



Ligue suisse des Droits de l'Homme

Section de Genève

**Affiliée à la Fédération Internationale
des Droits de l'Homme**

BULLETIN D'INFORMATION

Automne 2017

Ligue Suisse des Droits de l'Homme - section de Genève

Rue des Savoises 15, 1205 Genève

www.lsdh.net - lsdh.geneve@gmail.com

CCP 12-15783-2

Table des matières

I. Edito	p. 4
II. Rapports d'activités des Commissions	
A. La Commission de détention pénale	p. 6
B. La Commission de détention administrative	p. 12
III. Articles	
A. Eléments pour la protection détenus par le droit international ; <i>D. Scalia</i>	p. 20
B. La criminalisation des sans-papiers ; entre le droit et la pratique ; <i>A. Sergueeva</i>	p. 25

EDITO

Chère lectrice, Cher lecteur,

Chère membre, cher membre,

Chère bénévole, cher bénévole,

Après quelques années sans la publication d'un bulletin, nous avons pensé qu'en dépit de la multiplication des moyens de communication alternatifs, il importait de réunir à nouveau, ponctuellement, des contributions écrites qui témoignent de nos préoccupations et des actions menées par la Ligue Suisse des Droits de l'Homme à Genève et ses membres. Vous tenez donc entre vos mains le nouveau bulletin de notre section, que nous publions un peu avant de fêter notre 90ème anniversaire, en 2018.

Cela fait maintenant près de 90 ans que la Ligue Suisse des Droits de l'Homme (LSDH) a été créée, à Genève. Notre anniversaire, que l'on espère marquer par une série d'événements, dont certains pourront être festifs, ne nous donnera cependant pas que des raisons de nous réjouir. Si c'est avec émotion et reconnaissance que nous pensons aujourd'hui à toutes celles et à tous ceux qui ont fait vivre la LSDH à Genève depuis tant d'années, et que nous adressons nos remerciements à toutes celles et à tous ceux qui continuent le travail amorcé il y a si longtemps déjà, nous ne pouvons que constater que notre action est plus que jamais nécessaire. Les droits fondamentaux en Suisse

sont en effet continuellement menacés, la xénophobie et le racisme parfois encouragés, voire institutionnalisés par les autorités et certains de leurs représentants, la pauvreté et la migration criminalisées, les droits des détenus bafoués, les droits sociaux mis à mal par des politiques dites d'austérité et une méfiance à l'égard des ayants droit, considérés trop souvent comme des assistés, avec une connotation péjorative associée à ce terme.

La LSDH-Genève poursuit inlassablement son travail, souvent en collaboration avec d'autres associations ou au sein de coordinations oeuvrant à des buts communs aux nôtres. Elle continue de bénéficier de l'apport précieux de bénévoles dont l'engagement au sein de ses commissions pérennes lui permet de rendre visite aux personnes détenues dans la prison – chroniquement et gravement surpeuplée – de Champ-Dollon, de rencontrer les personnes détenues dans les établissements de Frambois et de Favra, et d'assister à certains procès et à certaines audiences administratives. Vous trouverez, dans ce bulletin, des éléments témoignant de notre préoccupation constante en faveur des droits des personnes détenues et des droits des personnes frappées par des mesures de contrainte, allant jusqu'au vol spécial, dont nous récusons, depuis leur entrée en vigueur, la légitimité. La question des droits sociaux, qui a donné lieu à des événements ponctuels organisés par la LSDH-Genève au cours

des vingt dernières années, sera au cœur des événements planifiés pour notre 90ème anniversaire.

Les autorités, avec lesquelles nous dialoguons régulièrement, se doivent d'être exemplaires dans le respect des droits, en particulier des droits fondamentaux. Il s'avère cependant trop souvent que tel n'est pas le cas et tout écart nécessite l'attention de chacune et de chacun d'entre nous. En étant membre de la LSDH-Genève, vous nous aidez à poursuivre le travail nécessaire amorcé par nos prédécesseurs depuis 1928. Au moment où la Suisse envisage de ne plus considérer ses engagements internationaux comme supérieurs, au moment où la position qu'elle adoptera pourra servir de modèle à d'autres gouvernements, nous avons

plus que jamais besoin de réaffirmer le caractère impératif des droits fondamentaux. Nous comptons sur vous pour nous y aider.

