurisprudence administrative ne précise cependant pas ce qu'il faut entendre par *cas bagatelles*. Le Code de procédure pénale prévoit une définition du cas bagatelle à son art. 132 al. 3.

L'art. 76 LEI régit les conditions de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion. Cette base légale, et principalement les ch. 3 et 4 de son al. 1 lit. b, fonde la plupart des détentions qui occuperont l'avocat-e de permanence. Les griefs pouvant être soulevés dans pareils cas seront traités *infra* III. G.

L'art. 76a LEI régit les conditions de la détention dans le cadre de la procédure Dublin. Les griefs pouvant être soulevés dans pareils cas seront traités *infra* IV. A noter que l'art. 76a ne peut être appliqué que dans le cadre d'une procédure Dublin. Il conviendra donc préalablement de s'assurer que le Règlement Dublin III est applicable au cas d'espèce.

L'art. 77 LEI régit les conditions de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion en cas de non-collaboration à l'obtention des documents de voyage. A noter que les trois conditions énoncées à l'alinéa 1 sont cumulatives.

L'art. 78 LEI régit les conditions de la détention pour insoumission.

L'art. 79 LEI régit les durées maximales de détention.

L'art. 80 LEI régit la procédure décisionnelle et l'examen de la détention. L'al. 2 de cette disposition impose au TAPI un délai de 96 heures pour examiner la légalité et l'adéquation de la détention. Ce délai commence à courir dès l'interpellation qui précède la détention de

l'intéressé (**Arrêt E.A. c. Zürich du 20 novembre 1996 et M. c. Zürich du 4 octobre 1996 notamment**).

L'art. 80a LEI régit la procédure décisionnelle et l'examen de la détention dans le cadre de la procédure Dublin. A l'instar de l'art. 76a LEI, il conviendra préalablement de s'assurer que le Règlement Dublin III est applicable au cas d'espèce.

- LAsi

Conformément à l'art. 6a LAsi, le SEM décide de l'octroi ou du refus de l'asile, ainsi que du renvoi d'un·e requérant·e d'asile. Une décision d'asile et de renvoi entrée en force ne peut plus être revue par le TAPI qui est tenu de n'examiner que la légalité et l'adéquation de la mesure de contrainte.

Néanmoins, il est possible que des faits nouveaux ou des pièces nouvelles puissent motiver la reconsidération, par le SEM, ou la révision, par le TAF, de la décision d'asile (LAsi) et/ou de renvoi (art. 83 LEI).

La décision d'asile doit être reconsidérée, respectivement révisée, si des pièces nouvelles ou des faits nouveaux permettent de démontrer que l'intéressé·e est exposé·e, dans son Etat d'origine ou dans le pays de sa dernière résidence, 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 politiques (art. 3 al. 1 LAsi). Sont notamment considérées comme de sérieux préjudices la mise en danger de la vie, de l'intégrité corporelle ou de la liberté, de même que les mesures qui entraînent une pression psychique insupportable. Il y a lieu de tenir compte des motifs de fuite spécifiques aux femmes au sens de l'art. 3 al. 2 LAsi.

La décision de renvoi doit être reconsidérée, respectivement révisée, lorsqu'à teneur de pièces nouvelles ou de faits nouveaux, le renvoi n'est pas possible, n'est pas licite ou ne peut être raisonnablement exigé (art. 83 al. 1 LEI). Un renvoi n'est pas licite lorsqu'il contrevient aux engagements internationaux de la Suisse (art. 83 al. 3), notamment lorsque ce renvoi exposerait l'intéressé·e à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, voire à des risques de torture (art. 3 CEDH) ou mettrait sa vie en danger (art. 2 CEDH). Ce cas de figure peut également se présenter dans un cas Dublin lorsque l'Etat membre de renvoi ne peut garantir qu'il ne renverra pas l'intéressé·e dans un Etat où il·elle risque d'être exposé·e à des peines ou traitements inhumains ou dégradant, voire à des risques de torture (art. 3 CEDH) ou à un danger pour sa vie en danger (art. 2 CEDH) (**ACEDH M.S.S c/ Belgique et Grèce, du 21 janvier 2011**).

