

9 MESURES DE CONTRAINTE PRÉVUES DANS LE DROIT DES ÉTRANGERS

Table des matières

9.1	Introduction.....	2
9.1.1	Conditions et principes	2
9.1.2	Nouvelle organisation judiciaire cantonale	3
9.2	Expulsion au titre de l'art. 69 LEtr.....	3
9.3	Reprise de la directive sur le retour de la CE (modification LEtr).....	4
9.3.1	Droit transitoire	5
9.4	Rétention au titre de l'art. 73 LEtr	5
9.5	Assignation d'un lieu de résidence et interdiction de pénétrer dans une région déterminée au titre de l'art. 74 LEtr	6
9.6	Détention en phase préparatoire au titre de l'art. 75 LEtr	7
9.6.1	Détention en phase préparatoire Dublin au titre de l'art. 75, al. 1bis, LEtr.....	8
9.7	Détention en vue du renvoi ou de l'expulsion au titre de l'art. 76 LEtr....	8
9.7.1	Motifs de détention Dublin au titre de l'art. 76, al. 1, let. b, ch. 1 et 6, LEtr.....	9
9.8	Détention en vue du renvoi ou de l'expulsion en cas de non-collaboration à l'obtention des documents de voyage au titre de l'art. 77 LEtr	10
9.9	Détention pour insoumission au titre de l'art. 78 LEtr	10
9.10	Durée maximale de détention au titre de l'art. 79 LEtr	12
9.11	Conditions de détention au titre de l'art. 81 LEtr	13
	Aperçu des mesures de contrainte	15



9.1 Introduction

La LEtr prévoit les mesures de contrainte ci-après :

- la rétention au titre de l'art. 73 LEtr
- l'assignation d'un lieu de résidence et l'interdiction de pénétrer dans une région déterminée au titre de l'art. 74 LEtr
- la détention en phase préparatoire au titre de l'art. 75 LEtr
- la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion au titre de l'art. 76 LEtr
- la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion en cas de non-collaboration à l'obtention des documents de voyage au titre de l'art. 77 LEtr
- la détention pour insoumission au titre de l'art. 78 LEtr

En droit des étrangers, la détention en phase préparatoire, la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion et la détention pour insoumission sont regroupées sous le terme de « détention administrative ». La détention en phase préparatoire doit permettre d'assurer l'exécution d'une procédure de renvoi. La détention en vue du renvoi ou de l'expulsion vise quant à elle à garantir l'exécution d'une décision de renvoi qui a déjà été rendue, au moins en première instance, mais n'est pas encore entrée en force. Enfin, la détention pour insoumission a pour objectif d'inciter la personne tenue de quitter la Suisse à changer de comportement lorsque l'exécution de son renvoi ou de son expulsion semble, à l'échéance du délai de départ, ne pas (ou ne plus) être possible sans sa coopération, et ce, malgré les efforts déployés par les autorités (ATF 135 II 105).

9.1.1 Conditions et principes

Conformément à l'art. 5, ch. 1, let. f, de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), la détention administrative relevant du droit des étrangers ne peut être ordonnée à l'encontre d'un étranger séjournant déjà dans le pays que s'il fait l'objet d'une « procédure d'expulsion » (procédure de renvoi ou d'expulsion selon la terminologie suisse) en cours. En pratique, cela suppose que la détention vise un éloignement possible et licite de l'étranger. Lorsqu'il est établi que l'éloignement est impossible ou illicite, le but de la détention ne peut être atteint et cette dernière ne doit alors pas être ordonnée. Que la procédure d'éloignement soit close sur le plan formel ou qu'une décision de renvoi ait été rendue ne joue aucun rôle. Seul importe que l'exécution à court terme d'une éventuelle décision d'éloignement soit suffisamment vraisemblable sur le plan matériel (ATF 127 II 168, consid. 2b avec renvois).

Enfin, les règles générales de procédures, notamment le principe de la proportionnalité, doivent être respectées. Cf. à ce sujet la directive 1, chapitre 1.1.



9.1.2 Nouvelle organisation judiciaire cantonale

Le délai transitoire de deux ans étant arrivé à son terme le 31 décembre 2008, les cantons ont dû adapter dès le 1^{er} janvier 2009 leur organisation judiciaire dans le domaine d'application des recours en matière de droit public aux exigences prescrites par la loi sur le Tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110). Ces adaptations concernent également la procédure de contrôle des détentions relevant du droit des étrangers. Les cantons doivent notamment, en vertu de l'art. 86, al. 2, LTF, instituer un tribunal supérieur comme autorité cantonale de dernière instance. Par tribunal cantonal supérieur, le Tribunal fédéral entend, dans le domaine d'application des recours en matière de droit public, le tribunal administratif cantonal. D'autres autorités judiciaires peuvent être considérées comme tribunal cantonal supérieur à condition de n'être hiérarchiquement subordonnées à aucun autre tribunal et d'être compétentes sur l'ensemble du canton.