Nous espérons que celles et ceux d'entre vous qui ne nous ont pas encore rejoints le feront bientôt et que vous serez nombreux à participer aux événements que nous organiserons en 2018 pour fêter nos 90 ans. Nous vous souhaitons une bonne lecture des pages qui suivent et restons à votre disposition pour tout complément d'information : lsdh@gmail.com.

Avec nos salutations militantes,

Le Comité.

RAPPORT D'ACTIVITÉS DE LA COMMISSION DE DÉTENTION PÉNALE

juin 2016 - juin 2017

Introduction

Le présent rapport vise à présenter les activités et les recommandations de la Commission détention pénale de la Ligue suisse des droits de l'Homme (LSDH) - section Genève. Depuis maintenant plusieurs années, la prison de Champ-Dollon souffre de surpopulation carcérale chronique et cela se répercute dans de nombreuses problématiques abordées lors de nos visites.

Présentation de la Commission

La Commission détention pénale regroupe les bénévoles de la LSDH qui rendent visite aux personnes détenues pénalement, principalement à la prison de Champ-Dollon, où sont incarcérés des individus en détention préventive ou purgeant des peines pour des délits d'ordre pénal. La tâche des visiteurs et visiteuses est de s'assurer du traitement humain des prisonniers et prisonnières, du respect par l'autorité carcérale des normes relatives aux conditions de détention, ainsi que de répondre aux interrogations que les détenu-e-s ont sur leurs procédures. La Commission est actuellement composée de onze membres, dont dix visiteuses et une avocate-conseil. Nous nous réunissons une fois par mois, principalement pour discuter des visites effectuées et des suites à y donner.

Le tableau de synthèse créé en 2014 est toujours utilisé et regroupe toutes les informations obtenues

lors de nos visites. Nous les avons utilisées dans le cadre de notre événement du 16 mars 2017 (voir événement n°1) dans le but de sensibiliser un plus large public sur la problématique de la surincarcération et de la surpopulation carcérale. Nous avons également participé à la tenue d'une conférence universitaire sur le thème de la détention postérieure au jugement (voir événement n°2).

Déroulement d'une visite

Toutes les personnes détenues pénalement dans tous les établissements de détention du canton de Genève peuvent nous écrire pour demander à ce que la Commission leur rende visite. Des panneaux indicatifs en sept langues (français, anglais, allemand, italien, espagnol, arabe et russe) ont été placés dans les lieux de détention pour informer les personnes détenues de cette possibilité. Lors de chaque réunion mensuelle de la Commission, nous ouvrons les courriers de demande de visite adressées à la LSDH et les répartissons entre les bénévoles enregistré-e-s auprès du Ministère Public et du Service d'application des peines et des mesures (ci-après SAPEM). Chaque déplacement à Champ-Dollon est effectué par deux personnes. Devant le nombre important de requêtes et le faible taux de bénévoles dans la Commission, nous effectuons deux à trois visites à la suite. Pour réaliser ces visites, nous bénéficions du régime prévu pour les avocat-e-s : il suffit aux visiteurs et

visiteuses d'appeler l'établissement la veille pour prévenir de notre venue et pour s'assurer que la personne est encore incarcérée. Le jour de la visite, nous nous rendons à l'établissement munis de nos cartes d'identité et, après les fouilles réglementaires, nous nous entretenons avec la personne détenue dans les parloirs-avocats afin de garantir une confidentialité totale. Une visite dure entre 30 et 45 minutes. Les bénévoles rédigent ensuite un rapport de visite mentionnant les principaux éléments abordés avec le-la détenu-e. Ce rapport est discuté lors de la réunion mensuelle et les données les plus importantes sont insérées dans le tableau afin que nous puissions faire des statistiques sur nos activités. Après discussion en groupe, notamment avec l'avocate de la Commission, il est décidé des suites à donner à la visite. Ces démarches peuvent être de différents ordres : prendre contact avec l'avocat-e de la personne détenue, écrire au SAPEM, écrire au Directeur de la prison ou au service médical pénitentiaire, rédiger un communiqué de presse ou faire remonter certaines situations vers le Comité de la LSDH pour que des décisions soient prises. Nous informons également les personnes visitées des démarches entreprises.