- c. Droit cantonal :

- Art. 8 à 12 LaLEtr (F 2 10)

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

L'art. 10 LaLEtr régit le recours à la CACJ. À ce propos, il appartiendra à l'avocat·e de permanence d'informer son client·e qu'il·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.

II. Permanence en matière de mesures de contraintes

a. Mission et fonctionnement de la permanence

La permanence a pour mission d'assurer l'assistance d'un·e avocat·e à chaque administré·e 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.

b. Avocat·e·s susceptibles d'intervenir

Les avocat·e·s présent·e·s sur la liste de la permanence, tenue par le Greffe du TAPI et diffusée à tou·te·s les avocat·e·s qui se sont annoncé·e·s, se voient proposer une ou deux dates de permanence. Ces dates sont connues en fin d'année pour toute l'année suivante. Il appartient à l'avocat·e de se rendre disponible aux dates prévues. En cas d'empêchement, l'avocat·e doit impérativement pourvoir à son remplacement et en informer le TAPI.

c. Lieu de l'intervention

Les audiences du TAPI se tiennent dans la mesure du possible 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'avocat·e doit se présenter au Tribunal trente minutes avant l'audience pour qu'il·elle puisse s'entretenir avec la ou les personnes faisant l'objet de l'OMD (infra III/c).

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

III. Intervention de l'avocat·e de permanence

a. Prise de contact du TAPI avec l'avocat·e et disponibilité de l'avocat·e

La Police, respectivement l'OCPM, soumet au TAPI les ordonnances de mise en détention, 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'avocat·e de permanence pour s'assurer de sa présence.

L'avocat·e doit ainsi être paré·e à l'éventualité de recevoir le dossier plusieurs jours avant celui de sa permanence.

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'avocat·e soit nommé·e, reçoive le dossier, s'entretienne avec le·a client·e et plaide ou fasse des observations écrites dans la même journée. Il convient donc d'être entièrement disponible le jour de la permanence.

b. Consultation du dossier

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

De manière générale, et du fait des brefs délais la possibilité de consulter le dossier est parfois tardive et ne laisse pas le temps suffisant pour une préparation effective de l'audience. Le dossier se limite quelque fois à l'Ordre de mise en détention, sans autre pièce. Dans un tel cas, il appartient à l'avocat·e de permanence d'être proactif 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 cas échéant 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.

Il convient de préciser que le TAPI ne dispose pas nécessairement d'éléments supplémentaire et que la problématique de l'accès au dossier vient essentiellement de la Police, de l'OCPM, voire du SEM au niveau fédéral. Cette problématique pose clairement la question de savoir si le TAPI offre un accès effectif à un tribunal, au sens de l'article 13 CEDH.

c. Entretien avec le·a contrain·e

Dès réception du dossier l'avocat·e de permanence doit donc rencontrer le client au lieu de détention administrative, soit Frambois ou Favra. A cet égard l'Assistance judiciaire est susceptible de couvrir l'entretien préalable de l'avocat·e de permanence avec le·a contrain·e.

Il est possible de contacter les personnes par téléphone.

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

Pour 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, soyez bien conscient que vous contactez votre client sur une cabine publique sise dans l'espace commun.

Par ailleurs, l'avocat·e de permanence doit se présenter au Tribunal trente minutes avant l'audience pour s'entretenir avec les contrain·e-s. Ces parloirs avant l'audience sont insuffisants pour préparer l'audience. Il est donc primordial de s'être entretenu avec la personne détenue 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'avocat·e ne disposerait en conséquence que de brefs entretiens pour chaque personne, ce qui serait insuffisant pour préparer leurs audiences respectives.

d. Préparation de l'audience

Bien que la maxime d'office soit applicable en la matière (art. 19 LPA), la brièveté des délais devra inciter l'avocat·e de permanence à rechercher activement les preuves pertinentes.

L'avocat·e de permanence peut proposer l'audition de témoins lors de l'audience. Il·elle devra s'être assuré·e de leur présence vu les impératifs qu'implique le délai d'ordre. Dans la mesure du possible, il conviendra d'annoncer ces preuves au Tribunal dès que possible.