9.2 Renvoi ou expulsion au titre de l'art. 69 LEtr

Le renvoi ou l'expulsion au titre de l'art. 69, al. 1, LEtr est une mesure d'exécution. L'autorité compétente renvoie ou expulse les étrangers dans les cas suivants :

- a. ils ne respectent pas le délai de départ qui leur a été imparti;
- b. la mesure d'éloignement est immédiatement exécutoire;
- c. ils se trouvent en détention administrative relevant du droit des étrangers et la décision de renvoi ou d'expulsion est exécutoire.

Si la personne concernée a la possibilité de se rendre légalement dans plusieurs Etats, l'autorité compétente peut la renvoyer ou l'expulser dans le pays de son choix (art. 69, al. 2, LEtr). Cependant, cette disposition n'octroie pas à l'étranger un droit à l'exécution du renvoi ou de l'expulsion dans le pays de son choix. De plus, le principe du non-refoulement doit toujours être respecté.

Dans certains cas, l'exécution de cette décision peut rendre nécessaire la mise en œuvre de mesures de contrainte policières. Celles-ci sont ordonnées selon la loi sur l'usage de la contrainte et de mesures policières dans les domaines relevant de la compétence de la Confédération (loi sur l'usage de la contrainte, LUSC; RS 364). Le principe de la proportionnalité doit être respecté.

L'art. 69, al. 3, LEtr règle le report du renvoi ou de l'expulsion pour une période appropriée dans certains cas (p.ex. problèmes de santé, absence de moyens de transport ou recours avec effet suspensif). L'autorité compétente doit confirmer par écrit le report du renvoi ou de l'expulsion à la personne concernée.

Le report d'un renvoi ou d'une expulsion visé dans cet alinéa doit être différencié de la décision d'admission provisoire (art. 83 LEtr). Il ne fait que repousser la date prévue pour le départ jusqu'à ce que les obstacles à l'exécution du renvoi ou de l'expulsion soient écartés. Par contre, les obstacles fondamentaux à l'exécution du renvoi ou de l'expulsion sont examinés dès la procédure de renvoi et peuvent également être invoqués dans le cadre d'un recours contre la décision de renvoi. Lorsque l'exécution du renvoi n'est pas possible, licite ou raisonnablement exigible dans un avenir proche, alors l'admission provisoire est ordonnée (art. 83



LEtr). Il en va de même en cas de violation potentielle du principe de non-refoulement.

Etant donné que le renvoi ou l'expulsion constituent une action d'exécution, c'est l'autorité chargée de l'exécution qui statue définitivement sur le report. Si, jusqu'à la nouvelle date du départ, la personne ne se trouve plus sous la protection des autorités chargées de l'exécution, alors une confirmation que le délai a été prolongé doit lui être délivrée.

Conformément à l'art. 69, al. 4, LEtr il faut, avant d'exécuter une décision de renvoi prononcée à l'encontre d'un mineur non accompagné, il faut s'assurer qu'il peut être remis à un membre de la famille, à des autorités de tutelle ou à une structure d'accueil dans l'Etat de retour.

9.3 Reprise de la directive de la CE sur le retour (modification LEtr)

La reprise de la directive sur le retour¹, qui constitue un développement de l'acquis de Schengen, a nécessité d'adapter la LEtr et la LAsi au 1^{er} janvier 2011². Ces modifications concernent, outre les mesures d'éloignement, essentiellement les mesures de contrainte (cf. chapitre 8.2).

La nouvelle limite supérieure pour la détention administrative est de 18 mois (art. 79 LEtr). La limite reste à 12 mois pour les mineurs âgés de 15 à 18 ans (que ce soit pour la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion ou la détention pour insoumission). Lorsqu'il s'agit d'une première mise en détention, la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion peut être ordonnée jusqu'à six mois. La nouvelle limite supérieure a force obligatoire pour tous les types de détention prévus dans le droit national et pour toutes les combinaisons de ces types de détention. Les motifs permettant de prolonger une détention, désormais régis par l'art. 79 LEtr, ou d'en prononcer une de plus de six mois s'appliquent à tous les types de détention (cf. chapitre 9.10).

De plus, trois nouveaux motifs de détention visant à garantir l'exécution des « renvois Dublin » (cf. chapitres 9.5.1 et 9.6.1) sont entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2011.

Conformément aux dispositions de la directive sur le retour, une détention peut être ordonnée uniquement lorsqu'aucune autre mesure suffisante mais moins coercitive ne peut être appliquée efficacement dans le cas particulier. Jusqu'à présent, la LEtr prévoyait que l'assignation à un lieu de séjour et l'interdiction de pénétrer dans un lieu déterminé pouvaient être ordonnées en guise de mesures moins contraignantes. Désormais, diverses obligations après la notification d'une décision de renvoi (art. 64e LEtr) sont ancrées dans la loi. Elles comprennent

¹[Directive](#) du Parlement et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier

²Arrêt fédéral: [RO 2010 5925](#)



l'obligation de se présenter régulièrement à une autorité, l'obligation de fournir des sûretés financières et l'obligation de déposer des documents de voyage. Cf. à ce sujet le chapitre 8.5.1.2

Lorsqu'il est fait mention, dans les présentes directives relatives aux mesures de contrainte, de modifications et de nouvelles dispositions en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011, celles-ci se réfèrent à la mise en œuvre de la directive sur le retour.