Les visites de juin 2016 à juin 2017

Nous avons effectué 26 visites entre juin 2016 et juin 2017 et une dizaine de courriers restent en attente vu le faible nombre de bénévoles. Ce chiffre est légèrement en baisse comparé aux 31 visites réalisées l'année précédente. Parmi les 26 visites de 2016-2017, vingt se sont déroulées à Champ-Dollon – seules six concernaient des personnes détenues en préventive - quatre à Curabilis et deux

à la Brenaz. Au vu de nos contraintes organisationnelles (demandes par courrier postal, réunions mensuelles, faible nombre de visiteurs et visiteuses), plusieurs personnes n'ont pu être rencontrées car libérées ou transférées dans l'intervalle. Nous avons reçu la demande d'une femme cette année (cette dernière se plaignant notamment de la mixité hommes-femmes de certains espaces communs au sein de l'établissement de Curabilis), toutes les autres émanent d'hommes. Les entretiens ont eu lieu en français, anglais et/ou espagnol. La langue est un facteur de complication puisque les langues utilisées en entretien ne sont souvent ni celles des détenu-e-s ni celles des visiteurs et visiteuses.

Problèmes récurrents

Cette année, nous avons constaté que de nombreuses personnes sont toujours incarcérées uniquement pour infraction à la Loi sur les étrangers.

Contrairement à l'année précédente où onze détenu-e-s nous avaient relaté des faits de violence, insultes (notamment raciales), provocations, intimidations de la part de quelques gardiens, cette année ce chiffre a diminué. Seuls quatre détenu-e-s rencontré-e-s ont mentionné de tels actes. La difficulté demeure si l'on souhaite porter plainte car les gardien-ne-s ne donnent pas leur nom, et ne disposent pas d'un numéro de matricule permettant de les identifier.

Concernant les sanctions disciplinaires, un détenu nous a relaté avoir été placé en cellule forte pour une durée excédant les dix jours réglementaires prévu par l'art 47 al. 3 let. g RRIP.

De même que les années précédentes, un élément souvent relevé concerne le transfert de personnes condamnées dans un établissement d'exécution de peine. La majorité des personnes visitées (vingt sur vingt-six) se trouvent en effet à Champ-Dollon - établissement destiné initialement à la détention provisoire - alors qu'ils et elles sont en exécution de peine. Ils et elles ne devraient donc pas être détenu-e-s à Champ-Dollon au delà de 3 mois (art. 1 al. 2 let. a RRIP). Cette situation peut néanmoins durer dans la pratique de nombreux mois, voire des années. Ceci a également une influence sur la vie quotidienne de ces personnes qui ne bénéficient pas des conditions carcérales auxquelles elles auraient droit, notamment concernant l'accès au travail et à la formation, au téléphone, la correspondance avec l'extérieur, etc. Nous avons alerté à de nombreuses reprises le SAPEM concernant ces situations, avec peu de résultats positifs.

D'autres thématiques sont souvent évoquées par les personnes visitées. Ainsi, sur vingt-six détenus visités, quatre se plaignent de problèmes d'accès aux soins médicaux lors de leur détention. Contrairement à l'année précédente où neuf détenus s'étaient plaint de difficultés concernant leur courrier, notamment avec la LSDH, nous n'avons pas reçu de doléances particulières à ce sujet pour l'année actuelle. Il en va de même en ce qui concerne l'accès au culte (trois détenus s'étaient plaint l'année dernière, aucun cette année). Le peu de places de travail et de formation à la prison de Champ-Dollon est toujours soulevé de manière récurrente.

Il arrive que les détenu-e-s nous entretiennent d'éléments qui dépassent notre mandat sur les conditions de détention. Dans ces cas, nous essayons de prendre contact avec leur avocat-e pour en parler. Si le problème de la surpopulation carcérale n'est toujours pas réglé, les détenu-e-s l'évoquent moins lors de nos visites. Comme si elle était devenue évidente. Si le nombre de détenu-e-s a effectivement diminué, force est de constater que la prison de Champ-Dollon est toujours utilisée à plus de 200% de ses capacités, les détenu-e-s dorment à 5 ou 6 dans des cellules de 3 ou à 2 ou 3 dans des cellules individuelles. La surpopulation a des effets sur la vie quotidienne de ces personnes, notamment en matière d'accès au travail et à la formation, au téléphone, aux soins médicaux, etc. Cet élément est aussi source de tensions entre détenu-e-s ainsi qu'entre gardien-ne-s et détenu-e-s. La surpopulation crée inévitablement des tensions supplémentaires. Cela d'autant plus si, sans accès à une formation, un emploi, ni possibilité quotidienne de se rendre à la salle de sport, la majorité des détenus passent 23h sur 24 dans leur cellule exiguë en compagnie de leurs co-détenus. Seule la promenade d'une durée d'une heure leur permet de prendre l'air. De fait, depuis début 2014, même les repas ont lieu en cellule. En effet, suite à des situations de violence, les repas pris jusqu'ici en commun dans le couloir de chaque étage ont été supprimés. Ils n'ont, à notre connaissance, toujours pas été rétablis en 2017.

