

VADE MECUM

AVOCAT DE PERMANENCE EN MATIERE DE MESURES DE CONTRAINTE

*Commission des droits de l'Homme
de l'Ordre des avocats de Genève*

Octobre 2016

Table des matières

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | Préambule | 4 |
| 2 | Lexique | 5 |
| 3 | Règles applicables aux mesures de contrainte | 7 |
| 3.1 | Droit cantonal | 7 |
| 3.1.1 | Articles 8 à 12 LaLEtr | 7 |
| 3.1.2 | LPA..... | 7 |
| 3.2 | Droit fédéral..... | 8 |
| 3.2.1 | LEtr..... | 8 |
| 3.2.2 | LAsi | 9 |
| 3.3 | Droit international | 10 |
| 3.3.1 | Règlement Dublin III | 10 |
| 3.3.2 | Pacte ONU II | 10 |
| 3.3.3 | CEDH | 10 |
| 3.3.4 | Protocole N°4 à la CEDH portant interdiction des expulsions collectives d'étrangers | 10 |
| 3.3.5 | Protocole N°7 à la CEDH portant sur les garanties procédurales pour les étrangers sous le coup d'une mesure d'éloignement..... | 11 |
| 4 | Permanence en matiÈre de mesures de contraintes | 11 |
| 4.1 | Mission et fonctionnement de la permanence | 11 |
| 4.2 | Avocats susceptibles d'intervenir | 11 |

| | | |
|----------|---|-----------|
| 4.3 | Lieu de l'intervention | 11 |
| 5 | Intervention de l'avocat de permanence | 11 |
| 5.1 | Prise de contact du TAPI avec l'avocat | 11 |
| 5.2 | Consultation du dossier | 12 |
| 5.3 | Entretien avec le contraint | 12 |
| 5.4 | Préparation de l'audience | 13 |
| 5.5 | Assistance d'un interprète | 13 |
| 5.6 | Déroulement de l'audience | 14 |
| 5.7 | Griefs | 14 |
| 5.7.1 | Le contrôle du délai de 96 heures | 14 |
| 5.7.2 | L'exécutabilité du renvoi | 15 |
| 5.7.3 | Le non-refoulement | 15 |
| 5.7.4 | La question de la langue de l'administré | 16 |
| 5.7.5 | La proportionnalité | 16 |
| 5.7.6 | Les éléments propres à l'art. 83 alinéa 1 <i>in fine</i> LEtr | 16 |
| 5.8 | Rémunération | 18 |
| 5.9 | Suite de la procédure et suivi du cas | 18 |
| 6 | Procédures Dublin | 19 |
| 6.1 | Présentation | 19 |
| 6.2 | Critères Dublin | 19 |
| 6.3 | Détention dans un cas Dublin | 20 |
| 6.4 | Procédure | 21 |
| 6.5 | Demande de mise en liberté | 22 |
| 6.6 | Check-list | 22 |
| 7 | Procédures écrites | 23 |
| 7.1 | Conditions à l'ouverture d'une procédure écrite | 24 |
| 7.1.1 | Cas de détention en vue du renvoi ou de l'expulsion au sens de l'art. 77 LEtr (art. 80 al. 2 LEtr) | 24 |

| | | |
|-------|---|----|
| 7.1.2 | Cas de renonciation, par l'autorité judiciaire et avec l'accord écrit du contraint, à la procédure orale (art. 80, al. 3 LEtr) | 24 |
| 7.1.3 | Cas de renvoi Dublin en application des articles 76a LEtr et suivants (art. 80a LEtr) | 25 |
| 7.2 | Spécificités des griefs en procédure écrite | 25 |

1 PREAMBULE

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 de l'homme. Des rapports sur les interventions de la CDH sont périodiquement publiés dans la Lettre du Conseil.
2. La CDH suit les **questions liées à l'asile et aux droits des étrangers** dans l'optique de renforcer le respect des droits fondamentaux des migrants tant dans le cadre des procédures d'asiles, que dans celui des mesures de contraintes pouvant être adoptées en vue d'exécuter un éventuel renvoi, notamment lorsque la procédure d'asile s'est terminée par une non entrée en matière ou un refus définitif.¹
3. Dans ce cadre, la CDH **promeut la formation des avocats** intervenants dans le Canton de Genève dans des cas de détention **afin de garantir le bon déroulement des permanences en matière de mesures de contrainte**. Pour ce faire, la CDH a rédigé le présent Vade mecum et organise régulièrement des événements sur ce thème.
4. Ce Vade mecum s'adresse principalement aux avocats inscrits à la permanence en matière de mesures de contrainte, 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 participe d'une volonté de systématiser et de rationaliser l'approche des problématiques rencontrées et de guider les praticiens dans un domaine du droit aux limites toujours dynamiques et en évolution constante.
6. Le présent Vade mecum rejoint la collection des Vade mecum publiés par l'Ordre des avocats de Genève².
7. 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.

¹ Pour plus d'information sur les activités de la CDH en matière de droit d'asile et droit des étrangers, voir ici : <https://www.odage.ch/commissions/droits-de-l-homme/asile>.

² Textes disponibles sur : <http://www.odage.ch/jeune-barreau/publications/Vade-mecum>.