En outre, les pièces médicales ne figurent pas au dossier, alors qu'elles peuvent avoir une importance cruciale dans l'examen de l'exécutabilité ou de la légalité du renvoi (**voir notamment D. c/ Royaume-Uni, Arrêt du 2 mai 1997 et Aoulmi c/ France, Arrêt du 17 janvier 2006**). Dès lors, il est recommandé de se munir d'une levée du secret médical vierge lors de sa visite au lieu de détention.

e. Assistance d'un·e interprète

L'administré·e jouira de l'assistance d'un·e interprète pour les entretiens avec son avocat·e et à l'audience. Il appartient à l'avocat·e de contacter les interprètes nécessaires, éventuellement d'en faire l'avance de frais pour les visites sur les lieux de détention.

f. Déroulement de l'audience et griefs

L'audience est **publique** et des observateur·trice·s de la section genevoise de la Ligue Suisse des Droits de l'Homme peuvent être présent·e·s.

Ce chapitre n'a pas la prétention de couvrir l'ensemble des griefs invocables, l'expérience a néanmoins démontré que certains éléments centraux méritaient d'être examinés à chaque fois.

L'unique 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 l'étranger·ère.

Durant l'audience, l'avocat·e doit être proactif·ve et ne pas hésiter à poser des questions tant au·à la contrain·te qu'à la partie adverse, notamment eu égard à l'avancement de la procédure de décision de renvoi (cas échéant) et des éventuelles démarches effectuées jusqu'alors en vue du refoulement. Si les démarches sont quasiment achevées il faut demander à ce que la durée de la détention soit réduite au strict nécessaire pour exécuter le renvoi.

L'avocat·e devra être particulièrement attentif·ve aux points suivants :

- On rappellera les arguments tirés de la jurisprudence CEDH cités ci-dessus.
- Le contrôle du délai de 96 heures : 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). À noter que le délai de 96 heures se calcule à partir de l'instant où l'administré a été « *appréhendé et retenu* »⁴ et non pas au moment où l'ordre de détention est émis. La violation d'une disposition de procédure essentielle à la protection des droits de l'administré·e devrait conduire à la levée de la détention sauf si des éléments suffisants montrent que l'intéressé·e peut présenter un danger important pour la sécurité et l'ordre public⁵. Le délai prévu pour l'examen de la légalité et de l'adéquation de la mise en détention est une disposition procédurale essentielle⁶.
- L'exécutabilité du renvoi : Selon l'art. 80 al. 6 lit. a LEI, la détention doit être levée notamment lorsque l'exécution du renvoi ou de l'expulsion est impossible pour des raisons juridiques ou matérielles.

Parmi les éléments entraînant une impossibilité de renvoi, on mentionnera notamment :

- o L'impossibilité définitive d'établir l'identité de l'administré·e ;
- o L'absence de papiers d'identités ou laissez-passer idoines ;

⁴ Arrêt E.A. c. Zürich du 20 novembre 1996 et M. c. Zürich du 4 octobre 1996 notamment.

⁵ ATF 122 II 154

⁶ Idem

- Les problèmes sanitaires dans le pays de destination mettant la santé ou la vie du·de la client·e 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).
 - L’absence de vols spéciaux dans le cas d’un·e administré·e refusant de collaborer (Arrêt 2C_473/2010 du 25 juin 2010 notamment) ;
 - L’absence d’accord de réadmission avec l’Etat de destination.
- Le non-refoulement (art. 5 LASI, 3 CCT, 3 CEDH et 33 CR51). Cette garantie essentielle se recoupe en réalité avec celle de l’exécutabilité du refoulement puisqu’elle consiste en une impossibilité juridique d’exécuter le renvoi. C’est le cas lorsque la personne serait exposée, en cas de renvoi, à un danger pour sa vie ou son intégrité corporelle⁷(cas d’un·e opposant·e politique connu·e par le régime en place dans le pays de renvoi).
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’un·e administré·e gravement atteint·e dans sa santé⁸.
- La question de la langue de l’administré·e : L’art. 64f LEI prévoit que la décision de renvoi soit, sur demande, traduite à l’administré·e dans une langue qu’il·elle comprend. Ce même droit découle de l’art. 29 Cst dans le cadre de l’examen de la légalité et l’adéquation d’une mesure de contrainte.
- La proportionnalité : la durée de la détention, envisagée dans son ensemble, doit apparaître proportionnée⁹ (ex. si le vol peut être organisé dans des délais beaucoup plus courts que la durée de la détention, il conviendra à cet effet d’analyser les pièces topiques au dossier et d’interroger la partie adverse durant l’audience) ;