9.3.1 Droit transitoire

Les nouvelles dispositions s'appliquent aux détentions en cours le 1^{er} janvier 2011. Par conséquent, une détention, dont la durée dépassait alors 18 mois devait prendre fin. Une détention ordonnée en vertu du droit en vigueur jusque là et n'ayant pas encore atteint 18 mois le 1^{er} janvier 2011 pouvait, au maximum, être prolongée jusqu'à 18 mois.

9.4 Rétenion au titre de l'art. 73 LEtr

La rétenion peut être prononcée par les autorités fédérales et cantonales. Elle permet de notifier une décision relative au statut de séjour, par exemple une décision de renvoi visée à l'art. 64 LEtr ou une décision d'asile. Mais elle est aussi et surtout ordonnée afin d'établir l'identité d'une personne dont la collaboration à cet effet est indispensable. Cette condition est notamment remplie lorsque l'intéressé doit être conduit auprès d'une ambassade en vue d'établir son identité ou auprès de l'ODM en vue de l'audition centralisée.

La rétenion ne doit pas excéder le temps nécessaire pour effectuer les recherches prévues ou notifier la décision (transport compris). Si, au terme de la rétenion, l'étranger doit être placé en détention en phase préparatoire, en détention en vue du renvoi ou de l'expulsion ou en détention pour insoumission, cette mesure doit être ordonnée immédiatement après établissement de son identité ou après notification de la décision.

La rétenion ne peut excéder trois jours (art. 73, al. 2, LEtr). Elle peut, sur demande, être ultérieurement examinée par une autorité judiciaire pour vérifier sa légalité (art. 73, al. 5, LEtr). Lorsqu'une détention en phase préparatoire, une détention en vue du renvoi ou de l'expulsion ou une détention pour insoumission est ordonnée après la rétenion, la durée de cette dernière n'est pas comptabilisée dans la durée des trois autres types de détention (art. 73, al. 6, LEtr).

Cependant, le délai de 96 heures pour l'examen judiciaire de la légalité de la détention (art. 80, al. 2, LEtr) commence à courir dès le début de la rétenion relevant du droit des étrangers. Par conséquent, un juge doit se prononcer sur la légalité et l'adéquation de la détention dans les 96 heures suivant la rétenion de la personne concernée (arrêt du TF 2C_60/2007).

Il convient de différencier la rétenion prévue dans la LEtr de la rétenion de courte durée aux termes de l'art. 19 LUSC (Loi sur l'usage de la contrainte, LUSC ; RS 364). Cette dernière est ordonnée, entre autres, en cas d'escorte policière ou de procédure pénale en vertu du droit des étrangers et ne peut excéder 24 heures.



9.5 Assignation d'un lieu de résidence et interdiction de pénétrer dans une région déterminée au titre de l'art. 74 LEtr

L'assignation d'un lieu de résidence et l'interdiction de pénétrer dans une région déterminée, au sens de l'art. 74, al. 1, let. a, LEtr, remplissent deux fonctions. Elles offrent, d'une part, un instrument à l'encontre d'étrangers qui troublent la sécurité et l'ordre publics mais ne peuvent être renvoyés immédiatement de Suisse. Ces mesures sont d'autre part applicables aux personnes dont le renvoi ou l'expulsion ne peut être exécuté, mais que les autorités souhaitent tenir éloignées d'un lieu donné. Par ailleurs, elles constituent également des mesures moins sévères qu'une détention administrative ; c'est pourquoi il faudrait d'abord, avant de prononcer une détention, se demander si une assignation d'un lieu de résidence ou une interdiction de pénétrer dans une région déterminée ne pourraient pas être envisagées (cf. chapitre 9.3).

Ces mesures visent notamment à lutter contre le trafic illégal de stupéfiants (art. 74, al. 1, let. a, LEtr). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le simple soupçon que l'étranger puisse commettre des infractions dans le milieu de la drogue constitue un motif suffisant pour l'enjoindre de ne pas quitter le territoire qui lui est assigné ou de ne pas pénétrer dans une région déterminée (2A.347/2003, E2.2).

Une assignation ou une interdiction au sens de l'art. 74, al. 1, let. b, LEtr peuvent être prononcées si l'étranger frappé d'une décision exécutoire de renvoi ou d'expulsion n'a pas respecté le délai qui lui était imparti pour quitter le territoire. Depuis le 1^{er} janvier 2011, elles peuvent également être ordonnées lorsque des éléments concrets font craindre que la personne concernée ne quittera pas la Suisse dans le délai prescrit.

Lorsque l'exécution d'un renvoi ou d'une expulsion est reportée (art. 69, al. 3, LEtr), l'autorité compétente en matière d'exécution doit pouvoir prononcer une assignation ou une interdiction afin de garantir l'exécution ultérieure du renvoi (art. 74, al. 1, let. c, LEtr). L'assignation d'un lieu de résidence et l'interdiction de pénétrer dans une région déterminée sont notamment judicieuses lorsque le renvoi ou l'expulsion a été reporté pour cause d'absence temporaire de moyens de transport.

