



Mesures de contrainte entraînant une privation de liberté en application du droit des étrangers

(détention administrative en application du droit des étrangers)

Principes généraux

Une mesure de contrainte entraînant une privation de liberté en application du droit des étrangers est une **mesure de droit administratif**. Elle n'a pas pour but de réprimer une infraction, mais vise uniquement à **garantir l'exécution d'un renvoi ou d'une expulsion et le bon déroulement de la procédure**.¹ Le régime de détention doit être aménagé en conséquence.²

Pour qu'une mesure de contrainte entraînant une privation de liberté puisse être prononcée, une **procédure de renvoi ou d'expulsion doit être en cours**.³ Si l'exécution du renvoi ou de l'expulsion est impossible pour des raisons juridiques ou matérielles, la détention doit être levée.⁴

La détention administrative en application du droit des étrangers ne devrait être prononcée que de **manière limitée**. Pour ce qui est des moyens employés et des buts poursuivis, la mesure doit respecter le **principe de proportionnalité**.

Il doit s'agir d'une mesure de **dernier recours** (*ultima ratio*), justifiée par la nécessité de préparer ou d'exécuter le renvoi ou l'expulsion lorsqu'aucune autre mesure de contrainte moins coercitive n'est envisageable.⁵ Conformément au **principe de célérité**, les autorités doivent s'employer à exécuter le renvoi ou l'expulsion et prendre toute mesure utile pour l'assurer.⁶ La légalité de la détention doit être **réévaluée périodiquement**.⁷

Détention de personnes particulièrement vulnérables

Conformément aux bases légales nationales, la détention en phase préparatoire, la détention en vue de l'exécution du renvoi ou de l'expulsion et la détention pour insoumission sont **exclues pour les enfants et pour les adolescents de moins de quinze ans**.⁸

Conformément aux prescriptions du droit international, la détention de mineurs (en particulier non accompagnés)⁹ doit toujours être déclarée

¹ Cf. ACHERMANN ALBERTO/KÜNZLI JÖRG, Die Ausländerrechtliche Administrativhaft im Licht der internationalen Rechtsvorgaben, in: QUELOZ/NOLL/VON MANDACH/DELGRANDE (Hrsg.), Verletzlichkeit und Risiko im Justizvollzug, Schriftenreihe Kriminalität, Justiz und Sanktionen (Vol. 15), Bern 2015, (cit. ACHERMANN/KÜNZLI), p. 86.

² ATF 122 II 49, consid. 5 et ATF 122 II 299; Vingt principes directeurs sur le retour forcé, adoptés par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe lors de la 925e réunion des Délégués des Ministres, 4 mai 2005, (cit. CM(2005)40-final), principe n° 10, ch. 1; cf. CPT, ressortissants étrangers placés en détention en application de législations relatives à l'entrée et au séjour des étrangers, extrait du 7e rapport général d'activités du CPT (cit. CPT/Inf(97)10-part), ch. 29; CPT, Rétention des migrants: fiche thématique sur les normes du CPT, mars 2017 (cit. CPT/Inf(2017)3), p. 1.

³ Art. 5, par. 1, let. f, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme, CEDH), RS 0.101; aux termes de l'art. 5, par. 1, let. b, CEDH, dans le cas de la détention pour insoumission, il doit en outre exister un motif justifiant la privation de liberté.

⁴ ATF 122 II 148, consid. 3: si le renvoi ne peut être exécuté dans un avenir proche, la détention est contraire à l'art. 5, par. 1, let. f, CEDH.

⁵ Art. 15 de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 (cit. directive de l'UE sur le retour); CPT, garanties pour les étrangers en situation irrégulière privés de liberté, extrait du 19e rapport général d'activités du CPT (cit. CPT/Inf(2009)27-part), ch. 80; CPT/Inf(2017)3, p. 2; cf. Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH), Kim contre Russie, 44260/13 (2014): il y a violation de l'art. 5, par. 1 et 4, CEDH lorsque la personne est maintenue en détention en dépit de l'absence de perspective réaliste d'exécution de l'expulsion.

⁶ CNPT, rapport d'activité 2011, p. 27.

⁷ CPT/Inf(2009)27-part, ch. 86; CPT/Inf(2017)3, p. 2.

