

LA DÉTENTION ADMINISTRATIVE EN QUESTIONS

Le régime de la détention administrative est souvent méconnu. Ce manque de présence dans l'espace public ne facilite pas la mise en lumière des questionnements qui y sont spécifiques. En voici un bref aperçu.

CADRE LÉGAL

La détention administrative est une forme de détention particulière, réglée principalement dans la Loi sur les étrangers·ères et l'intégration (LEI). Elle doit être clairement distinguée d'une détention préventive ou de l'exécution d'une peine privative de liberté. La détention administrative consiste à incarcérer une personne dans le but de garantir que son renvoi ou son expulsion soit exécutée. L'objectif d'une telle détention est donc de s'assurer que la personne quitte le territoire helvétique. Par exemple, si des éléments concrets font craindre que la personne concernée entend se soustraire au renvoi ou à l'expulsion, elle peut être placée en détention. Une personne peut aussi être détenue si la décision de renvoi est notifiée dans un centre de la Confédération et que l'exécution du renvoi est imminente¹. En Suisse, la durée maximale de la détention administrative est de dix-huit mois².

En matière de droit des personnes étrangères, il existe six mesures de contrainte qui entraînent une détention³: la rétention, la détention en phase préparatoire, la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion, la détention dans le cadre de la procédure Dublin, la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion en cas de non-collaboration à l'obtention des documents de voyage et la détention pour insoumission. De telles mesures sont prononcées en nombre très variable. La rétention, la détention faisant suite à une procédure Dublin, ainsi que la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion sont les principales mesures ordonnées⁴. La législation suisse prévoit que la détention administrative soit effectuée dans un établissement spécialement prévu pour ce type de détention. Il s'agit du principe de la séparation des personnes détenues. Ce n'est qu'exceptionnellement que des personnes détenues pour des raisons administratives peuvent être placées dans un établissement de privation de liberté dans lequel sont incarcérées des personnes en détention préventive ou purgeant une peine. Dans de tels cas, les personnes concernées doivent tout de même être détenues séparément des personnes en détention préventive ou purgeant une peine⁵.

Dans son rapport relatif à la visite effectuée en Suisse en 2021⁶ le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) est satisfait que la Suisse reconnaisse que le régime de détention administrative doit différer des autres régimes de détention et que la Suisse ait, en 2019, inscrit le principe de

séparation dans la LEI. Toutefois, le CPT regrette le manque d'établissements prévus pour la détention administrative. Au moment de la visite du CPT, seuls 5 centres de détention pour étrangers·ères étaient en service. Même si les personnes étrangères ne sont détenues en principe que pendant quelques jours dans des établissements pénitentiaires ordinaires, le CPT insiste sur le fait que le milieu carcéral n'est pas adapté pour la détention administrative. Ainsi, dans son rapport, le CPT « recommande aux autorités suisses de redoubler d'efforts pour transférer rapidement les ressortissants étrangers qui font l'objet de mesures de contrainte en vertu de la législation sur les étrangers dans des centres spécifiquement conçus pour la détention administrative et pour éviter leur détention en milieu carcéral. ». De manière plus générale, le CPT encourage à trouver des alternatives à la détention administrative.

Un des obstacles à la bonne compréhension et au questionnement est ce terme hypocrite en français de « détention administrative » ou de « lieu de mesures et contraintes » (LMC). Tout est fait pour éviter de dire que le but final, c'est le renvoi dans leur pays des personnes détenues. Cette confusion touche aussi les différentes organisations qui s'occupent du suivi des personnes détenues dans ce cadre. Par exemple, la question s'est posée à Genève de savoir si l'aumônerie pour les personnes en détention administrative va de pair avec celles des centres d'asile ou avec celles des lieux de détention. Ce problème peut paraître insignifiant, mais il est révélateur de la difficulté à dire ce qui est : la Suisse place en détention des personnes en vue de leur renvoi. Le fait qu'il s'agisse bien d'un régime de détention tend à être systématiquement minoré ou occulté. Pourtant, pour de nombreuses personnes, c'est un choc puissant que d'être innocent sur le plan pénal mais tout de même placé en détention avec des libertés fortement restreintes.