Il convient encore de relever que le délai pour organiser un vol simple est de l’ordre d’une semaine mais peut être beaucoup plus long pour un vol spécial. À noter que parfois les commissaires de police sollicitent un long délai afin de pouvoir cas échéant avoir le temps d’organiser un vol avec escorte ou spécial dans l’hypothèse où le·a contraint·e ne devrait pas prendre le vol déjà organisé. Il convient de formellement s’opposer à cela car le fait qu’il y ait un doute quant à savoir si le·a contraint·e accepte de prendre le vol ne doit pas permettre aux autorités de prononcer d’emblée une mesure de contrainte d’une durée inutilement longue.

- Les éléments propres à l’article 83 alinéa 1 in fine LEI : Il s’agit là d’une des rares portes d’entrée permettant à l’avocat·e de faire valoir la situation personnelle de l’administré. Entrent ainsi notamment en ligne de compte un très long séjour sur sol suisse ainsi que la situation familiale et médicale. D’où la nécessité d’en savoir un maximum sur l’administré et de contacter ses éventuels proches.

g. Rémunération

Le TAPI vous nomme d’office pour la procédure, mais réserve l’octroi de l’AJ (art. 12 al. 2 et 3 LaLEtr). Cela étant, la pratique du Greffe de l’AJ consiste toutefois à octroyer un forfait de quatre heures pour les procédures orales et de deux heures pour les procédures écrites, à l’avocat·e sur la base de la nomination d’office délivrée par le TAPI dans le cadre de la permanence des mesures de contrainte. Les courriers et téléphones étant inclus dans ce forfait.

⁷ Arrêt 2C_935/2011 du 7 décembre 2011

⁸ Arrêt 6A.45/2006 du 11 juillet 2006

⁹ ATF 133II 97 ; 130 II 56

Cas échéant, il appartient à l'avocat·e de motiver et justifier le temps supplémentaire consacré à la cause (art. 16 al. 2 RAJ).

h. Suite de la procédure et suivi du cas

Le délai de recours de dix jours, auprès de la Cour de Justice, chambre administrative, étant très bref, notamment pour la collecte de preuves idoines complémentaires, il est toujours possible de requérir l'autorisation de déposer un mémoire complémentaire au sens de l'art. 65 al. 4 LPA.

Lorsqu'une prolongation de détention est requise, l'avocat·e qui était intervenu·e la première fois est contacté·e par le TAPI, en cas de disponibilité, la nomination d'office est renouvelée. Dans le cas contraire, le dossier est transmis à l'avocat·e de permanence.

IV. Procédures Dublin

Les avocat·e·s de permanence ont également pour mission d'assurer la défense des « cas Dublin »¹⁰ en cas de détention administrative, (ci-après : « Règlement Dublin III »)^{11 12}.

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 Etat partie est compétent pour traiter d'une demande d'asile et précise les critères d'une telle compétence.

A 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.

Critères Dublin

Les critères principaux sont, par ordre hiérarchique d'importance (Cf. art. 7 du Règlement Dublin III) :

- *L'unité familiale*, dans la mesure où les requérant·e·s d'asile dont des membres de la famille ont déjà obtenu l'asile dans un Etat membre peuvent voir leur demande traitée par l'Etat en question (art. 9 et ss du Règlement Dublin III, le cas des mineur·e·s non accompagné·e·s étant spécifiquement traité à l'art. 8). La notion de « membres de la famille » se limite au/à la conjoint·e ou au/à la partenaire, aux enfants mineur·e·s non-marié·e·s et aux parents ou un·e autre adulte responsable de l'enfant mineur·e non-marié·e (art. 2 lit. g du Règlement Dublin III). L'art. 11 du Règlement Dublin III étend la protection de l'unité familiale aux frères ou sœurs, mineur·e·s, non-marié·e·s, à condition que leurs demandes d'asile soient déposées simultanément ou dans un faible laps de temps.
- *Le lieu de résidence légale*, dans la mesure où les requérant·e·s au bénéfice d'un titre de séjour ou d'un visa valable peuvent voir leur demande traitée par l'Etat de leur délivrance (art. 12 du Règlement Dublin III)
- *Le point d'entrée*, dans la mesure où les personnes ayant franchi illégalement la frontière d'un Etat membre en provenance d'un Etat tiers peuvent voir le pays d'arrivée rendu responsable

¹⁰ 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'Etat 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)

¹¹ JO L 180/31 du 29.6.2013

¹² 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'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers.

de l'examen de leur requête (art. 13 du Règlement Dublin III). Attention, ce critère souffre de nombreuses exceptions liées à la durée du séjour postérieurement au passage de la frontière.