2 LEXIQUE

| | |
|-----------------------|--|
| ACEDH | Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme |
| AJ | Assistance juridique |
| CACJ | Chambre administrative de la Cour de justice |
| CCT | Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 |
| 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 |
| Cst. | Constitution fédérale |
| 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 membres 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) |
| Règlement No 118/2014 | 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 |
| LAsi | Loi du 26 juin 1998 sur l'asile (RS 142.31) |
| LaLEtr | Loi d'application de la Loi sur les Etrangers (F 2 10) |
| LEtr | Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (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 |

3 REGLES APPLICABLES AUX MESURES DE CONTRAINTE

8. 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 de permanence pour offrir à l'intéressé la meilleure défense qui soit.
9. 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.
10. Ces conditions peuvent notamment avoir trait :
 - i) 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),
 - ii) aux personnes auxquelles elle est applicable (ex : l'art. 73 LEtr ne peut être applicable qu'à une personne dépourvue d'autorisation de courte durée, de séjour ou d'établissement) ;
 - iii) aux délais de saisine ;
 - iv) à la durée de la détention.
11. Il appartient à l'avocat de permanence d'examiner si la détention respecte scrupuleusement ces conditions et, cas échéant, de s'en prévaloir par devant le TAPI.

3.1 Droit cantonal

3.1.1 Articles 8 à 12 LaLEtr

12. **Art. 8 al. 4 LaLEtr** : exigences (délai, forme et motivation) auxquelles est soumise une **demande de prolongation de détention** en vue du renvoi ou de l'expulsion (art. 76 LEtr), pour insoumission (art. 78 LEtr) ou pour non collaboration à l'obtention des documents de voyage (art. 77 LEtr) adressée par l'OCPM au TAPI.
13. **Art. 9 LaLEtr** : **délais** auxquels est soumis le TAPI.
14. **Art. 10 LaLEtr** : **recours** à la CACJ. A ce propos, il appartiendra à l'avocat de permanence d'informer son client qu'il dispose, dès la notification du jugement du TAPI, d'un délai de **10 jours** pour recourir à la CACJ.

3.1.2 LPA

15. **Art. 19 et 20 LPA** : procédure est régie par la maxime d'office.

16. **Art. 42 et 44 LPA : droit d'être entendu** comprend notamment la participation à l'administration des preuves (art. 42 LPA) et la consultation du dossier (art. 44 LPA).
17. **Art. 57ss LPA** : règlent la procédure de recours.

3.2 Droit fédéral

3.2.1 LEtr

18. **L'art. 69 LEtr** : énumère les trois cas dans lesquels 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. Aussi est-il primordial que la légalité de cette décision soit analysée par l'avocat.
19. **L'art. 73 LEtr** : régit les **conditions de rétention**. Cette privation de liberté ne peut excéder **3 jours** (al. 2).
20. **L'art. 75 LEtr** : 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 LEtr, lorsque les infractions invoquées, y compris en relation avec les stupéfiants, apparaissent comme des cas bagatelles³. La jurisprudence administrative ne précise cependant pas ce qu'il faut entendre pas *cas bagatelles*. Le Code de procédure pénale (texte allemand) prévoit une définition du cas bagatelle à son art. 132 al. 3 qui peut être utilisée par analogie.
21. **L'art. 76 LEtr** : 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 alinéa 1^{er} lettre b, fonde la plupart des détentions qui occuperont l'avocat de permanence. Les griefs pouvant être soulevés dans pareils cas seront traités à la section 5.7.
22. **L'art. 76a LEtr** : régit les conditions de la **détention dans le cadre de la procédure Dublin**. Les griefs pouvant être soulevés dans pareils cas seront traités à la section 6. 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.
23. **L'art. 77 LEtr** : 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*.
24. **L'art. 78 LEtr** : régit les conditions de la détention pour insoumission.
25. **L'art. 79 LEtr** : régit les durées maximales de détention.
26. **L'art. 80 LEtr** : régit la procédure décisionnelle et l'examen de la détention. L'alinéa 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'intéressé⁴.

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

3.2.2 LAasi

28. Conformément à l'art. 6a LAasi, le SEM décide de l'octroi ou du refus de l'asile, ainsi que du renvoi d'un requérant 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.
29. 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 (LAasi) et/ou de renvoi (art. 83 LEtr).
30. La décision d'asile doit être reconsidérée, respectivement révisée, si des pièces nouvelles ou des faits nouveaux permettent de démontrer que :
- i) **l'intéressé est exposé, 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 sa appartenance à un groupe social déterminé ou de ses opinions politiques** (art. 3 al. 1 LAasi). 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 (art. 3 al. 2 LAasi) ; ou
 - ii) **le renvoi n'est pas possible, n'est pas licite ou ne peut être raisonnablement exigé** (art. 83 al. 1 LEtr). 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 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 dans un Etat où il risque d'être exposé 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)⁵.

³ TF 2C_293/2012.

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

⁵ ACEDH *M.S.S c. Belgique et Grèce*, du 21 janvier 2011.

3.3 Droit international

3.3.1 Règlement Dublin III

31. **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.
32. **Inapplicabilité de l'art. 76 al. 3 lit. b LETr** : Le Règlement Dublin III énonce de manière exhaustive les motifs de privation de liberté. Or l'art. 76a al. 3 lit. b LETr 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° 1560/2003⁶. 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 appliquée⁷.
33. **Inapplicabilité de l'art. 76 al. 4 LETr** : A l'instar de l'art. 76 al. 3 lit. b LETr, cette disposition prévoit un motif de détention que le traité n'énonce pas, et par conséquent qu'il exclut. Dès lors, l'art. 76 al. 4 LETr est contraire aux engagements internationaux de la Suisse et ne peut être appliqué⁸.