UNE PROCÉDURE ADMINISTRATIVE DURE À VIVRE

Là où le terme « administrative » prend tout son sens, c'est en lien avec la notion de prescription. Il n'y en a tout simplement pas en droit administratif. À titre de comparaison, si vous roulez sans permis, vous êtes punissable en tout temps car c'est une violation des normes administratives. Il en va de même pour les personnes étrangères en situation irrégulière. À tout moment, la

police peut venir les arrêter et les faire détenir en vue de leur expulsion.

Le problème que pose cette façon de procéder, c'est qu'elle ne tient pas compte de la différence entre une infraction aux normes administratives usuelles, comme en cas de défaut de permis de conduire, et l'infraction par sa simple présence non-autorisée sur territoire suisse. L'un des arguments qui est parfois avancé est que les personnes concernées « n'auraient qu'à faire un effort et entreprendre les démarches pour voir leur séjour régularisé ». Or, ces démarches ne sont pas si évidentes que cela. Tout d'abord, parce que comme toutes démarches administratives, elles nécessitent de la patience et de l'aide pour s'y retrouver. Ensuite, il s'agit de ne pas commettre d'impair en voulant bien faire, comme vouloir s'annoncer à la commune, sous peine d'être arrêté et condamné pour infraction à la loi sur les étrangers. Enfin, dans le cas de personnes travaillant au noir, celles et ceux qui organisent leur travail n'ont aucun intérêt à ce que ces personnes soient régularisées sous peine de perdre une main-d'œuvre bon marché. On ne manquera d'ailleurs pas de relever ici que si le discours public est souvent très dur envers les personnes en situation illégale, il n'est jamais publiquement question de punir durement celles et ceux qui profitent de cette situation de vulnérabilité extrême.

PLUS LA DÉTENTION DURE, MOINS ELLE EST EFFICACE

Un des autres problèmes propres à la détention administrative est son côté relativement aléatoire. Tout le monde n'est pas contrôlé et arrêté et surtout, tout le monde ne finit pas par être expulsé. Si la personne n'est pas reconnue par son pays, elle ne peut pas être expulsée. D'autres cas de figure sont aussi possibles, qui empêchent de connaître le sort d'une personne avant la fin de la procédure. Si la justice pénale n'est heureusement pas entièrement prévisible, les affaires y sont plus rapidement claires. Le constat d'une infraction en matière pénale débouche automatiquement sur une peine, sauf vice de procédure. En matière de droit des étrangers, les choses sont bien plus nuancées.

Ces nuances pèsent lourdement sur les personnes détenues. Jusqu'au dernier moment, il est impossible de ne pas espérer. Ce dernier moment met souvent longtemps à arriver et en cas de réponse négative, le désespoir n'en est que plus intense. Si de nombreux cas sont rapidement traités, d'autres traînent en longueur. Or, une étude⁷ le montre bien : au-delà de trente jours, la détention administrative aboutit de moins en moins à un renvoi. Elle permet toujours de remplir la mission d'exercer une surveillance accrue d'une personne, mais rien de plus. Une personne qui ne décide pas de partir d'elle-même après un certain délai verra la procédure devenir très longue et hasardeuse. Si cela ne représente qu'environ 20%

des personnes concernées, cela questionne tout de même sur la pertinence des détentions de longue durée en vue du renvoi qui ne semblent pas permettre de parvenir au but recherché.

DES LENTEURS ET ABSURDITÉS ADMINISTRATIVES AUX DÉPENS DES PERSONNES

Dans de nombreux cas, la détention est vécue comme une punition injustifiée par les personnes détenues. La lenteur du système contribue à ce ressenti, notamment lorsque le dossier semble clair et que la détention dure tout de même plusieurs semaines. Il faut en effet parfois compter plusieurs semaines avant d'avoir une audition avec le service compétent et souvent, cette audition est insatisfaisante car la personne ne se sent pas écoutée. Elle a droit à une audience où une décision lui est notifiée et non à un entretien contradictoire où elle peut préciser des points ou en rejeter certains, ce qui est très frustrant car elle aimerait pouvoir s'expliquer.