Jurisprudence du Tribunal fédéral concernant l'assignation d'un lieu de résidence et l'interdiction de pénétrer dans une région déterminée :

L'interdiction de pénétrer dans une région déterminée peut également être ordonnée par un canton tiers ; l'intérêt abstrait du canton à ne pas devoir tolérer, sur son territoire, d'étrangers astreints à quitter la Suisse suffit ; examen de la proportionnalité	2C_231/2007
Examen de la proportionnalité de l'assignation d'un lieu de résidence	2C_534/2008
Interdiction de pénétrer dans une région déterminée prononcée afin d'obtenir un changement de comportement de la part de la personne concernée	2A_514/2006



9.6 Détention en phase préparatoire au titre de l'art. 75 LEtr

La détention en phase préparatoire vise à assurer l'exécution d'une éventuelle procédure de renvoi ultérieure pendant le temps nécessaire à la préparation de la décision relative à l'autorisation de séjour. Elle peut être ordonnée lorsque la personne concernée qui ne possède pas d'autorisation de courte durée, d'autorisation de séjour ou d'autorisation d'établissement remplit l'un des motifs de détention prévus à l'art. 75, let. a à h, LEtr. La détention en phase préparatoire et la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion s'excluent. Lorsqu'une décision a été rendue en première instance, il n'est, en règle générale, plus possible d'ordonner la détention en phase préparatoire ; dans ce cas, la détention en phase préparatoire doit être convertie en détention en vue du renvoi ou de l'expulsion (ATF 125 II 377 consid. 2).

La détention en phase préparatoire visée à l'art. 75, al. 1, let. f, LEtr peut être ordonnée lorsqu'une personne séjourne illégalement en Suisse et dépose une demande d'asile dans le but manifeste d'empêcher l'exécution d'un renvoi ou d'une expulsion. Tel peut être le cas lorsque le dépôt de la demande d'asile aurait été possible et raisonnablement exigible auparavant et que la demande est déposée en relation chronologique étroite avec une mesure de détention, une procédure pénale, l'exécution d'une peine ou la promulgation d'une décision de renvoi (cf. arrêt du TF 2C_275/2007 du 4 septembre 2007).

La durée maximale de la détention en phase préparatoire est de six mois. Une prolongation de douze mois au plus est désormais possible en vertu de l'art. 79, al. 2, LEtr, cf. chapitre 9.10.

Le respect du principe de célérité est une condition du maintien de la mesure (art. 75, al. 2, LEtr).

Jurisprudence du Tribunal fédéral concernant la détention en phase préparatoire :

But de la détention en phase préparatoire	127 II 168 consid. 2b; 129 II 10 consid. 4.2
Caractère (non) exécutable du renvoi : la détention en phase préparatoire est légale lorsque l'exécution de la mesure d'éloignement qu'elle doit garantir est licite et possible sur les plans légal et matériel.	127 II 168 consid. 2, 3
Al. 1, let. c : l'étranger à l'encontre duquel une interdiction d'entrée a été ordonnée pendant qu'il séjournait en Suisse peut uniquement être placé en détention en vue du renvoi ou de l'expulsion au motif qu'il n'a pas respecté cette interdiction s'il a quitté la Suisse et y est entré à nouveau. Cette condition vaut également lorsqu'il s'agit d'ordonner une nouvelle détention à l'encontre d'un étranger qui s'est déjà trouvé une fois auparavant en détention en vue du renvoi ou de l'expulsion pendant la durée maximale admise par la loi. Exigence de la preuve que l'étranger a	125 II 465 consid. 3, 4



effectivement quitté la Suisse et y est à nouveau entré.	
Al. 1, let. g: Condition de la menace et de la mise en danger de la vie	121 II 55 consid. 2, 3; 125 II 375 E. 3b/bb; 129 II 9 consid. 4.2 122 II 52 consid. 2c; 125 II 375 consid. 3b/bb

9.6.1 Détention en phase préparatoire Dublin au titre de l'art. 75, al. 1bis, LEtr

Désormais, une mise en détention en phase préparatoire peut également être ordonnée lorsqu'un Etat Dublin a accepté de reprendre une personne ou qu'une demande de transfert a été déposée par la Suisse suite à un résultat positif dans Eurodac (art. 75, al. 1bis, LEtr). Toutefois, ce type de détention peut uniquement être ordonné si la personne concernée a nié devant les autorités suisses ses liens avec un autre Etat Dublin. La personne doit être interrogée sur ses éventuels liens le plus rapidement après son appréhension.

9.7 Détention en vue du renvoi ou de l'expulsion au titre de l'art. 76 LEtr

La détention en vue du renvoi ou de l'expulsion est ordonnée lorsqu'une décision de renvoi ou d'expulsion – pas forcément exécutoire – a été notifiée, que l'exécution du renvoi est imminente (procédure de renvoi pendante) et qu'un motif de détention est donné. L'exécution du renvoi doit être objectivement possible et applicable même contre la volonté de la personne visée. L'autorité compétente est tenue d'entreprendre sans tarder les démarches nécessaires en vue du renvoi (principe de célérité). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la privation de liberté est illicite si aucune disposition n'a été prise durant plus de deux mois en vue d'exécuter le renvoi (ATF 124 II 51). Le dépôt d'une demande d'asile pendant la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion n'entraîne ni la levée de la détention ni sa conversion en détention en phase préparatoire lorsqu'il est très probable que la procédure pourra être close à brève échéance (2A.304/2005).