A cet égard, les détenus invoquent l'impossibilité de faire valoir ces griefs en justice puisque l'immense majorité d'entre eux sont en exécution de peine et ne sont donc plus suivis par leur avocat-e, le mandat de ces derniers prenant fin une fois que le

jugement statuant sur la culpabilité entre en force. Ils n'ont donc accès à un-e avocat-e que s'ils le-la paient, ce qu'ils ne sont souvent pas en mesure de faire. De plus, l'assistance juridique n'est souvent pas prévue pour les éléments qu'ils soulèvent.

Un dernier élément préoccupant mérite également d'être soulevé: des bénévoles ont pu constater qu'un certain nombre de détenus placés à Champ-Dollon sous le régime de la détention provisoire se trouvent dans un état de détresse psychologique - voire psychiatrique - avancée. Or, ces détenus ne peuvent être placés à Curabilis, l'établissement étant destiné à des personnes condamnées à des mesures thérapeutiques ou institutionnelles. En effet, s'il existe à Curabilis un espace - l'unité hospitalière de psychiatrie pénitentiaire (UHPP) - accueillant des détenus en situation de crise (par exemple en cas de tentative de suicide ou de décompensation), force est de constater que la personne retourne dans sa cellule à Champ-Dollon après avoir reçu les traitements d'urgence. Par voie de conséquence, ces détenus souffrant de troubles mentaux se retrouvent confinés dans des cellules ordinaires à Champ-Dollon, tant à leur préjudice qu'au préjudice de leurs co-détenus.

Recommandations

En se basant sur ce qui précède, la Commission détention pénale de la LSDH recommande impérativement ce qui suit:

- Une politique pénale moins répressive, notamment pour les personnes uniquement en infraction à la Loi sur les étrangers, doit être mise en place afin de

réduire la surincarcération de la population à Genève;

- Une attention particulière doit être apportée aux relations entre surveillant-e-s et détenu-e-s dans un meilleur respect des personnes incarcérées;
- Les personnes qui ne sont pas en détention provisoire doivent être transférées dans un établissement qui correspond à leur statut;
- L'accès à la formation et au travail doit être amélioré;
- L'accès aux soins doit être garanti pour toutes les personnes détenues, y compris à celles souffrant de troubles mentaux;
- Les conditions de vie quotidienne des détenu-e-s doivent être améliorées, notamment concernant l'accès au téléphone, à une nourriture appropriée;
- Les repas en commun dans les couloirs des étages doivent être rétablis ;
- Des mesures doivent être renforcées afin que les détenu-e-s soient informé-e-s de leurs droits au sein de la prison dans une langue qu'ils-elles comprennent
- Des réflexions doivent être menées pour faciliter l'accès à un-e avocat-e des personnes détenues à Champ-Dollon en exécution de peine.
- Un développement des peines dites « alternatives » (travail d'intérêt général, bracelet électronique, etc.)

Événement n° 1:

«Nous nous appelons Djemila, Ferdinando, Anouk et Anne-Laure. Cela fait plusieurs années que nous sommes bénévoles de la commission de détention pénale de la Ligue suisse des droits de l'Homme-Section Genève. Dans ce cadre, nous rendons visite aux détenus de Champ-Dollon qui nous écrivent par courrier pour nous demander de les rencontrer.

Nous réalisons toujours ces visites en binôme. Ensuite on prend le bus pour rentrer chez nous. C'est lors de ces trajets en bus qu'a germé ce projet. Entrer dans un lieu carcéral n'est jamais anodin. En ressortir non plus. Lors de ces trajets en bus, nous discutons ou nous nous taisons. Souvent avec ces bribes qui résonnent dans nos esprits :

"L'atmosphère est étouffante et désagréable avec mes 5 co-détenus fumeurs."