Quand la personne relève des accords de Dublin, elle a en général la malchance de rester détenue un mois sans aucune nouvelles, le temps que le délai de réponse du pays responsable soit épuisé et que le renvoi soit effectif. Si l'argument de la nécessité de la privation de liberté dans ce genre de cas se comprend en lien avec le risque de disparition ou fuite, cela ne justifie pas que les délais de procédures soient aussi longs alors que les cas sont aussi simples.

Dans les cas des longs séjours en détention, les personnes détenues ont l'impression que la détention est prolongée dans le but de les faire céder pour qu'elles acceptent leur renvoi. La frontière avec une sanction, ce que ne doit pas être ce type de détention, devient ténue. Et elle l'est encore plus avec les personnes qui sont libérées puis incarcérées à nouveau. Si le cas est heureusement peu fréquent, quelques personnes ne quittent pas le territoire suisse à leur libération, tout en ne pouvant être expulsées. Dès lors, en cas de contrôle, elles sont enfermées puis rapidement libérées. Mais la détention est exécutée, sans se soucier de sa manifeste inutilité, car le système ne prévoit que la contestation de la proportionnalité de la détention, pas de l'arrestation.

UN MANQUE D'ARTICULATION ENTRE DÉTENTION PÉNALE ET ADMINISTRATIVE

Un autre cas de figure problématique concerne les personnes qui arrivent en détention administrative après avoir purgé une peine pénale. Cette façon de faire peut sembler cohérente lorsque celle-ci est de courte durée et ne permet pas d'organiser un renvoi dans un délai raisonnable. Dans le cas d'une détention plutôt longue, cela est plus difficile à comprendre. Dans au moins un cas qui nous a été rapporté, une personne a accepté son renvoi à l'issue de sa peine, quatre mois plus tard.

Elle aura toutefois été transférée en détention administrative en attendant que ce renvoi soit exécutoire avec un mois de retard environ par rapport à ce qui avait été discuté. Dans un autre cas, après une peine de plus de cinq ans, une personne n'a été fixée sur son expulsion qu'après plusieurs semaines en détention administrative. Difficile de ne pas rejoindre ces personnes quand elles parlent de punition destinée à les dégoûter de la Suisse et à en faire des exemples.

Questionné par écrit sur de tels cas, le service des migrations (Migrationsdienst ou MIDI) du canton de Berne nous répond que des raisons d'organisation et de sécurité peuvent justifier de tels placements en détention. Une source au sein de l'administration pénitentiaire bernoise nous a elle clairement dit que si les lieux de détention ne relancent pas le MIDI avant la sortie, le dossier est traité trop tard, ce qui mène à un placement en détention.

DÉTENTION ADMINISTRATIVE ET PRATIQUE MÉDICALE

Si la pratique de la médecine est particulièrement complexe en milieu carcéral, elle l'est d'autant plus dans le domaine de la détention administrative. Il convient en préambule de rappeler qu'en vertu du principe d'équivalence des soins, les soins dispensés à des personnes détenues ne doivent pas être moins bons que ceux dont bénéficie la population générale⁸. Dans le cadre de la détention administrative, différentes critiques sont apportées par les professionnel·le·s du milieu médical⁹. Tout d'abord, une certaine érosion du secret médical est relevée, notamment du fait de l'obligation de transmettre les données médicales nécessaires à l'évaluation de l'aptitude au transport des personnes frappées d'une décision de renvoi ou d'expulsion entrée en force¹⁰. Ensuite, les différentes incertitudes entourant le régime de la détention administrative – prise de connaissance et durée de la détention, exécution du renvoi ou de l'expulsion, etc. – limitent la prise en charge médicale. Finalement, il est demandé au personnel soignant de se prononcer sur l'état de santé du/de la patient·e, afin de déterminer si le transport peut avoir lieu, alors même que les soignant·e·s n'ont pas accès à l'entier des informations concernant la personne détenue. Le personnel soignant est ainsi placé dans une situation délicate, subissant les pressions des autorités qui souhaiteraient exécuter le renvoi ou l'expulsion et ayant parfois de la peine à ne pas être perçu par le/la patient·e comme un des acteurs chargés d'organiser le renvoi. À ces différents constats s'ajoute le fait que de nombreuses personnes se trouvant en détention administrative souffrent de troubles psychiatriques et autres maladies physiques. De plus, un renvoi implique le retour dans un pays quitté, parfois il y a plusieurs années, pour des raisons jugées comme indispensables. La perspective d'un renvoi forcé peut ainsi aggraver des maladies psychiques et/ou physiques déjà

existantes.