⁸ Art. 80, al. 4, de loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (LEI), RS 142.20; cf. CPT/Inf(2017)3, p. 9.

⁹ ONU, Comité des droits de l'enfant, observation générale n° 23 (2017) du Comité des droits de l'enfant sur les obligations des États en matière de droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales dans les pays d'origine, de transit, de destination et de retour (observation générale conjointe n° 4 [2017] du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille), 16 novembre 2017, CMW/C/GC4-CRC/C/GC/23 (cit. Comité des droits de l'enfant, OG 23), ch. 7.

illégal, car contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.¹⁰

La CourEDH a qualifié la détention de **mineurs** – y compris de mineurs non accompagnés ou séparés – de contraire à l'art. 3 ou à l'art. 5 CEDH.¹¹ La Cour a procédé à un examen individuel des conditions et de la durée de la détention et conclu dans tous les cas à une violation des normes applicables. Il s'ensuit que la détention de mineurs fondée sur des dispositions du droit des étrangers est exclue. Il faut donc renoncer par principe à ce type de placement ou, le cas échéant, en limiter la durée à 24 heures au plus.

Le placement en détention de femmes enceintes, notamment dans une prison, n'est possible qu'en dernier recours et uniquement si elles ont commis des infractions graves et qu'elles représentent un danger immédiat pour la société.¹² La détention administrative de femmes enceintes est donc en principe interdite. Le cas échéant, cette mesure n'est admise que tant que la santé de la future mère et de l'enfant à naître ne sont pas menacées.¹³

Dans la mesure du possible, l'accouchement doit avoir lieu dans un hôpital extérieur.¹⁴

Principes régissant l'exécution de la détention administrative

Lieu d'exécution et conditions matérielles de la détention

Les personnes placées en détention en application du droit des étrangers ne devraient être retenues dans des établissements de détention **policière**, notamment aux fins de vérification de leur identité, que pour la durée la plus courte possible.¹⁵ Pour le reste, un poste de police n'est pas un lieu approprié à l'exécution de la détention administrative en vue du renvoi ou de l'expulsion.¹⁶

Une **prison n'est pas non plus un lieu adapté** pour une personne détenue en application du droit des étrangers, qui n'est ni soupçonnée d'une infraction pénale, ni ne purge une peine.¹⁷ L'hébergement dans un établissement pénitentiaire ordinaire n'est dès lors autorisé que dans des cas exceptionnels

¹⁰ Art. 37 de la Convention relative aux droits de l'enfant, RS 0.107; art. 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, RS 0.103.2 (Pacte II de l'ONU); Comité des droits de l'enfant, OG 23, ch. 5, 7 et 10; ONU, Comité des droits de l'enfant, Report of the 2012 Day of General Discussion, ch. 78; ONU, Comité des droits de l'enfant, observation générale n° 22 sur les principes généraux concernant les droits de l'homme des enfants dans le contexte de la migration internationale, (observation générale conjointe n° 3 du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille), 16 novembre 2017, CMW/C/GC3-CRC/C/GC/22 (cit. Comité des droits de l'enfant, OG 22); cf. aussi art. 11, par. 2 et 3, de la directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 (cit. directive de l'UE sur l'accueil) en relation avec l'art. 28, par. 4, du règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 (cit. règlement Dublin III) en relation avec l'art. 81, al. 4, let. b, LEI; CM(2005)40-final, principe n° 11, ch. 1; ONU, Comité des droits de l'homme, observation générale n° 35 – art. 9, 16 décembre 2014, CCPR/C/GC/35 (cit. CDH, OG35), ch. 18; CPT/Inf(2009)27-part, ch. 97; CPT/Inf(2017)3, p. 9 s.

¹¹ CourEDH, S.F. et autres contre Bulgarie, 8138/16 (2017), ch. 79-83, 93; CourEDH, Abdullahi Elmi et Aweys Abubakar contre Malte, 25794/13 et 28151/13 (2016), ch. 111-115; CourEDH, Popov contre France, 39472/07 et 39474/07 (2012), ch. 140 s.; CourEDH, A.B. et autres contre France, 11593/12 (2016); CourEDH, R.M. et M.M. contre France, 33201/11 (2016); CourEDH, A.M. et autres contre France, 24587/12 (2016); CourEDH, R.K. contre France, 68264/14 (2016); CourEDH, R.C. contre France, 76491/14 (2016).