"Comme je n'ai confiance en personne ici, j'ai demandé à un ami qui est à l'extérieur de vous contacter"

"Les gardiens ont coupé l'eau de la douche alors que je n'avais pas terminé et ils m'ont ramené en serviette jusqu'à ma cellule"

"J'ai pu passer mon premier coup de fil après un mois et 20 jours"

"A 3 dans une cellule individuelle il est difficile d'avoir une intimité"

"Je n'arrive pas à dormir à cause des ronflements, des cauchemars, de la fumée"

"J'ai perdu six dents suite à une bagarre durant la promenade, j'ai attendu presque un an avant de me les faire refaire"

"La prison me rend fou"

On a donc décidé de donner un écho aux extraits de nos entretiens. On a voulu parler de ce qui se passait à l'intérieur de Champ-Dollon. Pas forcément de ce qu'on entend habituellement, les émeutes, les suicides, qui sont généralement relayés à l'extérieur. Mais de ce quotidien lourd et pourtant presque considéré comme banal. Invisible pour les personnes qui n'y vivent ou n'y travaillent pas. L'idée étant de sensibiliser un public large à ce que l'enfermement représente et de quitter le cercle du public averti.

Dans cette perspective de sensibilisation, l'outil audio-visuel nous a semblé pertinent, car il peut toucher un public très large, sans autre intermédiaire qu'un écran. Nous avons donc demandé à la classe de Mme Anne-Christine Dallemagne du Centre professionnel et technique Arts (option interactive media designer) de produire une série de clips sur le thème de l'enfermement. Sur la base de rencontres avec l'association et le récit d'entretiens avec des détenus, les étudiantes et étudiants vous présentent ici leur vision de cette privation de liberté.»

C'est ainsi qu'a commencé la soirée « 24 heures à Champ-Dollon, entre représentations et réalité » organisée par la commission détention pénale de la LSDH-Genève en collaboration avec le Festival international du film sur les droits humains (FIFDH) le jeudi 16 mars 2017. La projection des clips fut suivie d'une table ronde et d'un échange avec le public. Sur le thème du quotidien à Champ-Dollon et modérée par le Prof. Damien Scalia le débat réunissait Christine Lany Thalmeyr (aumônière à Champ-Dollon), Me Currat (avocat), Me Sergueeva (avocate et membre du comité et de la commission détention pénale de la LSDH-Ge), M. Allaz (gardien

et président du groupe prison de l'Union du personnel du corps de police), M. Bervini (directeur adjoint de Champ-Dollon), M. Forestier (chargé de la communication de l'Office cantonal de la détention). La salle de 60 places située dans les bâtiments de la HEAD était comble, et une partie du public a dû s'asseoir dans les travées.

Evénement n°2:

En collaboration avec l'Association des juristes progressistes et le Département de droit pénal de l'Université de Genève, la LSDH-Genève a organisé, le 25 novembre 2016, une demi-journée de formation consacrée au thème de "La détention après jugement: aspects de droit international et de droit suisse".

Nous avons ainsi eu le privilège d'accueillir des pénalistes de talent, ayant donné des conférences sur les thèmes suivants:

- Prof. Damien SCALIA (Université libre de Bruxelles): La détention postérieure au jugement en droit international;
- Prof. Bernhard STRÄULI (Université de Genève): Les procédures postérieures au jugement en droit pénal suisse;
- Me Gaétan DROZ (avocat au barreau de Genève): Les conditions de détention vues par l'avocat.

Qu'ils soient ici remerciés pour leur disponibilité, leur gentillesse et la pertinence de leurs propos.

Les slides des exposés sont disponibles sur le site du Département de droit pénal à l'adresse suivante:

<http://www.unige.ch/droit/penal/index.html>

* * *

Contact : Anna Sergueeva – 079 459 35 46

RAPPORT D'ACTIVITÉS DE LA COMMISSION DE DÉTENTION ADMINISTRATIVE

Septembre 2017

I. Introduction

La Ligue Suisse des Droits de l'Homme – Genève (ci-après LSDH-Ge) comporte une commission permanente de visiteuses et visiteurs¹ bénévoles dévolue à la question de la détention administrative, qui constitue l'une de nos préoccupations majeures. Les bénévoles de cette commission se rendent régulièrement à Frambois et à Favra, les deux établissements dévolus à la détention administrative. Ces établissements, situés à Genève, sont concordataires pour les cantons de Genève, Vaud et Neuchâtel. Les visiteurs et visiteuses de la LSDH-Ge y rencontrent les personnes qui s'y trouvent détenues « en vue de leur renvoi » (ou pour « insoumission », dans les situations où les autorités considèrent qu'une personne refuse de collaborer à son renvoi)².