La durée maximale de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion est désormais régie par l'art. 79 LEtr (cf. chapitre 9.10). Lorsque l'ODM prononce une mise en détention en vue du renvoi ou de l'expulsion dans un centre d'enregistrement et de procédure (art. 76, al. 1, let. b, ch. 5, LEtr), cette détention doit être comptabilisée dans la durée de détention maximale visée à l'art. 79 LEtr.

Jurisprudence du Tribunal fédéral concernant la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion :

Al. 1	
But de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion	121 II 61 consid. 2a; 128 II 197 consid. 2.2.2
Prise en compte d'une peine privative de liberté	124 IV 2 consid. 2
En principe, pas d'examen de la légalité du renvoi, de l'assignation d'un lieu de résidence ou de l'interdiction de pénétrer dans une région déterminée lors de l'examen de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion	121 II 61 consid. 2b; 125 II 382 consid. 3b; 128 II 197 consid. 2.2.1, 2.2.2; 129 I 149 consid. 4.3.2; 130 II 379 consid. 1s
Exception: en cas de renvoi, d'assignation d'un	121 II 61 consid. 2c; 125 II 382 consid. 3b; 128 II 197 consid. 2.2.1



lieu de résidence ou d'interdiction de pénétrer dans une région déterminée manifestement illégal	
La décision de renvoi ou d'expulsion ne doit pas nécessairement être entrée en force	121 II 61 consid. 2a; 122 II 150 consid. 1; 124 II 3 consid. 1; 125 II 467 consid. 2a; 128 II 104 consid. 1.1; 128 II 196 consid. 2.1; 128 II 242 consid. 2.1; 129 I 149 consid. 4.3.2; 129 II 5 consid. 2, 3.2; 130 II 378 consid. 1
Prévisibilité de l'exécution prochaine d'un renvoi qui n'est pas encore possible actuellement	125 II 467 consid. 2a; 128 II 104 consid. 1.1, 1.3; 128 II 242 consid. 2.1; 129 II 5 consid. 2, 3.2; 130 II 379 consid. 1
La détention subie sous l'ancien droit doit en principe être prise en compte dans la nouvelle durée maximale de détention	133 II 5 consid. 5
Risque de passage à la clandestinité. P.ex. : manœuvre dilatoire ; personne déjà passée à la clandestinité une fois; personne reconnaissant clairement ne vouloir en aucun cas retourner dans son pays d'origine, etc.	121 II 109 consid. 2b; 121 II 114 consid. 2c; 122 II 50 consid. 2a; 122 II 151 consid. 2a; 125 II 219 consid. 1; 125 II 375 consid. 3b/aa; 128 II 243 consid. 2.1; 130 II 58 consid. 3.1; 130 II 386 consid. 3.3.3
Appréciation d'ensemble du comportement d'un étranger	129 I 146 consid. 4.2.1
Relation avec l'art. 13b, al. 1, let. d, LSEE	130 II 382 consid. 3.2.2
Pour un étranger qui a gravement menacé la sécurité publique	122 II 159 consid. 3b
Pour un étranger qui est entré en Suisse en infractions aux prescriptions en matière de visas et a refusé de manière répétée de retourner dans son pays d'origine	130 II 59 consid. 3.2
Al. 4	
Principe de célérité en général	124 II 50 consid. 3a; 125 II 219 consid. 1; 126 II 441 consid. 4c; 128 II 243 consid. 2.1, 3.1; 130 II 58 consid. 1; 130 II 492 consid. 4.1
Obtention de documents de voyage sous l'effet de pressions	124 II 50 consid. 3a; 129 II 5 consid. 2; 130 II 492 consid. 4.1, 4.2
Conséquences d'un examen de la détention qui n'est pas effectué dans les délais	134 I 92, 99 f. consid. 3.2.2., 2C_504/2007

9.7.1 Motifs de détention Dublin au titre de l'art. 76, al. 1, let. b, ch. 1 et 6, LEtr

Depuis le 1^{er} janvier 2011, il est également possible d'ordonner une détention en vue du renvoi ou de l'expulsion après la notification de la décision dans le cadre d'une procédure Dublin (art. 76, al. 1, let. b, ch. 1, LEtr). Toutefois, ce type de détention ne peut être ordonné que si la personne concernée a nié devant les autorités suisses ses liens avec un autre Etat Dublin. La personne doit être interrogée sur ses éventuels liens le plus rapidement après son appréhension.