3.3.2 Pacte ONU II

34. **Art. 9 Pacte ONU II** : interdiction de la détention arbitraire.
35. **Art. 13 Pacte ONU II** : accès à la justice de l'étranger contre sa décision d'expulsion.

3.3.3 CEDH

36. **Art. 5 CEDH** : droit à la liberté et à la sûreté.
37. **Art. 6 CEDH** : droit à un procès équitable.
38. **Art. 13 CEDH** : droit à un recours effectif devant un tribunal.
39. **Art. 14 CEDH** : interdiction de toute forme de discrimination.
40. Voir notamment ACEDH A.A. *c/ Grèce*, du 22 juillet 2010.

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

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

⁶ 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.

⁷ ATF 139 I 16, consid. 5.1.

⁸ ATF 139 I 16, consid. 5.1. OSAR, *La détention administrative dans le cadre des procédures Dublin*, 1^{er} octobre 2015, p. 6.

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

42. Voir notamment ACEDH *Kaushal et autres c. Bulgarie*, Arrêt du 2 septembre 2010 et ACEDH *Geleri c. Roumanie*, Arrêt du 15 février 2011.

4 PERMANENCE EN MATIERE DE MESURES DE CONTRAINTES

4.1 Mission et fonctionnement de la permanence

43. La permanence a pour mission d'assurer à chaque administré 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, l'assistance d'un avocat au cours de l'audience.

4.2 Avocats susceptibles d'intervenir

44. Les avocats présents sur la liste de la permanence, tenue par le Greffe du TAPI et diffusée à tous les avocats qui se sont annoncés, 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 de se rendre disponible aux dates prévues. En cas d'empêchement, l'avocat doit impérativement pourvoir à son remplacement et en informer le TAPI.

4.3 Lieu de l'intervention

45. 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 doit se présenter au Tribunal **treinte minutes avant l'audience** pour qu'il puisse s'entretenir avec la ou les personnes faisant l'objet de l'OMD (cf. *infra* section 5.3).
46. Le Tribunal faisant preuve d'une certaine flexibilité dans le cadre de la fixation de ces audiences, l'avocat ne doit pas hésiter à contacter le greffe en cas de problème.

5 INTERVENTION DE L'AVOCAT DE PERMANENCE

5.1 Prise de contact du TAPI avec l'avocat

47. La Police, respectivement l'OCPM, soumet au TAPI les ordres de mise en détention, respectivement les demandes de prolongation de la détention. Le TAPI dispose de **96 heures** pour statuer et peut contacter téléphoniquement, dès la réception des actes, l'avocat de permanence pour s'assurer de sa présence.
48. L'avocat doit ainsi être paré à l'éventualité de recevoir le dossier plusieurs jours avant celui de sa permanence, comme à celle de ne le recevoir qu'en dernière minute.

49. Dans la pratique, l'ordre de mise en détention est parfois transmis directement par la Police à l'avocat de permanence par télécopie. Il est important de préciser que le dossier est souvent transmis par le commissaire de Police 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 et de fournir ses coordonnées éventuellement à la Police afin que les pièces puissent également être fournies par la Police à l'avocat de permanence par courrier électronique.
50. Il n'est toutefois pas impossible que, du fait des circonstances, l'avocat soit nommé, reçoive le dossier, s'entretienne avec le client et plaide ou fasse des observations écrites dans la même journée. Il convient donc d'**être entièrement disponible le jour de la permanence** ainsi qu'en grande partie la veille, voire parfois, pour les procédures écrites, le lendemain.

5.2 Consultation du dossier

51. Le dossier complet est à la disposition de l'avocat de permanence au greffe du TAPI immédiatement. Dans la pratique, le TAPI fait parvenir à l'avocat une copie du dossier par voie électronique. Il est important de vérifier que le dossier ainsi transmis soit complet et ne pas hésiter à s'adresser au greffe du TAPI si tel n'est pas le cas.
52. De manière générale, et du fait des brefs délais légaux 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'OMD, sans autre pièce. Dans un tel cas, il appartient à l'avocat de permanence d'être proactif et de demander au plus vite les autres pièces du dossier et, le cas échéant une suspension de l'audience.
53. 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 6 CEDH.

5.3 Entretien avec le contraint

54. Le TAPI demande à l'avocat de permanence de se présenter au Tribunal trente minutes avant l'audience pour qu'il puisse s'entretenir avec les personnes faisant l'objet de l'OMD.
55. L'ensemble des entretiens est de **trente minutes**, y compris le temps de transfert des détenus, quel que soit le nombre de personnes concernées. Si les cas de cinq personnes sont évoqués à l'audience, l'avocat ne disposera en conséquence au mieux que de cinq minutes d'entretien par personne, ce qui est nettement insuffisant à établir une relation de confiance, se faire comprendre et recueillir les éléments utiles, en particulier lorsqu'une traduction est nécessaire.