Il convient de rappeler que la LSDH-Ge s'est toujours opposée aux mesures de contrainte en matière administrative, qui ont en outre été renforcées en Suisse depuis leur entrée en vigueur en 2005. Notre position est claire : **nous considérons que la détention administrative est une mesure illégitime et récusons que la détention, qui constitue la peine la plus extrême**

en droit suisse, puisse être appliquée à des personnes sur la seule base de leur statut administratif.

Il faut le rappeler encore et toujours : les personnes détenues à Frambois comme à Favra ne sont pas détenues parce qu'elles auraient commis un crime ou une infraction quelconque, mais exclusivement en raison de leur statut administratif.

La LSDH-Ge s'oppose également aux renvois forcés, en particulier aux renvois par vol spécial dont les conditions, qui sont les plus indignes d'Europe, constituent une violation des droits fondamentaux. En effet, un renvoi par vol spécial signifie que la personne que la Suisse souhaite voir quitter son territoire est prise en charge par un groupe de policiers, immobilisée à l'aide de multiples sangles serrées à l'excès au niveau des bras, des hanches et des genoux, et fixée au siège d'un avion réservé à cet effet; ses mains croisées sont maintenues juste au dessus du bas ventre; une minerve et un casque sont placés de façon à empêcher toute mobilité et réduire la visibilité. La personne, dont le seul crime est d'avoir cherché asile en Suisse, reste ainsi ligotée dans cette position insupportable, courbée sur elle-même, pendant toute la durée du vol – c'est-à-dire pendant de longues heures, voire journées dans certains cas – sans même se voir offrir la possibilité de boire ou manger. Enfin, après avoir fait porter des couches culottes aux personnes renvoyées via cette méthode inhumaine, les autorités ont opté pour une

¹ Pour faciliter la lecture du document, le masculin générique est parfois utilisé pour désigner les personnes, quel que soit leur genre.

² LEtr, art. 76 à 78.

alternative tout aussi révoltante: disposer un linge sur le siège qu'aucun besoin ne saurait autoriser la personne ligotée à quitter....

Recourir à un vol spécial pour mettre en œuvre une décision d'expulsion est non seulement inhumain, mais avant tout illégal. En effet, l'emploi de telles méthodes ne saurait en aucun cas être considéré comme proportionnel eu égard à l'intérêt public poursuivi qui consiste à contraindre une personne sans autorisation de séjour à quitter le territoire national. Plus grave encore, les conditions intrinsèquement liées à l'exécution d'un renvoi par vol spécial emportent comme conséquence que le traitement infligé aux personnes atteint assurément, à tout le moins, le seuil de la qualification juridique de traitement dégradant, lequel est prohibé de manière absolue par l'art. 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme relatif à l'interdiction de la torture notamment. En conséquence, aucun renvoi par vol spécial ne pourrait être regardé comme proportionnel.

La LSDH-Ge s'oppose également aux accords dits « Dublin », qui prévoient que le premier Etat européen par lequel un-e requérant-e d'asile est passé-e, et dans lequel il ou elle a été enregistré-e³, est responsable de traiter la demande d'asile dudit requérant. En effet, le principe de cet accord fait peser sur les pays d'accès à l'Europe une charge trop lourde en termes de traitement de demandes d'asile, ce qui péjore grandement les conditions d'accueil des requérants d'asile et le juste traitement de leur demande.

³ En dépit de ce principe, il apparaît que dans certaines situations, le fait d'être vraisemblablement passé par un pays, sans nécessairement y avoir été enregistré, suffit à établir la responsabilité de l'Etat membre.

La LSDH-Ge s'oppose non seulement à ces accords, mais a fortiori à leur application automatique. Il convient à titre liminaire de mettre en exergue que les personnes relevant des accords de Dublin – qui se voient systématiquement notifier une décision de non-entrée en matière concernant leur demande d'asile – sont injustement et illégalement traitées comme des requérant-e-s d'asile débouté-e-s alors qu'elles sont juridiquement des requérant-e-s d'asile. Aucun doute n'est permis à ce sujet puisque leur demande doit être examinée ultérieurement par l'Etat responsable en vertu de ces accords. Le statut de requérant d'asile induit une protection, des droits et des égards desquels les personnes sont privées, sans la moindre considération d'humanité. Il sied de rappeler que les accords de Dublin comportent pourtant des dispositions⁴ permettant à tout Etat partie d'assumer la responsabilité d'une demande d'asile s'il le souhaite, pour des raisons humanitaires. En outre, certaines limites sont dans tous les cas imposées à l'application de ces accords, indépendamment de la « bonne volonté » de l'Etat concerné, comme le respect de l'unité familiale si un membre de la famille est déjà présent sur le territoire d'un Etat partie, le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant ou encore le respect du principe de non-refoulement. Force est de constater que **la Suisse n'applique pas la clause de souveraineté ni ne respecte les limites, qui équivalent à des considérations minimales d'humanité, entourant l'application des accords Dublin.**