Un motif de détention objectif pour une détention Dublin de courte durée a été introduit en plus de la détention Dublin susmentionnée (art. 76, al. 1, let. b, ch. 6, LEtr). Pour garantir l'exécution du renvoi dans l'Etat Dublin compétent, les autorités cantonales peuvent désormais ordonner une détention en vue du renvoi ou de l'expulsion d'une durée maximale de 30 jours (cf. art. 76, al. 2, LEtr). Cette détention peut être ordonnée lorsqu'une NEM Dublin aux termes de l'art. 34, al. 2, let. d, LAsi ou un renvoi Dublin au sens de l'art. 64a LEtr ont été notifiés dans le canton et que le renvoi peut vraisemblablement être exécuté dans les 30 jours. La détention fait l'objet d'un examen lorsque la personne détenue en fait la demande. Une telle demande peut être déposée à tout moment. La procédure d'examen se déroule alors par écrit (art. 80, al. 2^{bis}, LEtr). Cette détention ne peut pas être prolongée. Si l'exécution du renvoi n'est pas possible pendant la durée maximale de la détention, la personne concernée doit être libérée ou une détention d'un autre type doit être ordonnée.

Cf. également le chapitre 8.5.4 (Renvoi selon l'accord d'association à Dublin).

9.8 Détention en vue du renvoi ou de l'expulsion en cas de non-collaboration à l'obtention des documents de voyage au titre de l'art. 77 LEtr

La détention en vue du renvoi ou de l'expulsion en cas de non-collaboration à l'obtention des documents de voyage constitue un état de fait spécial relatif à la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion au sens de l'art. 76 LEtr. A l'instar de la détention en phase préparatoire ou de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion, cette mesure suppose qu'une procédure de renvoi est pendante. A la différence de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion au sens de l'art. 76 LEtr, il faut toutefois qu'une décision exécutoire ait été prononcée. En outre, le délai imparti pour quitter la Suisse doit être écoulé et les documents de voyage (délivrés par les autorités) doivent être disponibles au moment où la détention est prononcée. Cette mesure entre en considération, notamment, lorsqu'il y a un risque que l'étranger passe à la clandestinité dès lors que l'autorité sera en possession des documents de voyage. La procédure d'examen se déroule par écrit (art. 80, al. 2, LEtr).

La durée de cette forme de détention ne peut excéder 60 jours.

9.9 Détention pour insoumission au titre de l'art. 78 LEtr

La détention pour insoumission vise à faire changer de comportement un étranger tenu de quitter la Suisse lorsque, à l'expiration du délai de départ et malgré les efforts déployés par les autorités, le renvoi ou l'expulsion de l'intéressé ne peut être exécuté sans sa coopération (ATF 130 II 56 consid. 4.2.3 p. 62 s.). La détention pour insoumission constitue l'ultime moyen auquel il est fait recours lorsqu'aucune autre mesure de contrainte ne permet de renvoyer contre sa volonté l'étranger séjournant illégalement en Suisse dans son pays d'origine ou de provenance (ATF 133 II 100, consid. 2.2). Cette détention peut être ordonnée, notamment, lorsque l'étranger qui possède les documents de voyage requis ne peut être rapatrié sans son assentiment. Cependant, cette forme de détention peut également servir à amener l'étranger à coopérer à l'obtention des documents de voyage requis ou à l'établissement de son identité.



Bien que la loi ne le mentionne pas explicitement, la détention pour insoumission est elle aussi soumise au principe de célérité. L'autorité ne saurait ordonner cette détention dans le seul but de parvenir à un changement de comportement de la part de l'étranger, mais elle doit également poursuivre ses efforts en vue de se procurer les documents de voyage, d'établir l'identité de l'étranger ou d'activer la procédure de renvoi ou d'expulsion.

La détention est levée notamment lorsqu'un départ de Suisse volontaire et dans les délais prescrits n'est pas possible bien que l'étranger ait collaboré avec les autorités (art. 78, al. 6, let. a, LEtr). Elle est également levée lorsque l'intéressé donne suite à l'obligation de quitter la Suisse, ladite obligation étant liée à une entrée légale dans un autre pays ((art. 78, al. 6, let. b, LEtr; 2C_19/2007 consid. 4.2.2).

La détention pour insoumission peut être ordonnée pour une période initiale d'un mois, puis être prolongée pour des périodes successives de deux mois. Désormais, aucune limite supérieure propre ne s'applique plus à la détention pour insoumission et ce, de manière similaire à la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion. La durée maximale de la détention ou de la prolongation de la détention est régie par l'art. 97 LEtr. Dans un cas extrême, lorsqu'aucune détention n'a été ordonnée auparavant, la détention pour insoumission peut, comme jusqu'à présent, durer jusqu'à 18 mois (12 mois pour les mineurs âgés de 15 à 18 ans). Elle peut toujours être prolongée de deux mois, puis à nouveau de deux mois tous les deux mois comme le prévoit l'art. 78, al. 2, LEtr (cf. également le chapitre 9.10).

Le Tribunal fédéral distingue deux catégories de cas de détention pour insoumission. La première catégorie concerne les étrangers qui possèdent des documents de voyage mais ne peuvent être expulsés du fait que le rapatriement dans les pays concernés n'est pas possible sans l'assentiment des personnes concernées. La deuxième catégorie regroupe les cas où la détention pour insoumission a pour but de contraindre l'étranger à collaborer à l'obtention des documents ou à l'établissement de son identité.