56. Dès réception du dossier l'avocat de permanence est donc vivement invité, à **rencontrer le client à Frambois ou à Favra**. A cet égard l'AJ est susceptible de couvrir l'entretien préalable de l'avocat de permanence avec son client, pour peu que la demande soit suffisamment motivée (i.e. nécessité d'un entretien dépassant la demi-heure octroyée le jour même de l'audience).
57. Il est possible (et **indispensable** en l'absence de visite à Favra ou Frambois) de contacter les personnes par téléphone.
- i) Pour Favra, il convient d'organiser un entretien téléphonique avec le greffe de l'établissement au 022 546 84 00.
 - ii) 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. Il s'agit là de cabines téléphoniques publiques sises dans l'espace commun du centre de détention. N'importe quel détenu présent à ce moment-là décrochera et il vous faudra demander de parler à la bonne personne. Il incombe d'être particulièrement attentif à cet égard aux problématiques de secret professionnel que cela peut soulever.

5.4 Préparation de l'audience

58. Les pièces médicales des personnes atteintes dans leur santé ne figurent pas au dossier et sont difficiles à obtenir, alors qu'elles peuvent avoir une importance cruciale dans le traitement du cas. Il convient de relever que la Cour EDH a eu l'occasion de juger que l'exécution d'une mesure d'expulsion d'un malade du sida en phase terminale vers Saint-Kitts violait l'art. 3 CEDH⁹ mais pas le renvoi en Algérie d'un requérant, porteur de l'hépatite C. Dans ce cas, bien que consciente que la maladie du requérant était sérieuse, la Cour a estimé qu'il n'existait pas de risque suffisamment réel pour que son renvoi en Algérie soit contraire à l'article 3 CEDH¹⁰. La question doit donc s'apprécier de cas en cas.
59. Dans l'hypothèse où le client souhaite faire entendre des témoins à l'audience devant le TAPI, il ne faut pas hésiter à venir avec ces personnes à l'audience. On rappelle ici que la maxime d'office est applicable en la matière (art. 19 LPA).

5.5 Assistance d'un interprète

60. L'administré jouira en principe et en tant que de besoin, de l'assistance d'un interprète à l'audience. Par contre, il appartient à l'avocat de trouver les interprètes dont il a besoin et d'en faire l'avance de frais en cas de visites à Frambois ou Favra avant l'audience de jugement. Il faut également rappeler qu'il n'y a pas d'interprètes à Frambois ou Favra.

⁹ Arrêt *D. c. Royaume-Uni* du 2 mai 1997.

¹⁰ Arrêt *Aoulmi c. France* du 17 janvier 2006.

5.6 Dérroulement de l'audience

61. L'audience est publique et des observateurs de la section genevoise de la Ligue Suisse des Droits de l'Homme sont souvent présents.
62. Durant l'audience, l'avocat doit être proactif et ne doit pas hésiter à poser des questions tant à son client qu'au représentant du commissaire de Police ou de l'OCPM, 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 minimum nécessaire pour exécuter le renvoi.

5.7 Griefs

63. Ce chapitre n'a bien sûr pas la prétention de couvrir l'ensemble des arguments de faits et de droit invocables à l'appui de la défense devant le TAPI, l'expérience a néanmoins démontré que certains éléments centraux méritaient d'être examinés à chaque fois. Il doit être précisé que la jurisprudence de la Chambre administrative de la Cour de justice est publiée.
64. L'unique enjeu de l'audience est **d'apprécier la légalité et l'adéquation de la détention**. Il s'agit de voir si une privation de liberté, qui reste l'*ultima ratio*, se justifie afin d'assurer le départ effectif de l'étranger.
65. Dans ce cadre, l'on a vu ci-dessus que des arguments tirés de la CEDH pourraient également être utilement invoqués, selon les cas.

5.7.1 Le contrôle du délai de 96 heures

66. 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 LEtr). A noter que le délai de 96 heures se calcule à partir de l'instant où l'administré a été « *appréhendé et retenu* »¹¹ et non pas au moment où l'ordre de mise en détention est émis.
67. La violation d'une disposition de procédure essentielle à la protection des droits de l'administré conduit à la levée de la détention sauf si des éléments suffisants montrent que l'intéressé peut présenter un danger important pour la sécurité et l'ordre public¹².
68. Le délai prévu pour l'examen de la légalité et de l'adéquation de la mise en détention est une disposition procédurale essentielle¹³.

¹¹ Arrêt *E.A. c. Zürich* du 20 novembre 1996 et *M. c. Zürich* du 4 octobre 1996 notamment.

¹² ATF 122 II 154.

¹³ *Idem.*

5.7.2 L'exécutabilité du renvoi

69. Selon l'art. 80 al. 6 lit. a LEtr, la détention doit être levée notamment lorsque l'exécution du renvoi ou de l'expulsion est impossible pour des raisons juridiques ou matérielles.
70. Parmi les éléments entraînant une impossibilité de renvoi, l'on mentionnera notamment :
- i) L'impossibilité définitive d'établir l'identité de l'administré ;
 - ii) L'absence de papiers d'identités ou laissez-passer idoines ;
 - iii) Des problèmes sanitaires dans le pays de destination mettant la santé ou la vie de l'administré en péril (p. ex. Ebola) à condition que cela soit reconnu officiellement par les autorités (consulter les pages du SEM et du DFAE pour les pays en question) ;
 - iv) L'absence de vols spéciaux dans le cas d'un administré refusant de collaborer¹⁴ ;
 - v) L'absence d'accord de réadmission avec l'Etat de destination.