¹² Cf. Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Mères et bébés en prison, Rec. 1469 (2000), ch. 5.3; cf. également Règles des Nations Unies concernant le traitement des détenues et l'imposition de mesures non privatives de liberté aux délinquantes, Rés. 65/229 de l'Assemblée générale des Nations Unies, du 21 décembre 2010, A/RES/65/229 (cit. Règles de Bangkok), règle n° 64.

¹³ HCR, Principes directeurs relatifs aux critères et aux normes applicables à la détention des demandeurs d'asile et alternatives à la détention, 2012 (cit. Principes directeurs du HCR), principe 9.3, ch. 58; Règles de Bangkok, règles 5, 19, 33, 42 et 64; ONU, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, recommandation générale n° 32 sur les femmes et les situations de réfugiés, d'asile, de nationalité et d'apatridie, 14 novembre 2014, CEDAW/C/GC/32, ch. 34 et 49; CourEDH, Mahmudi et autres contre Grèce, 14902/10 (2012), ch. 70; art. 11, par. 1, et art. 21 de la directive de l'UE sur l'accueil; CPT, Fiche thématique: Les femmes en prison, CPT/Inf(2018)5, p. 5 s.

¹⁴ Ensemble de règles minima des Nations Unies pour le traitement des détenus, Rés. 70/175 de l'Assemblée générale des Nations Unies, du 17 décembre 2015, A/RES/70/175 (cit. Règles Nelson Mandela), règle 28.

¹⁵ CourEDH, Abdolkhani et Karimnia contre Turquie (n° 2), 50213/08 (2010), ch. 31; CPT/Inf(97)10-part, ch. 27; Principes directeurs du HCR, principe 8, ch. 48 (iii).

¹⁶ CourEDH, Horshill contre Grèce, 70427/11 (2013), ch. 52; CPT, Déclaration publique relative à la Grèce, 15 mars 2011, CPT/Inf(2011)10, ch. 7.

¹⁷ CPT/Inf(2009)27-part, ch. 77; CPT/Inf(97)10-part, ch. 28; CPT/Inf(2017)3, p. 3; Comité des droits de l'homme, OG 35, ch. 18.

dûment motivés, pour quelques heures ou quelques jours, et uniquement **à condition que la personne soit séparée des autres détenus de droit commun**.¹⁸ Dans un tel cas, il convient en outre de réduire autant que possible le caractère carcéral du lieu.¹⁹ Le simple placement dans des cellules distinctes des personnes détenues en application du droit des étrangers et des personnes purgeant une peine n'est pas suffisant pour satisfaire aux exigences légales. Un quartier spécifique de l'établissement doit tenir compte du but de la détention en application du droit des étrangers et permettre un régime de détention différent et moins stricte (salles communes, visites, activités de loisirs).²⁰

Les étrangers détenus en vue de leur renvoi ou de leur expulsion doivent donc en principe être placés dans une **structure de détention prévue spécialement à cet effet, qui n'a pas de caractère carcéral**.²¹

Une telle structure dispose idéalement d'une salle de sport ou de fitness, d'une pièce de vie commune proposant livres et jeux de société, d'un espace cuisine et d'un espace extérieur accessible tout au long de la journée.²²

Régime de détention

Le régime de détention devrait être **le plus ouvert possible**²³ et être conçu de manière **moins rigide** que pour les autres formes de détention s'agissant de la durée de l'enfermement cellulaire et de la liberté de mouvement.²⁴

Les personnes devraient pouvoir passer la majeure partie de la journée **hors de leur cellule**.²⁵ Selon le Tribunal fédéral, un enfermement en cellule de 18 heures par jour n'est pas compatible avec l'objectif général de sécurité et le droit à des contacts sociaux appropriés.²⁶ Idéalement, elles doivent pouvoir se déplacer librement pendant la journée et n'être confinées dans leur cellule que durant la nuit.²⁷

Elles devraient bénéficier quotidiennement pendant deux heures au moins d'activités **occupat- ionnelles utiles et d'activités de loisirs**.²⁸

Prise en charge médicale²⁹

Un **entretien et un examen médical d'entrée** doivent être effectués pour chaque nouvelle personne admise.³⁰

¹⁸ Voir ATF 2C_447/2019 du 31 mars 2020, consid. 7.1 et 6.2.2: la détention séparée dans un quartier spécial d'une prison régionale n'est admissible que pour quelques heures ou quelques jours; art. 81, al. 2, LEI; voir Décision d'exécution du Conseil de l'Union européenne arrêtant une recommandation pour remédier aux manquements constatés lors de l'évaluation pour 2018 de l'application, par la Suisse, de l'acquis de Schengen dans le domaine de la politique de retour (cit. Recommandations évaluation Schengen), du 14 mai 2019, 9272/19, recommandation 14.