Jurisprudence du Tribunal fédéral concernant la détention pour insoumission :

But et nature juridique de la détention pour insoumission	134 I 94 consid. 2.1.2 und 2.3.3; 134 I 204 consid. 2.2.1 se fonde notamment sur l'art. 5, ch. 1, let. f, CEDH et s'inspire de l'art. 5, ch. 1, let. b, CEDH:
Obligation de quitter le territoire: remplie par l'entrée légale dans un autre pays (en règle générale le pays d'origine) sans intention de se rendre illégalement dans un pays tiers	133 II 102 consid. 4.2
Respect de la proportionnalité	133 II 100 consid. 2.2, 4.2.3; 134 I 97 consid. 2.3.2; 134 I 204 consid. 2.2.2, 2.2.5
Relation avec la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion	134 I 96 consid. 2.3.1
Relation avec les conséquences pénales d'un	134 I 97 consid. 2.3.3



séjour illégal	
Droit à l'assistance judiciaire gratuite lors des procédures de prolongation ou d'examen de la détention	134 I 99 consid. 3.2.2-4, 134 I 101 consid. 4
Rejet injustifié d'une prolongation supplémentaire de la détention pour insoumission dans un cas d'espèce	134 II 204 consid. 2
Libération légale de la détention pour insoumission dans un cas d'espèce. La rétention, dans le cas d'espèce, doit paraître appropriée avec une certaine vraisemblance pour remplir son but et ne pas être excessive.	ATF 135 II consid. 2.2 s.

9.10 Durée maximale de détention en vertu de l'art. 79 LEtr

Depuis le 1^{er} janvier 2011, la durée maximale de détention est de 18 mois (contre 24 mois jusqu'à présent). Elle est de 12 mois pour les mineurs âgés de 15 à 18 ans (comme jusqu'à présent). Cf. également le chapitre 9.3.

Les différentes formes de détention (en phase préparatoire, en vue du renvoi ou de l'expulsion, pour insoumission) peuvent être combinées. Conformément au droit en vigueur jusqu'au 31. décembre 2010, la durée totale de la détention ne devait pas dépasser 24 mois. Par contre, en vertu de la directive sur le retour, la durée maximale de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion doit être de six mois. La LEtr a dû être adaptée en conséquence. Cette limite supérieure de six mois (art. 79, al. 1, LEtr) s'applique aussi bien à la durée globale d'un seul type de détention que de plusieurs types de détention combinés. Une prolongation de la détention ou une nouvelle mise en détention de plus de six mois ne sont possibles qu'en cas de manque de coopération de la part de la personne concernée ou de retard dans l'obtention des documents nécessaires auprès d'Etats tiers (art. 79, al. 2, LEtr). Ces motifs de prolongation correspondent aux motifs admis par la jurisprudence du Tribunal fédéral (p.ex. ATF 130 II 56 consid. 4.1.2 et 4.1.3) en matière de prolongation de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion et au motif de prolongation de la détention pour insoumission fixé à l'art. 78, al. 2, LEtr.

La prolongation de la détention est limitée à 18 mois au total. La durée maximale de la détention possible en vertu du droit en vigueur est certes réduite de 24 à 18 mois. En principe, la réglementation proposée permet désormais d'ordonner une première mise en détention en vue du renvoi ou de l'expulsion jusqu'à six mois lorsque la personne concernée n'était pas placée auparavant en détention en phase préparatoire ou en détention pour insoumission.

La prolongation de la détention des jeunes doit rester possible jusqu'à six mois comme le permet le droit en vigueur. La directive sur le retour précise que les mineurs non accompagnés et les familles comportant des mineurs ne doivent être détenus qu'en dernier ressort et pour la période appropriée la plus brève possible. La directive sur le retour ne fixant aucune limite inférieure pour la détention des jeunes, la limite de 15 ans prévue par la LEtr est conservée (art. 80, al. 4, LEtr).



Jurisprudence du Tribunal fédéral concernant la prolongation de la détention:

Al. 3	
Exigence de l'autorisation du juge impérative	128 II 245 consid. 3.5
La prolongation suppose une procédure orale	121 II 111 consid. 1; 122 II 151 consid. 1; 124 II 3 consid. 1; 128 II 245 consid. 3.5
Garantie de procédure indispensable	128 II 245 consid. 3.5
Droit à l'assistance judiciaire gratuite lors de la procédure de prolongation de la détention	122 I 52 consid. 2c/cc, d; 126 II 441 consid. 4c
Durée maximale de détention en vue du renvoi ou de l'expulsion	125 II 468 consid. 3b; 127 II 175 consid. 2b/aa
Calcul des délais	127 II 175 consid. 2b
Proportionnalité de la prolongation de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion	126 II 440 consid. 4a; 130 II 60 consid. 4.1.2

9.11 Conditions de détention au titre de l'art. 81 LEtr

La restriction des droits fondamentaux des personnes détenues ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour la détention et pour assurer le bon fonctionnement de l'établissement. La détention relevant du droit des étrangers diffère donc de la détention découlant de la procédure pénale. Contrairement à cette dernière, la détention relevant du droit des étrangers ne requiert généralement pas de restreindre les contacts de la personne concernée avec le monde extérieur ou avec d'autres personnes également placées en détention administrative. Selon le Tribunal fédéral, des restrictions ne se justifient que si elles sont prises dans un but conservatoire nécessairement lié à la détention ou qu'elles répondent aux exigences de bon fonctionnement de l'établissement.