- *Le lieu d'introduction de la demande*, dans la mesure où, si aucun des précédents critères ne s'applique, le pays auprès duquel la demande d'asile a été introduite en premier devient compétent pour son examen. Il en va de même de la demande introduite dans la zone de transit d'un aéroport international (art. 14 et 15 du Règlement Dublin III).

Le Règlement Dublin III prévoit par ailleurs un certain nombre de *dérogations* possibles aux critères susmentionnés. Ainsi, en cas de *défaillance systémiques* d'un Etat membre s'agissant de la prise en charge de la procédure d'asile et/ou les conditions d'accueils des personnes migrantes¹³ (art. 3 § 2 al. 2 du Règlement Dublin III), en application de la *clause humanitaire*¹⁴ ou par pure exercice de son pouvoir discrétionnaire (art. 17 du Règlement Dublin III)

Attention, ces critères peuvent évoluer, un Etat initialement considéré comme compétent pour traiter la demande d'asile peut ne plus l'être en raison d'une modification des circonstances (e.g. le délai de six mois au sens de l'art. 29 du Règlement Dublin III est écoulé, modification de l'unité familiale).

Si l'Etat 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'Etat 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'Etat responsable.

Détention dans un cas Dublin

La décision par laquelle la Suisse considère qu'un autre Etat 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'art. 76a al.1 LEI soient remplies.

La détention ne peut être ordonnée que si les critères cumulatifs suivants sont présents (art. 76a al. 1 LEI) :

- des éléments concrets font craindre que l'étranger-ère concerné-e n'entende se soustraire au renvoi ;
- la détention est 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* III f.

S'agissant du premier critère, il renvoie à l'art. 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 flous¹⁵.

Procédure

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

S'agissant de la *compétence*, deux cas de figure s'appliquent alors : Les détentions prononcées par le SEM, compétent pour les personnes séjournant dans un centre de la Confédération (cas qui ne concernent pas la permanence des mesures de contraintes) et les détentions prononcées par les Cantons, soit à Genève par les commissaires de Police¹⁶.

¹³ CJUE, Arrêt du 21 décembre 2011, C-411/10 et C-493/10 par exemple

¹⁴ CJUE, Arrêt du 6 novembre 2012, C-245/11

¹⁵ Ex : 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 »

¹⁶ Arrêt de la Cour de justice ATA 1289/2015 du 3 décembre 2015

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).

La durée maximale de la détention oscille entre cinq et sept semaines en fonction des cas listés à l'art. 76a al. 3 LEI. Cette durée ne peut pas être prolongée. En revanche, une nouvelle détention fondée sur l'art. 76a al. 3 LEI peut être prononcée pour une durée de six semaines, durée renouvelable jusqu'à trois mois, dans l'hypothèse où la personne refuse physiquement son transfert (art. 76a al. 4 LEI).

Demande de mise en liberté

Dans le cadre de l'examen de la demande de mise en liberté, celle-ci doit être admise 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) ;
- 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*) (art. 80a al. 7 lit. a LEI) ;
- 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) ;
- l'un des critères de l'art. 76a al. 1 LEI fait défaut.

L'art. 80a al. 8 LEI 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'art. 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.

Les conditions d'exécution de la détention doivent également être prises en compte, l'art. 80a LEI renvoyant sur ce point à l'article 81 LEI¹⁷.