¹⁹ Cf. CM(2005)40-final, principe 10, ch. 2; CPT/Inf(97)10-part, ch. 29; CPT/Inf(2017)3, p. 4.

²⁰ ATF 122 II 49, consid. 5a; voir aussi Conseil fédéral, message du 22 décembre 1993 à l'appui d'une loi fédérale sur les mesures de contrainte en matière de droit des étrangers, FF 1994 I 305, p. 324; ATF 123 I 221, consid. II/1b; 122 I 222, consid. 4b; cf. CM(2005)40-final, principe 10, ch. 4.

²¹ Art. 81, al. 2, LEI; ATF 2C_447/2019 du 31 mars 2020, consid. 8; Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 17 juillet 2014, affaires C-473/13 et C-514/13; cf. art. 10, par. 1, de la directive de l'UE sur l'accueil en relation avec l'art. 28, par. 4, du règlement Dublin III en relation avec l'art. 81, al. 4, let. b, LEI; art. 17 de la directive de l'UE sur le retour; CM(2005)40-final, principe 10, ch. 1; CPT/Inf(97)10, ch. 29; CPT/Inf(2017)3, p. 4; ACHERMANN/KÜNZLI, p. 102 f.; cf. CourEDH, Kim contre Russie, 44260/13 (2014).

²² Cf. Bericht an den Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt betreffend den Nachfolgebesuch der NKVF im Gefängnis Bässlergut vom 24. Mai 2017 (cit. CNPT, Rapport Bässlergut), ch. 11 et 12; Bericht an den Regierungsrat des Kantons Graubünden betreffend den Besuch der NKVF in der JVA Realta vom 4. Juli 2017, NKVF 10/2017 (cit. CNPT, Rapport Realta), ch. 11; Rapport au Conseil d'État du canton de Genève concernant la visite de suivi de la CNPT dans l'établissement concordataire de Frambois du 18 janvier 2018, ch. 11; voir CPT/Inf(2017)3, p. 14.

²³ Cf. CPT/Inf(2017)3, p. 5.

²⁴ Cf. par ex. ATF 122 II 49, consid. 3b et 5, et ATF 122 II 299; voir aussi Recommandations évaluation Schengen, recommandation 14.

²⁵ CPT/Inf(2017)3, p. 5; voir aussi Recommandations évaluation Schengen, recommandations 16, 19 et 20.

²⁶ Cf. arrêt 2C_765/2022 du Tribunal fédéral, consid. 5.1.

²⁷ Cf. CNPT, Rapport Realta, ch. 17; CNPT, Rapport Bässlergut, ch. 16; Rapport au Conseil d'État du canton de Genève concernant la visite de la CNPT dans l'établissement fermé de Favra du 13 février 2017, CNPT 02/2017, ch. 12.

²⁸ Rapport au Conseil d'État du canton du Valais concernant les visites de suivi de la CNPT dans le centre de détention LMC de Granges des 19 décembre 2017 et 17 janvier 2019, CNPT 01/2019, ch. 19; CNPT, Rapport Realta, ch. 18; CNPT, Rapport Bässlergut, ch. 17; cf. aussi CPT/Inf(2017)3, p. 5; voir ATF 122 II 299, consid. 5a concernant l'accès à des activités occupationnelles utiles et à des activités de loisirs.

²⁹ Voir pour un aperçu général les normes minimales selon Prise en charge médicale dans les établissements de privation de liberté en Suisse: rapport de la Commission nationale de prévention de la torture (2018-2019), du 14 novembre 2019 (cit. CNPT, Rapport général prise en charge médicale), p. 12 à 24.

³⁰ Voir à ce sujet CPT/Inf(2017)3, p. 9; CNPT, Rapport général prise en charge médicale, ch. 82 par analogie; CNPT, Rapport Realta, ch. 25.

