



Manuel Asile et retour

Article G5 Les mesures de contrainte en matière de droit des étrangers

Synthèse

Lorsqu'une personne frappée d'une décision de renvoi ou d'expulsion laisse expirer le délai qui lui a été imparti pour partir, ne s'exécute pas ou se soustrait à son obligation de quitter le pays, l'autorité d'exécution du renvoi peut ordonner des mesures de contrainte à son encontre. Ces mesures servent à faire appliquer la décision de renvoi contre sa volonté ou à l'inciter à se conformer à l'obligation qui lui est faite de quitter le territoire suisse.

Les mesures de contrainte sont réglées de manière uniforme dans les [art. 73 à 78 de la loi fédérale sur les étrangers \(LEtr\)](#) et s'appliquent tant aux cas d'asile qu'à ceux relevant du droit des étrangers. La LEtr prévoit les mesures de contrainte suivantes :

- la rétention (art. 73 LEtr) ;
- l'assignation d'un lieu de résidence et l'interdiction de pénétrer dans une région déterminée (art. 74 LEtr) ;
- la détention en phase préparatoire (art. 75 LEtr) ;
- la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion (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 (art. 77 LEtr) ;
- la détention pour insoumission (art. 78 LEtr).

Le droit des étrangers regroupe la détention en phase préparatoire, la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion et la détention pour insoumission sous le terme générique de détention administrative. La détention en phase préparatoire vise à assurer l'exécution d'une procédure de renvoi, tandis que la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion a pour but de garantir l'exécution d'une décision de renvoi ou d'expulsion notifiée, mais pas encore obligatoirement entrée en force. La détention pour insoumission vise à faire changer de comportement d'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 135 II 105).



Table des matières

Chapitre 1 Bases légales	3
Chapitre 2 Mesures de contrainte en matière de droit des étrangers	4
2.1 Conditions et principes	4
2.1.1 Renvoi et expulsion au titre de l'art. 69 LEtr	4
2.1.2 Durée maximale de la détention au titre de l'art. 79 LEtr	5
2.1.3 Conditions de détention au titre de l'art. 81, LEtr	5
2.2 Types de mesures de contrainte en vertu du droit des étrangers	6
2.2.1 Rétenion au titre de l'art. 73 LEtr	6
2.2.2 Assignation d'un lieu de résidence et interdiction de pénétrer dans une région déterminée au titre de l'art. 74 LEtr	7
2.2.3 Détention en phase préparatoire au titre de l'art. 75 LEtr	7
2.2.4 Détention en vue du renvoi ou de l'expulsion au titre de l'art. 76, LEtr	8
2.2.5 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	8
2.2.6 Détention pour insoumission au titre de l'art. 78 LEtr	8
Chapitre 3 Références et lectures complémentaires	10



Chapitre 1 Bases légales

[Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales](#) (CEDH) ; RS 0.101

Art. 5

[Loi du 16 décembre 2005 sur les étrangers](#) (LEtr) ; RS 142.20

Art. 64, 69, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81 et 83

[Loi du 26 juin 1998 sur l'asile](#) (LAsi) ; RS 142.31

Art. 31a

[Loi du 20 mars 2008 sur l'usage de la contrainte et de mesures policières dans les domaines relevant de la compétence de la Confédération](#) (LUc) ; RS 364

Art. 19



Chapitre 2 Mesures de contrainte en matière de droit des étrangers

2.1 Conditions et principes

Selon l'[art. 5, ch. 1, let. f, CEDH](#), la détention administrative ordonnée en vertu du droit des étrangers est admissible uniquement si la personne fait l'objet d'une « procédure d'expulsion ou d'extradition en cours » (soit d'une procédure de renvoi ou d'expulsion selon la terminologie suisse). Dans la pratique, la détention vise l'éloignement possible et légal de la personne. S'il est établi que l'éloignement est impossible ou illégal, la détention ne peut pas atteindre son but et ne peut donc pas être ordonnée. Qu'une décision de renvoi ait été rendue ne joue aucun rôle. Seul importe que l'exécution à court terme d'une mesure d'éloignement soit suffisamment probable (ATF 127 II 168, consid. 2b, avec références). Il convient par ailleurs de tenir compte des principes généraux de la procédure, en particulier du principe de la proportionnalité.