Check-list

En sus des griefs applicables à la procédure ordinaire, l'avocat·e confronté·e à une détention fondée sur un cas Dublin doit en particulier veiller :

- 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.
- au respect des délais de l'art. 80a al. 4 LEI (demande de mise en liberté traitée dans les huit jours) ;
- au respect des durées de détention de l'art. 76a al. 3 à 5 LEI;

- aux conditions de détention (art. 80a al. 8 LEI et 81 LEI) ;
- à établir la situation familiale de la personne concernée (art. 80a al. 8 LEI) et déterminer en particulier si elle a de la famille en Suisse ;

¹⁷ Pour plus de précision sur les griefs susceptibles d'être invoqués dans le cadre des conditions de détention, se référer au *Vademécum* y relatif, disponible sur le site de la Commission des droits de l'Homme

- 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 mineur·e·s bénéficiant de droits particuliers (art. 80a al. 6 LEI) ;
- à déterminer si l'un des critères de la liste figurant à l'art. 76a al. 2 LEI est réalisé ;
- à déterminer si la personne concernée a accompli des démarches pour quitter la Suisse (art. 76a al. 1 lit. a LEI) ;
- à déterminer si elle a refusé précédemment d'obtempérer à son renvoi (art. 76a al. 1 LEI) ;
- 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) ;
- à déterminer si le pays de renvoi connaît une défaillance systémique qui s'opposerait au refoulement¹⁸ ;
- à expliquer à la personne concernée que sa demande d'asile n'a pas nécessairement été rejetée par l'Europe entière mais que la Suisse estime qu'un autre pays de l'Union européenne est compétent pour en traiter ;

V. Procédures écrites

L'avocat·e intervenant dans le cadre d'une permanence par devant le TAPI peut être confronté·e à une procédure écrite. Il importera donc de s'assurer que les conditions pour l'ouverture d'une telle procédure sont réunies (*supra* a.) et de faire valoir les griefs précédemment exposés (*supra*) en tenant compte des spécificités de la procédure écrite dans trois situations distinctes (*supra* b.) :

- 1) soit en cas de détention en vue du renvoi ou de l'expulsion au sens de l'art. 77 LEI (art. 80 al. 2 LEI) ;
- 2) soit en cas de consentement par l'administré·e 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) ;

a. 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.

Il conviendra ici de s'assurer que les trois conditions cumulatives énoncées à l'art. 77 al. 1er 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 l'administré·e dans les démarches en vue de l'obtention des documents de voyage ou les motifs pour lesquels il·elle a été empêché·e de le faire, ainsi que les motifs pour lesquels il·elle a été empêché·e de quitter la Suisse dans le délai imparti.

¹⁸ 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

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 l'administré·e à la procédure écrite (art. 80 al. 3 LEI).

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

L'administré·e doit avoir donné son consentement écrit. Assurez-vous auprès de votre mandant·e qu'il·elle a bien compris et consenti à cette procédure.

Le renvoi ou l'expulsion doit pouvoir avoir lieu dans les huit jours suivant l'ordre de détention. Assurez-vous donc également que les éléments attestant des démarches nécessaires pour le renvoi sous huitaine sont au dossier ; le billet d'avion doit déjà être réservé, à tout le moins des garanties sérieuses de la partie adverse, que les démarches auprès de swissREPAT doivent être sur le point d'aboutir.

Si l'une de ces conditions fait défaut, il conviendra de conclure dans vos observations écrites à ce que la procédure orale ait lieu au plus tard dans les 12 jours après l'ordre de mise en détention.

3) En cas de renvoi Dublin.

Voir tout d'abord *supra* IV, d.

Le contrôle de la mise en détention en vue d'un renvoi Dublin n'est pas automatique. Il faut en effet que le·a détenu·e l'ait expressément demandée (art. 80a al. 3 LEI). Il faudra alors s'assurer de l'existence d'une décision de renvoi rendue en application de l'art. 64a LEI et de la conformité de la détention aux conditions de l'art. 76a LEI.

Outre les questions usuelles relatives à la proportionnalité, il conviendra ici de s'intéresser tout particulièrement à l'existence d'éléments concrets faisant craindre que l'étranger·ère concerné·e n'entende se soustraire au renvoi (art. 76a al. 1 lit. a LEI). L'alinéa 2 de cette disposition énumère des motifs permettant à l'autorité de fonder une telle crainte.

b. Spécificités des griefs en procédure écrite.

En l'absence d'audience orale, il incombe d'autant plus à l'avocat·e de s'assurer que la personne a compris les enjeux de la procédure écrite. A 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 du·de la détenu·e quant à son départ et surtout, dans l'hypothèse de l'art. 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'art. 80 al. 3 LEI, il appartient également à l'avocat·e 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

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