DES RENVOIS À TOUT PRIX

L'exécution des renvois est aussi un motif d'étonnement. Des pays comme le Mali sont considérés comme assez sûrs pour procéder à des renvois, tandis que pour les Sri Lankais au plus fort des troubles en 2022, le Secrétariat d'État aux migrations (SEM) déclarait qu'une nouvelle demande était nécessaire en cas de renvoi et ne donnerait pas droit d'office à l'asile en raison de la situation politique¹¹. Qui en Suisse sait que les Maliens demeurent expulsables malgré l'instabilité de leur pays et qu'une révolution n'est pas un motif suffisant pour interrompre les expulsions vers un pays comme ce fut le cas pour le Sri Lanka et le Burkina Faso en 2022 ? Pratiquement personne. Or, ce fait est choquant, car bien que cela soit légal, le choix entre nécessité d'expulsion et protection de la personne et de la société semble toujours pencher vers l'expulsion. Dans de récents dossiers pénaux, l'expulsion a été considérée nécessaire avec le même argument à chaque fois : la sécurité publique prime. Comme si des personnes posant un risque en Suisse n'en poseraient plus dans un autre pays¹².

UNE DÉTENTION INADAPTÉE AUX CAS PLUS COMPLIQUÉS EN MATIÈRE DE SÉCURITÉ

Du côté des lieux de détention, une question est d'ailleurs posée par ces fameuses « personnes posant un risque pour la sécurité publique ». Si leur détention peut parfois s'effectuer en quartier de haute sécurité avec des droits très restreints, leur détention administrative, n'étant plus une détention pénale, doit leur donner le droit à des conditions de détention bien plus légères. Le message envoyé est assez étonnant : pendant des années, la personne a été considérée comme posant un risque de sécurité et au moment de son expulsion, ce risque disparaît comme par enchantement. De plus, en cas de violences répétées, il n'y a pas de structures mieux sécurisées pour gérer ce cas de figure, ce qui signifie que des mesures disciplinaires seront prises et risque de ne pas être adéquates avec le type de détention sur le long terme, sans qu'une autre alternative n'existe.

DES COÛTS TRÈS IMPORTANTS POUR UNE EFFICACITÉ QUESTIONNABLE

La dernière question posée par l'organisation actuelle de la détention administrative est celle de ses coûts. Si la politique répressive s'applique à tous les régimes de détention, sans compter les moyens financiers colossaux nécessaires, dans le cas de la détention administrative, il y a une subtilité supplémentaire. Le taux de libération a beau ne probablement pas être très élevé sur l'ensemble des cas, il n'en demeure pas moins interpellant de par ses conséquences. En effet, chaque jour en détention coûte aux contribuables. Cela vaut-il dès

lors vraiment la peine de détenir des personnes en situation irrégulière en Suisse depuis de nombreuses années, ne causant pas de problèmes et travaillant, quand bien même au noir ? Une régularisation reviendrait probablement, dans ce genre de cas, meilleur marché que d'enfermer en espérant une expulsion qui ne viendra peut-être jamais.

Il n'y a probablement qu'en détention administrative que les actes d'expertise peuvent traîner autant en longueur sans entraîner de nullité de la procédure. Un cas jugé par le Tribunal fédéral le montre bien¹³ : la personne qui a introduit le recours est en toute vraisemblance Burkinabée, mais cela n'a pas pu être prouvé de manière formelle et définitive en 2014 et 2019. Une nouvelle expertise, via une rencontre avec la délégation du Burkina Faso comme précédemment, est agendée pour octobre 2022, alors que la personne est incarcérée depuis mars 2022. Plus de sept mois pour retenter une expérience qui a de grandes chances d'être non-concluante comme les deux fois précédentes. Si le tribunal a rempli son rôle et ne s'est penché que sur la proportionnalité de détenir le recourant en vue de son expulsion, il demeure étonnant qu'aucune critique ne soit adressée quant à la lenteur de la procédure et son peu d'efficacité.