2.1.1 Renvoi et expulsion au titre de l'[art. 69 LETr](#)

Le renvoi ou l'expulsion exécuté au sens de l'[art. 69, al. 1, LETr](#) est une mesure d'exécution. Un étranger est renvoyé ou expulsé par l'autorité compétente dans les cas suivants :

- a. le délai imparti pour son départ est écoulé ;
- b. l'étranger peut être renvoyé ou expulsé immédiatement ;
- c. l'étranger se trouve en détention administrative en vertu du droit des étrangers et la décision de renvoi ou d'expulsion est exécutoire.

Si l'étranger a la possibilité de se rendre légalement dans plusieurs Etats, l'autorité compétente peut le renvoyer ou l'expulser dans le pays de son choix ([art. 69, al. 2, LETr](#)), en tenant compte du principe du non-refoulement.

L'exécution du renvoi ou de l'expulsion peut, selon le cas, nécessiter l'application de mesures de contrainte policières, qui peuvent être ordonnées conformément à la [loi sur l'usage de la contrainte et de mesures policières dans les domaines relevant de la compétence de la Confédération \(LUSC ; RS 364\)](#) et aux pouvoirs décisionnels des cantons. Le principe de la proportionnalité doit être respecté.

L'[art. 69, al. 3, LETr](#) règle le report de l'exécution du renvoi ou de l'expulsion pour une période appropriée lorsque des circonstances particulières le justifient, telles que des problèmes de santé de la personne concernée, l'absence de moyens de transport ou un recours en cours avec effet suspensif. 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, l'admission provisoire est ordonnée ([art. 83 LETr](#)).



2.1.2 Durée maximale de la détention au titre de l'art. 79 LEtr

Selon l'[art. 79 LEtr](#), la durée maximale de détention ne peut excéder 18 mois. Pour les mineurs âgés de 15 à 18 ans, elle ne peut excéder 12 mois. La durée des différents types de détention est définie dans les différents articles y correspondant. La condition pour une décision de mise en détention est le respect du principe de célérité. Cela signifie que l'autorité compétente est tenue de prendre rapidement des mesures en vue de l'exécution du renvoi (principe de célérité, art. 75 par. 2 LEtr). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la privation de liberté est contraire au droit lorsqu'aucune mesure n'est prise pour l'exécution du renvoi durant plus de deux mois (BGE 124 II 51).

En principe, la durée maximale de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion est de 6 mois [art. 79, al. 1, LEtr](#). Les différents types de détention (en phase préparatoire, en vue du renvoi ou de l'expulsion, pour insoumission) peuvent être combinés. La limite supérieure de 6 mois 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 6 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) 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 12 mois au total. La prolongation de la détention des jeunes est possible jusqu'à 6 mois. La [Directive de l'UE relative au 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. Au contraire de cette directive, qui ne fixe aucune limite d'âge inférieure pour la détention des jeunes, la LEtr prévoit une limite inférieure fixée à 15 ans ([art. 80, al. 4, LEtr](#)).

2.1.3 Conditions de détention au titre de l'art. 81, LEtr

Les restrictions à la liberté personnelle imposées par la détention ne doivent pas aller au-delà de ce qu'exigent le but de la détention et le fonctionnement normal de l'établissement de détention. C'est en ce point que se distinguent la détention en vertu du droit des étrangers et la détention relevant du droit pénal. Par exemple, la détention administrative ne prévoit aucune restriction en matière de contact avec le monde extérieur ou avec d'autres personnes également mises en détention administrative. Selon le Tribunal fédéral, les restrictions ne se justifient qu'en tant qu'elles répondent à un besoin de sécurité ou que le fonctionnement de l'établissement de détention l'exige. Selon la [Directive de l'UE relative au retour](#), la détention doit s'effectuer en règle générale dans des centres de détention spécialisés. En l'absence de tels centres de détention, les ressortissants de pays tiers placés en détention administrative doivent être séparés des prisonniers de droit commun.



Cette directive européenne contient en outre diverses instructions relatives aux personnes vulnérables, aux mineurs et aux familles. Elle exige en particulier que les familles placées en détention disposent d'un lieu d'hébergement séparé qui leur garantit une intimité adéquate. Les mineurs placés en détention administrative doivent avoir la possibilité de pratiquer des activités de loisirs. Ces instructions sont largement prises en considération dans les cantons et figurent en partie dans les lois cantonales applicables en la matière. En ce qui concerne les conditions de la détention, la LEtr ne contient que des dispositions générales, sachant que 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.