5.7.3 Le non-refoulement

71. Le principe de non-refoulement est déduit des art. 5 LASI ; 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 (CCT; RS 0.105), 3 CEDH et 33 de la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés).
72. 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, par le renvoi, à un danger pour sa vie ou son intégrité corporelle¹⁵ (p. ex. cas d'un opposant politique connu au régime en place).
73. A noter que cela concerne également un renvoi qui s'effectuerait dans un pays où le système de santé ne pourrait assurer une prise en charge adéquate d'un administré gravement atteint dans sa santé¹⁶.
74. Pour établir la situation dans le pays concerné, il est essentiel de consulter et produire au Tribunal des rapports topiques tels que ceux publiés par Amnesty International, Human Rights Watch, Médecins Sans Frontières, l'Organisation Suisse d'Aide aux Réfugiés (OSAR) ainsi que le Département fédéral des affaires étrangères.

¹⁴ Arrêt du 2C_473/2010 du 25 juin 2010.

¹⁵ Arrêt du 2C_935/2011 du 7 décembre 2011 ; pour les cas Dublin, cf. ACEDH, *M.S.S. c/ Belgique et Grèce*, requête n° 30696/09, 21 janvier 2011.

¹⁶ Arrêt du 6A.45/2006 du 11 juillet 2006.

5.7.4 La question de la langue de l'administré

75. L'art. 64f LEtr prévoit que la décision de renvoi soit, sur demande, traduite à l'administré dans une langue qu'il comprend. Une telle disposition n'existe pas en ce qui concerne la détention mais il paraît douteux, compte tenu de l'art. 6 CEDH, qu'une détention administrative puisse être prononcée valablement si l'administré n'a pas compris la décision prononcée à son encontre.

5.7.5 La proportionnalité

76. La durée de la détention, envisagée dans son ensemble, doit apparaître proportionnée¹⁷. Or, trop de détentions sont prolongées de trois mois quasiment d'office alors qu'un vol peut être organisé dans des délais nettement plus courts.
77. 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.
78. 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 contraint ne devrait pas prendre le vol déjà organisé. Il convient de s'y opposer formellement, car l'existence d'un doute quant à savoir si le contraint accepte ou non de prendre le vol déjà organisé ne saurait justifier des prolongations des durées de la détention administrative.
79. A noter que 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 du critère de la proportionnalité¹⁸.

5.7.6 Les éléments propres à l'art. 83 al. 1 *in fine* LEtr

80. Il s'agit là d'une des rares portes d'entrée permettant à l'avocat 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.

5.7.7 Les condamnations pénales

81. Dans l'hypothèse où la détention se fonde sur la commission d'une infraction pénale (art. 75 al. 1 let. h LEtr), la preuve dudit crime doit figurer au dossier en la forme d'un extrait de casier judiciaire ou d'une copie du jugement pénal définitif. La seule mention de l'existence d'un tel crime dans l'OMD ne suffit pas.

¹⁷ ATF 133 II 97 ; 130 II 56.

¹⁸ ATF 135 II 105 consid. 2.2.2.

82. Il faut également mentionner le fait que l'article 75 al. 1 let. g LEtr ne trouve application qu'en cas d'infractions d'une certaine gravité, soit en particulier celles contre l'intégrité corporelle ou sexuelle avec contrainte ainsi que les infractions à la LStup si elles concernent les drogues dures¹⁹.
83. Les infractions qui apparaissent comme des cas bagatelles ne suffisent pas à fonder une détention administrative²⁰. Il faut un pronostic défavorable pour l'avenir, pronostic pouvant faire défaut même dans un cas de trafic de drogues dures²¹.

5.7.8 La notification de la décision de renvoi

84. L'application de l'art. 76 LEtr en tant que motif de détention administrative implique que la personne concernée se soit vu **notifier** la décision de renvoi ou d'expulsion.
85. La preuve de dite notification au sens des art. 46 et 47 LPA doit également être établie et une simple allégation figurant dans l'OMD ne suffit pas.

5.7.9 Jurisprudences utiles

86. Le seul fait de ne pas quitter le pays dans le délai imparti n'est pas suffisant à admettre un motif de détention au sens des art. 76 al.1 lit. b ch. 3 et 4 LEtr²², le juge devant établir un pronostic en déterminant s'il peut être retenu que la personne se prêtera à son concours à son renvoi le moment venu²³.
87. Dans le cas d'une détention pour insoumission fondée sur l'art. 78 LEtr, la seule probabilité que le détenu, sur la base de l'art. 78 LEtr, continue à refuser de collaborer *ne suffit pas* à prolonger ladite détention²⁴.
88. La détention étant l'*ultima ratio*, il est essentiel d'examiner les alternatives existantes. A cet égard, la jurisprudence a retenu que l'interdiction de périmètre de l'art. 74 LEtr pouvait entrer en ligne de compte²⁵.
89. 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 médicalement²⁶.
90. La détention au motif d'une menace sérieuse au sens de l'art. 75 al. 1 let. g LEtr Comme la loi exige un comportement répréhensible d'une certaine intensité. Les

¹⁹ Arrêt du TF 2C_293/2012 du 18 avril 2012.

²⁰ Arrêt du TF 2C_293/2012 du 18 avril 2012 et Arrêt du TF 2A.35/2000 du 10 février 2000.

²¹ ACJC A/1521/2016 du 2 juin 2016.

²² Arrêt du TF 2C_142/2013 du 1^{er} mars 2013, consid 4.2.

²³ Arrêt du TF 2C_935/2011 du 7 décembre 2011, consid. 3.3.

²⁴ ATF 135 II 105 consid. 2.2.1 p. 106.