Conformément à la directive sur le retour, la détention doit s'effectuer dans des centres de détention spécialisés. En l'absence de tels centres, les ressortissants de pays tiers placés en détention administrative doivent être séparés des prisonniers de droit commun. L'énoncé de l'art. 81, al. 2, LEtr doit être adapté dans le sens où il ne s'agit plus uniquement d'éviter le regroupement avec des personnes en détention préventive, mais de rendre obligatoire le placement séparé. Cette adaptation correspond à la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle, en l'absence d'établissements de détention spécifiques et adaptés aux besoins des détenus relevant du droit des étrangers, ces derniers doivent être placés dans des divisions séparées de celles des autres catégories de détenus (ATF 122 II 299).

La directive sur le retour contient différentes dispositions relatives à la détention des personnes à protéger, des mineurs et des familles. La directive exige notamment que les familles disposent d'un hébergement séparé qui leur garantisse une intimité adéquate. Par ailleurs, les mineurs doivent avoir la possibilité de pratiquer des activités de loisir pendant la détention administrative. Ces dispositions sont déjà largement prises en compte par les cantons lors de la détention de personnes de ces catégories et sont en partie incluses dans les législations cantonales. Par ailleurs, elles correspondent dans une large mesure à



la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la détention administrative dans le domaine des étrangers. Il faut également ajouter que, contrairement à la directive sur le retour, la LEtr prévoit une limite d'âge inférieure fixée à 15 ans pour la détention de mineurs. En ce qui concerne les conditions de la détention, la LEtr ne contient que peu de dispositions cadre générales car les cantons sont responsables de l'exécution de la détention en phase préparatoire, de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion et de la détention pour insoumission.



Aperçu des mesures de contrainte

Mesure	Base LEtr	But	Condition	Durée
Rétention	Art. 73 LEtr	Notification de la décision, vérification de l'identité	Pas de droit de séjour	3 jours
Assignation d'un lieu de résidence et interdiction de pénétrer dans une région déterminée	Art. 74 LEtr	Assignation d'un lieu de résidence et interdiction de pénétrer dans une région déterminée; garantir l'exécution du renvoi	let. a : pas de droit de séjour, trouble à la sécurité et à l'ordre publics let. b: décision de renvoi ou d'interdiction de pénétrer dans une région déterminée entrées en force	
Détention en phase préparatoire	Art. 75 LEtr	Garantir l'exécution du renvoi pendant la préparation de la décision	Pas de droit de séjour et motif de détention (ex. plusieurs identités)	max. 18 mois (art. 79 LEtr)
Détention en vue du renvoi ou de l'expulsion	Art. 76 LEtr	Garantir l'exécution du renvoi	Décision de première instance, renvoi prévisible, motif de détention (ex. risque de passage à la clandestinité)	max. 18 mois (art. 79 LEtr)
Détention en vue du renvoi ou de l'expulsion à partir du CEP	Art. 76, al. 1, let. b, ch. 5		Décision de renvoi : - selon les art. 32 à 35 LAsi au CEP - selon l'art. 34, al. 2, let. d, LAsi ou l'art. 64a, al. 1 notifiée dans le canton, exécution imminente	30 jours
Détention Dublin de courte durée	Art. 76, al. 1, let. b, ch. 6			
Détention en vue du renvoi ou de l'expulsion en cas de non-collaboration à l'obtention des documents de voyage	Art. 77 LEtr	Garantir l'exécution du renvoi	Décision entrée en force, délai de départ arrivé à échéance, document de voyage disponible.	60 jours
Détention pour insoumission	Art. 78 LEtr	Garantir l'exécution du renvoi	Décision entrée en force, comportement personnel rend impossible l'exécution du renvoi, détention en vue du renvoi ou de l'expulsion non admise, pas de mesure moins contraignante possible.	max. 18 mois (art. 79 LEtr)

Durée de la détention (art. 79 LEtr) :

Détention en phase préparatoire, détention en vue du renvoi ou de l'expulsion et détention pour insoumission (art. 75 à 78 LEtr) combinées : max. 18 mois. Pour les mineurs entre 15 et 18 ans : max. 12 mois.

Décision et examen de la détention (art. 80 LEtr) :

Seule la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion à partir du CEP est ordonnée par l'office fédéral (examen de la détention par le Tribunal administratif fédéral). Tous les autres types de détention sont ordonnés par les autorités du canton (examen de la détention par l'autorité judiciaire compétente du canton ; concernant la relation entre l' art. 80, al. 2 et l' art. 80, al. 5, LEtr, voir arrêt du TF 2C_823/2009 du 19.10.2010).