L'accès à des soins médicaux et psychiatriques doit être garanti et proposé régulièrement.³¹

Contacts avec le monde extérieur

Les personnes placées en détention administrative en application du droit des étrangers devraient avoir la possibilité de recevoir quotidiennement des **visites** pendant au moins deux heures, dans des locaux appropriés.³²

Ce type de mesure n'étant pas une sanction pénale, les intéressés doivent avoir accès à internet³³ et être autorisés à utiliser leur téléphone portable³⁴, au moins durant une partie de la journée (par ex. pendant la promenade).³⁵ Selon le Tribunal fédéral, un refus général d'accès à Internet constitue une restriction disproportionnée des libertés d'opinion et d'information.³⁶

Droit d'être informé et de consulter un avocat

Le **règlement intérieur** définissant les modalités d'exécution de la détention administrative en application du droit des étrangers doit être disponible en plusieurs langues et librement accessible.³⁷

Les personnes placées en détention en application du droit des étrangers doivent être systématiquement informées, dans une langue qu'elles comprennent, de **leurs droits et leurs et leurs obligations** (par ex. remise d'un dépliant à leur arrivée dans le centre).³⁸

Elles doivent avoir la possibilité, au moins une fois par semaine, de consulter un **avocat**.³⁹

Personnel des centres d'exécution

Les centres d'exécution de la détention administrative en application du droit des étrangers doivent disposer de **personnel qualifié**.⁴⁰

Le personnel travaillant dans ces centres ne doit pas avoir d'uniforme ou d'équipement, ni d'attitude **suggérant un régime carcéral**.⁴¹

Les agents doivent être soigneusement sélectionnés et bénéficier d'une formation appropriée⁴² visant à développer non seulement les **aptitudes en matière de communication interpersonnelle**, mais aussi la **sensibilité à différentes cultures**.

Il serait souhaitable qu'une partie du personnel ait des **connaissances linguistiques pertinentes**.⁴³

³¹ Cf. CPT/Inf(2017)3, p. 9; CNPT, Rapport général prise en charge médicale, ch. 101 et 108 par analogie.

³² CNPT, Rapport Bässlergut, ch. 24.

³³ Cf. CPT/Inf(2017)3, p. 6.; Cf. arrêt 2C_765/2022 du Tribunal fédéral, consid. 5.2.3.

³⁴ Cf. CPT/Inf(2017)3, p. 3; CPT/Inf(2009)27-part, ch. 82; Report to the Czech Government on the visit to the Czech Republic carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 1 to 10 April 2014, 31 March 2015, CPT/Inf (2015) 18, ch. 42.

³⁵ Cf. CNPT, Rapport Bässlergut; CNPT, Rapport Realta, ch. 30.

³⁶ Cf. arrêt 2C_765/2022 du Tribunal fédéral, consid. 5.2.3.

³⁷ Art. 16, par. 5, de la directive de l'UE sur le retour; Bericht an den Regierungsrat des Kantons Graubünden betreffend den Besuch der NKVF in der JVA Realta und im Untersuchungsgefängnis Thusis vom 3. und 4. Mai 2011, NKVF 04/2011, ch. 71 et 95; CNPT, Rapport Realta, ch. 31.

³⁸ Art. 16, par. 5, de la directive de l'UE sur le retour; cf. Règles Nelson Mandela, règle 55, ch. 1; CM(2005)40-final, principe 10, ch. 7; CPT/Inf(97)10-part, ch. 30; CPT/Inf(2017)3, p. 3; CPT/Inf(2009)27-part, ch. 88

³⁹ CNPT, Rapport Bässlergut, ch. 29.

⁴⁰ CM(2005)40-final, principe 10, ch. 1; CPT/Inf(2009)27-part, ch. 77; CPT/Inf(2017)3, p. 6.

⁴¹ CPT/Inf(2017)3, p. 6.

⁴² Cf. arrêt 2A.337/2005 du Tribunal fédéral, consid. 6.5.3.

⁴³ CPT/Inf(2017)3, p. 6; cf. Rapport au Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg relatif à sa visite effectuée au Luxembourg par le Comité européen pour la prévention de la torture et de peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 28 janvier au 2 février 2015, ch. 111.