²⁵ ATF 142 II 1 = TF 2C_383/2015 du 22 novembre 2015.

²⁶ Arrêt du 2C_974/2013 du 11 novembre 2013.

infractions, y compris en relation avec les stupéfiants, qui apparaissent comme des cas bagatelles ne suffisent pas²⁷.

91. Il faut en outre faire un pronostic pour déterminer si, sur la base des circonstances connues et concrètes, il existe un risque sérieux que d'autres mises en danger graves se reproduisent²⁸.
92. Une nouvelle mise en détention de l'intéressé dans le cadre de la même procédure n'est possible que lorsqu'existe un changement déterminant de circonstances²⁹.

5.8 Rémunération

93. Le TAPI nomme l'avocat d'office pour la procédure, mais réserve l'octroi de l'AJ (art. 12 al. 2 et 3 LaLEtr). Il est donc possible, dès la réception du dossier de requérir l'octroi de l'AJ auprès du Greffe AJ (art. 10 LPA et 13 RAJ). La pratique du Greffe de l'AJ consiste toutefois à indemniser l'avocat sur la base de la nomination d'office délivrée par le TAPI et du relevé de l'état de frais produit.
94. Cette pratique pragmatique permet un gain de temps intéressant tant pour le Greffe de l'AJ qui n'a pas à délivrer une nomination d'office complémentaire à celle du TAPI et pour l'avocat qui n'a pas à la requérir.
95. Dans la pratique, la couverture de l'AJ est très souvent limitée à un **forfait de deux heures** par personnes, dans les cas où l'avocat est nommé, reçoit le dossier, s'entretient avec le client et plaide ou fait des observations dans la même journée. Aucun suivi du dossier n'est couvert.
96. Dans les cas où l'avocat aura reçu le dossier à l'avance, aura pu en faire une analyse plus pointue et préparer plus adéquatement l'audience (cf. *supra* section 5.4), il sera statué sur base du relevé de l'activité développée et de l'état de frais.
97. Les décisions de l'AJ limitent ainsi la couverture de l'activité – ordinairement à une durée variant entre deux heures et demie et cinq heures, en application de l'art. 16 al. 2 RAJ. Les courriers et téléphones étant inclus dans cette période.
98. Il appartient donc à l'avocat de motiver et justifier le temps consacré à la cause en fonction de la complexité du cas sur la base de l'art. 16 al. 2 RAJ.

5.9 Suite de la procédure et suivi du cas

99. Lorsqu'une prolongation de détention est nécessaire, l'avocat qui était intervenu la première fois et l'avocat de permanence sont prévenus. Si le premier est disponible, il garde le dossier, qui sinon passe à l'avocat de permanence.

²⁷ Arrêt du 2C_293/2012 du 18 avril 2012.

²⁸ Arrêt du 2C_293/2012 du 18 avril 2012.

²⁹ Arrêt du 2C_381/2016 du 23 mai 2016.

100. Le **délai de recours de dix jours** permet difficilement de rassembler suffisamment d'éléments pour exercer efficacement cette voie de recours, ce qui pose la problématique de l'existence d'un recours effectif au sens de l'art. 13 CEDH.
101. A cet égard, il est toujours possible de requérir l'autorisation de déposer un mémoire complémentaire au sens de l'art. 65 al. 4 LPA.
102. Déontologie oblige, l'intervention de l'avocat ne s'arrête pas avec le prononcé du verdict par le TAPI. Il est essentiel que la question d'un recours éventuel soit abordée avec la personne concernée. Bien que le recours proprement dit sorte du cadre de la permanence, l'avocat nommé d'office pour dite permanence doit être prêt à préparer et déposer un tel recours cas échéant ou à tout le moins rediriger la personne vers un Confrère disposé à s'en occuper.

6 PROCEDURES DUBLIN

6.1 Présentation

103. Les avocats de permanence ont également pour **mission d'assurer la défense des « cas Dublin »**, nommés d'après le Règlement Dublin III³⁰, lequel est complété par le Règlement No 118/2014.
104. 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), détermine l'Etat partie compétent pour traiter d'une demande d'asile et précise les critères d'une telle compétence.
105. Cette analyse se fait antérieurement à la procédure de la permanence des mesures de contraintes puisqu'elle concerne l'octroi ou non de l'asile par la Suisse³¹.

6.2 Critères Dublin

106. Les critères principaux sont, par ordre hiérarchique d'importance (art. 7 du Règlement Dublin III) :
 - i) **L'unité familiale** : dans la mesure où les demandeurs 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 mineurs non accompagnés 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 mineurs non-mariés et aux parents ou un autre adulte responsable de l'enfant mineur non-marié (art. 2 lit. g du Règlement Dublin III). L'art. 11 du Règlement Dublin III étend la protection de l'unité familiale aux

³⁰ JO L 180/31 du 29.6.2013.

³¹ L'analyse complète des conditions d'application du Règlement Dublin III sort largement du cadre de la présente contribution.

frères ou sœurs, mineurs, non-mariés, à condition que leurs demandes d'asile soient déposées simultanément ou dans un faible laps de temps ;

- ii) **Le lieu de résidence légale** : dans la mesure où les demandeurs 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) ;
- 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 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 ;
- iv) **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).

107. 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 migrantes³² (art. 3 para. 2 al. 2 du Règlement Dublin III), en application de la **clause humanitaire**³³ ou par pur exercice de son pouvoir discrétionnaire (art 17 du Règlement Dublin III).