2.2 Types de mesures de contrainte en vertu du droit des étrangers

2.2.1 Réten-tion au titre de l'art. 73 LEtr

Les autorités compétentes de la Confédération ou des cantons peuvent ordonner la rétention de personnes afin de leur notifier une décision relative à leur statut de séjour, par exemple une décision de renvoi ou d'expulsion en application de l'[art. 64 LEtr](#) ou une décision d'asile, ou d'établir leur identité, pour autant que leur collaboration soit requise dans ce cadre.

La rétention ne peut durer que le temps nécessaire au règlement des vérifications requises ou à la notification de la décision (y c. le transport). Lorsque la personne concernée doit être mise en détention en phase préparatoire, en vue d'un renvoi ou d'une expulsion ou pour insoumission suite à une rétention, la mise en détention doit être ordonnée immédiatement après le bouclement du contrôle d'identité ou la notification de la décision.

La durée maximale de la rétention ne peut excéder trois jours ([art. 73, al. 2, LEtr](#)). Sur requête, l'autorité judiciaire compétente contrôle, a posteriori, la légalité de la rétention ([art. 73, al. 5, LEtr](#)). La durée de la rétention n'est pas comptabilisée dans la durée de la détention en vue de l'exécution du renvoi ou de l'expulsion, de la détention en phase préparatoire ou de la détention pour insoumission ([art. 73, al. 6, LEtr](#)). Le délai de 96 heures prévu pour l'examen par l'autorité judiciaire ([art. 80, al. 2, LEtr](#)) court toutefois dès l'arrestation exécutée en application du droit des étrangers, ce qui signifie qu'un juge doit examiner la légalité et l'adéquation de la détention dans un délai de 96 heures à compter de l'arrestation (ATF 2C.60/2007).

Il faut différencier la rétention prévue par la LEtr de la rétention de courte durée définie à l'[art. 19 LUsC](#), qui est utilisée notamment en exécution d'un mandat d'amener par la police en vertu du droit des étrangers et de procédure pénale relevant du droit des étrangers, et qui ne peut excéder 24 heures.



2.2.2 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. D'une part, elles permettent de prendre des mesures contre les étrangers qui portent atteinte à la sécurité et à l'ordre publics mais ne peuvent être renvoyés immédiatement de Suisse (demande d'asile en suspens, absence de documents de voyage ou de volonté de la part de l'intéressé de quitter le pays). D'autre part, elles sont applicables aux personnes dont le renvoi ou l'expulsion ne peut être exécuté mais que les autorités souhaitent tenir éloignées d'un lieu donné. Enfin, elles représentent aussi une mesure de contrainte plus clémentine qu'une détention administrative, raison pour laquelle il convient, avant d'ordonner une mise en détention, de vérifier si une assignation ou interdiction telle que prévue par l'[art. 74, al. 1, let. a, LEtr](#) ne serait pas envisageable. Une assignation ou une interdiction au sens de l'[art. 74, al. 1, let. b, LEtr](#) peut être prononcée 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. Lorsque l'exécution du renvoi ou de l'expulsion est reportée ([art. 69, al. 3, LEtr](#)), l'autorité compétente en matière d'exécution peut prononcer une assignation ou une interdiction afin de garantir l'exécution ultérieure du renvoi ou de l'expulsion ([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 report du renvoi ou de l'expulsion est dû à un manque provisoire de moyens de transport.

2.2.3 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-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.



2.2.4 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'il existe un motif de détention. L'exécution du renvoi doit être objectivement possible et applicable même contre la volonté de la personne visée. 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).

2.2.5 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 la différence de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion, 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 une fois l'autorité en possession des documents de voyage. La procédure d'examen se déroule par écrit ([art. 80, al. 2, LEtr](#)).

La durée maximale de ce type de détention ne peut excéder 60 jours.

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

La détention pour insoumission vise à faire changer de comportement d'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 compétente 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 volontaire de Suisse 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](#)).

La détention pour insoumission peut être ordonnée pour une période initiale d'un mois, puis être prolongée pour des périodes successives de deux mois. La durée maximale de la détention ou de la prolongation de la détention est régie par l'[art. 79 LEtr](#).



Chapitre 3 Références et lectures complémentaires

Spescha / Thür / Zünd / Bolzli, *Migrationsrecht Kommentar, 2012 : Schweizerisches Ausländergesetz (AuG) und Freizügigkeitsabkommen (FZA) mit weiteren Erlassen*, Zurich.

Uebersax / Rudin / Hugi Yar / Geiser (éd.), *Handbücher für die Anwaltspraxis, 2008 : Ausländerrecht : Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz – von A(syl) bis (Z)ivilrecht, 2^e édition*, Bâle / Genève / Munich.