QUELQUES PISTES POLITIQUES

En résumé, si la détention en vue du renvoi, un nom bien plus correct pour ce qui est pratiqué, n'est pas le régime de détention le plus dur de Suisse, quantité d'améliorations peuvent être apportées. Elles touchent notamment aux moyens administratifs mis en œuvre. Ainsi, certains cas devraient mener à une procédure de régularisation et non à une procédure d'expulsion : cela aurait plus de chances d'aboutir et coûterait moins cher. C'est particulièrement le cas pour des personnes socialisées en Suisse, même si elles vivent en marge de la société, et pour celles qui n'ont aucune chance d'être expulsées et qui font des allers-retours entre détention et liberté.

Dans l'ensemble des cas, plus de moyens en termes de personnel en charge des dossiers, notamment les dossiers Dublin en Suisse et ailleurs, accéléreraient les procédures et surtout les humaniseraient en ne laissant pas des personnes croupir en détention en attendant qu'un délai expire.

Le passage de la détention pénale à l'expulsion du territoire doit être préparé dès que possible pour éviter tout placement en détention non nécessaire.

Pour l'aspect médical, le secret devrait être absolu et les soins être la priorité, quitte à ce que cela retarde ou empêche l'expulsion.

Enfin, les procédures devraient être abandonnées après un

certain nombre d'années en l'absence d'éléments nouveaux et probants. De même, les procédures vers des pays considérées comme « à risque » devraient être suspendues d'office.

Ce genre de propositions ne peut venir que du monde politique, qui peine à sortir de débats populistes, sur les demandes d'asile uniquement hors de Suisse ou la détention hors de Suisse, pour s'intéresser à ce qui se fait pour corriger ce qui peut l'être. La tâche est d'autant plus difficile que l'asile touche aux accords de Dublin et que seule, la Suisse ne changera rien. Mais qui sait, à force de revenir à la charge sur les mêmes points, les choses pourraient finir par bouger !

■ DAVID KNEUBÜHLER ET FLORENT MORISOD

Notes:

1. Pour un aperçu des différents motifs de détention, cf. art. 75 ss LEI.
2. Cf. art. 79 LEI.
3. Cf. art. 73 à 78 LEI.
4. Cf. à titre d'exemple les statistiques de l'Office de la population du canton de Berne pour l'année 2022 : 206 cas de détention en vue du renvoi ou de l'expulsion, 191 cas de détention liée à la procédure Dublin, 159 cas de rétention, 6 cas de détention en phase préparatoire et aucun cas de détention faisant suite à une non-collaboration à l'obtention des documents de voyage ou de détention pour insoumission (total des cas : 562).
5. Cf. art. 81 al. 2 LEI.
6. Rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en Suisse par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 22 mars au 1er avril 2021, 08.06.22.
7. C. Achermann, A. Bertrand, J. Miaz et L. Rezzonico, 2019, Administrative Detention of Foreign Nationals in Figures. NCCR, 2019.
8. Cf. notamment : Conseil de l'Europe, Recommandation no (98) 71 du Comité des Ministres aux Etats membres relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire (adopté par le Comité des Ministres le 8 avril 1998, lors de la 627e réunion des Délégués des Ministres).
9. Pour tout le sujet, cf. A. Bréchet Bachmann / H. Wolf, Migration et détention administrative: les défis pour la pratique médicale, in : Revue médicale Suisse 2022/18, p. 1358-1360.
10. Cf. art. 71b al. 1 LEI.5.
11. RTS (juillet 2022). [L'organisation mondiale contre la torture demande l'arrêt des renvois vers le Sri Lanka.](#)
12. Ajour (n.d.). [Un jeune Syrien condamné à Moutier pour une agression sera bien expulsé, a décidé la Cour suprême.](#)
13. Arrêt TF du 13 octobre, 2022, 2C_765/2022.