108. Attention, ces critères peuvent évoluer, un Etat initialement tenu pour responsable peut ne plus l'être en raison d'une modification des circonstances.

109. 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 de la demande d'asile d'une personne et que l'Etat membre en question accepte cette compétence, fût-ce tacitement, (cf. art. 22 du Règlement Dublin III), la personne en question devient un « cas Dublin » et sera transférée vers l'Etat responsable. Il convient de préciser que dans bon nombre de cas Dublin, le pays saisi ne répond pas, ce qui est alors considéré comme un accord tacite par les autorités suisses.

6.3 Détention dans un cas Dublin

110. La décision par laquelle la Suisse considère qu'un autre Etat membre est responsable de la prise en charge de la personne concernée ne signifie pas encore qu'elle doive être mise en détention³⁴. Encore faut-il que les conditions de l'art. 76a al.1 LEtr soient remplies.

³² CJUE, Arrêt du 21 décembre 2011, C-411/10 et C-493/10 par exemple.

³³ CJUE, Arrêt du 6 novembre 2012, C-245/11.

³⁴ Arrêt du 2C_207/2016 du 2 mai 2016.

111. La détention ne peut être ordonnée que si les **critères cumulatifs** suivants sont présents (art. 76a al. 1 LEtr) :
- i) des éléments concrets font craindre que l'étranger concerné n'entende se soustraire au renvoi ;
 - ii) la détention est proportionnée ; et
 - iii) d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être appliquées de manière efficace.
112. Les deux derniers critères rejoignent ceux de la détention administrative ordinaire et la proportionnalité au sens large (cf. *supra* section 5.7.5).
113. S'agissant du premier critère, il renvoie à l'art. 76a al. 2 LEtr, 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 (avoir été condamné pour un crime par exemple), d'autres sont beaucoup plus flous³⁵.

6.4 Procédure

114. La procédure régissant les mesures de contraintes dans les cas Dublin figure à l'article 80a LEtr.
115. S'agissant de la **compétence**, deux cas de figurent s'appliquent alors :
- i) les détentions prononcées par le SEM, compétent pour les personnes séjournant dans un centre d'enregistrement ou un centre spécifique (cas qui ne concernent pas la permanence des mesures de contraintes) ; et
 - ii) les détentions prononcées par les cantons, soit à Genève par les commissaires de Police³⁶.
116. Contrairement à ce qui prévaut dans les cas ordinaire, 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 LEtr ne s'applique pas. La demande doit en revanche être traitée **dans les huit jours** (art. 80a al. 4 LEtr).
117. La durée maximale de la détention oscille entre cinq et sept semaines en fonction des cas listés à l'art. 76a al. 3 LEtr. Cette durée ne peut pas être prolongée. En revanche, une nouvelle détention fondée sur l'art. 76a al. 4 LEtr 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.

³⁵ Ex : Art. 75a al. 2 lit b LEtr : « son comportement en Suisse ou à l'étranger permet de conclure qu'il refuse d'obtempérer aux instructions des autorités ».

³⁶ Arrêt de la Cour de justice ATA 1289/2015 du 3 décembre 2015.

6.5 Demande de mise en liberté

118. Dans le cadre de l'examen de la demande de mise en liberté (qui est le seul cas permettant un examen de la détention des cas Dublin), celle-ci doit être admise si :
- i) 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 LEtr) ;
 - ii) 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 et le lecteur est prié de se référer au chapitre y relatif) (art. 80a al. 7 lit. a LEtr);
 - iii) 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 LEtr);
 - iv) l'un des critères de l'art. 76 al. 1 fait défaut.
119. L'art. 80a al. 8 LEtr 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 de renvoi ou d'expulsion *stricto sensu* au sens de l'art. 80a al. 7 lit. a LEtr en raison d'un regroupement familial, les liens familiaux doivent malgré tout peser particulièrement à l'heure de décider du maintien en détention.
120. Les conditions d'exécution de la détention doivent également être prises en compte, l'art. 80a LEtr renvoyant sur ce point à l'art. 81 LEtr³⁷.

6.6 Check-list

121. En sus des griefs applicables à la procédure ordinaire, le plaideur confronté à une détention fondée sur un cas Dublin doit en particulier veiller à :
- i) 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. Attention à la question de la notification de la décision ainsi qu'aux critères évoqués ci-dessus et leur caractère évolutif.
 - ii) au respect des délais de l'art. 80a al. 4 LEtr (demande de mise en liberté traitée dans les huit jours) ;
 - iii) au respect des durées de détention de l'article 76a al. 3 à 5 ;

³⁷ 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 la Commission des droits de l'homme à l'adresse suivante :

https://www.odage.ch/medias/commissions/documents/Droits%20de%20l'Homme/Vade_mecum_Conditions_d%C3%A9tention_et_mauvais_traitements.pdf.

- iv) aux conditions de détention et présenter, cas échéant, ce grief au Tribunal (art. 80a al 8 LEtr et 81 LEtr) ;
- v) établir la situation familiale de la personne concernée (art. 80a al. 8 LEtr) et déterminer en particulier si elle a de la famille en Suisse ;
- vi) établir l'âge de la personne concernée, la détention d'une personne de moins de 15 ans étant exclue (art. 80a al. 5 LEtr) et les mineurs bénéficiant de droits particuliers (art. 80a al. 6 LEtr) ;
- vii) déterminer si réellement l'un des critères de la liste figurant à l'art. 76a al. 2 LEtr est réalisé³⁸ ;
- viii) déterminer si la personne concernée a accompli des démarches pour quitter la Suisse (art. 76a al. 1 lit a) ;
- ix) déterminer s'il a refusé précédemment d'obtempérer à son renvoi (art. 76a al. 1 LEtr) ;
- x) déterminer si une assignation à territoire ou d'autres mesures telles 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 LEtr) ;
- xi) déterminer si le pays de renvoi connaît une défaillance systémique qui s'opposerait au refoulement³⁹.
- xii) 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.
- xiii) **vérifier que le délai d'un** mois après le dépôt de la demande d'asile est respecté (art. 28 § 3 al. 3 Dublin III), une détention Dublin en phase préparatoire ne pouvant être ordonnée au-delà.
- xiv) vérifier que la détention n'est pas fondée sur les art. 76 al. 3 lit. b ou 76 al. 4 LEtr, motifs de détention non-prévus par le traité⁴⁰.

7 PROCEDURES ECRITES

122. L'avocat intervenant dans le cadre d'une permanence par devant le TAPI peut être confronté à une procédure écrite. Il importera donc de s'assurer que les conditions pour l'ouverture d'une telle procédure sont réunies dans trois situations distinctes

³⁸ Cf. notamment Arrêt du TF 2C_207/2016 du 2 mai 2016

³⁹ 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.

⁴⁰ ATF 139 I 16, consid. 5.1. OSAR, *La détention administrative dans le cadre des procédures Dublin*, 1^{er} octobre 2015, p. 6.

(cf. *infra* sections 7.1.1, 7.1.2 et 7.1.3) et de faire valoir les griefs précédemment exposés (cf. *supra* section 5.7) en tenant compte des spécificités de la procédure écrite.

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

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

123. Il conviendra ici de s'assurer que les trois conditions cumulatives énoncées à l'art. 77 al. 1^{er} LETr sont réunies.
124. 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 encore et opportun, de recourir contre cette décision en demandant une 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.
125. Pour le surplus, il conviendra de faire valoir, autant qu'il est raisonnablement possible, l'aide qu'a pu apporter le justiciable dans les démarches en vue de l'obtention des documents de voyage ou les motifs pour lesquels il a été empêché de le faire, ainsi les motifs pour lesquels il aurait été empêché de quitter la Suisse dans le délai impart.
126. La durée de cette détention **ne saurait excéder 60 jours** (art. 77 al. 2 LETr) et le prononcé de la détention entraîne l'obligation pour les autorités d'entreprendre sans tarder les démarches nécessaires à l'exécution du renvoi ou de l'expulsion.
127. Il est dès lors opportun de conclure à une détention pour une durée de la détention limitée à une période qui apparaît utile à cette fin, le prononcé systématique de durées de détention de 60 jours étant contraire au principe de proportionnalité.

7.1.2 Cas de renonciation, par l'autorité judiciaire et avec l'accord écrit du contraint, à la procédure orale (art. 80, al. 3 LETr)

128. Aux conditions de l'art. 80 al. 3 LETr, il peut être renoncé à la procédure orale en faveur d'une procédure écrite.
129. Le justiciable doit pour cela avoir donné son consentement écrit. Assurez-vous auprès de votre mandant qu'il a bien compris et consenti à cette procédure. Assurez-vous également que les éléments attestant des démarches nécessaires pour le renvoi sous huitaine sont au dossier ; soit le billet d'avion déjà réservé, soit – à tout le moins – qu'il existe des garanties sérieuses que les démarches auprès de swissREPAT sont sur le point d'aboutir.

7.1.3 Cas de renvoi Dublin en application des articles 76a LEtr et suivants (art. 80a LEtr)

130. Il est renvoyé de manière générale à la section 6.4.
131. Le contrôle de la mise en détention en vue d'un renvoi Dublin n'est pas automatique. Il faut en effet que le détenu l'ait expressément demandée (art. 80a, alinéa 3 LEtr). Il faudra alors s'assurer de l'existence d'une décision de renvoi rendue en l'application de l'article 64a LEtr et de la conformité de la détention aux conditions de l'art. 76a LEtr.
132. 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 concerné n'entende se soustraire au renvoi (art. 76a, al. 1^{er} lit. a LEtr). L'alinéa 2 de cette disposition énumère des motifs permettant à l'autorité de fonder une telle crainte.

7.2 Spécificités des griefs en procédure écrite

133. La difficulté particulière de la procédure écrite est, qu'en l'absence d'audience, aucun parler n'aura lieu. Il incombe par conséquent à l'avocat de contacter la personne pour s'assurer qu'elle a compris les enjeux de la procédure écrite.
134. 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 détenu quant à son départ et surtout, dans l'hypothèse de l'art. 80 al. 3 LEtr, de l'effectivité de son accord avec le déroulement d'une procédure écrite.
135. Vu l'obligation d'un renvoi effectué sous huitaine dans le cadre d'une procédure écrite au sens de l'art. 80 al. 3 LEtr, il appartient également à l'avocat 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.
136. D'une manière générale le TAPI ordonne au commissaire de Police de l'informer, et lui fixe un délai pour ce faire, de l'éventuelle impossibilité d'exécuter le renvoi dans les 8 jours, afin que le délai de 12 jours soit respecté.

* * *