A Genève, le Conseil d'Etat prétend n'avoir aucune marge de manœuvre dans l'exécution

⁴ Règlement Dublin III, préambule (pt 17), art. 8 à 11, 16 et 17.

des renvois « Dublin », ce qui constitue à nos yeux une faute grave, non seulement sur le plan éthique mais encore sur le plan légal. Il convient effectivement de souligner que les cantons restent responsables de l'exécution des renvois et que ceux-ci engagent donc leur responsabilité sur le plan juridique lorsqu'ils mettent en œuvre une décision d'expulsion fédérale en violation des droits fondamentaux des personnes visées par une telle mesure. Les décisions fédérales contrevenant aux accords eux-mêmes ne devraient donc pas être exécutées par les cantons et ceux-ci, contrairement à ce qu'affirme notamment le Conseil d'Etat de Genève, engagent leur pleine responsabilité dans les renvois qu'ils exécutent.

Les visiteurs de la LSDH-Ge se rendent cependant régulièrement dans les lieux de détention administrative situés sur le territoire genevois afin d'œuvrer en faveur du respect a minima des conditions légales de détention par les autorités et de formuler ponctuellement des recommandations en faveur des personnes concernées. S'agissant très directement des conditions de détention à Frambois et à Favra, sur la base des observations que nous avons pu faire dans le cadre des nombreuses visites effectuées, nous avons en particulier relevé les points suivants, qui reflètent des problèmes graves et malheureusement récurrents.

II. Conditions de soins

- **Distribution des médicaments :**

Les établissements de Frambois et de Favra ne disposent pas d'un service médical interne à même d'assurer une prise en charge suivie des

personnes détenues. Alors que de nombreuses personnes concernées souffrent dans leur santé, et nécessitent des soins, nous avons pu observer que **la distribution des médicaments prescrits aux détenus est systématiquement effectuée par les gardiens.** Cette pratique ne permet pas d'assurer un contrôle professionnel de la médication, parfois lourde, des détenus. Elle constitue également une violation grave du secret médical.

- **Troubles psychiatriques et grande vulnérabilité :**

Parmi les atteintes à la santé dont souffrent des détenus, on a pu relever différentes pathologies d'ordre psychiatrique nécessitant indubitablement une prise en charge thérapeutique importante, dont les gardiens n'ont pas à assumer la responsabilité.

Les conditions de détention et la perspective d'un renvoi souvent inacceptable pour des personnes ayant toutes leurs attaches en Suisse ou n'ayant aucune possibilité de se projeter dans leur pays d'origine (voire dans un pays d'origine attribué par le Secrétariat d'Etat aux Migrations (SEM) et duquel ils affirment, éléments probants à l'appui, ne pas être ressortissants), rend ces personnes particulièrement vulnérables dans leur santé psychique, voire dans leur intégrité physique. Il n'est ainsi pas rare que des détenus tentent de mettre fin à leurs jours.

Il sied de mettre en exergue que le statut migratoire place les personnes détenues en vue de leur renvoi dans une situation de particulière vulnérabilité. La privation de liberté vient encore s'ajouter à la situation de vulnérabilité de ces personnes.

Lorsqu'elles souffrent de troubles psychiatriques, les personnes migrantes détenues en vue de leur renvoi se trouvent donc à triple titre dans une situation de particulière vulnérabilité qui appelle à la plus grande précaution des autorités dans le traitement qu'elles leur réservent.

Nous nous opposons particulièrement à l'incarcération et au renvoi de personnes qui souffrent dans leur santé psychique.

L'incarcération ne constitue en effet aucunement une réponse appropriée à ce genre de situation, tant pour la personne malade que pour les codétenus et le personnel pénitentiaire.

Nous recommandons donc une prise en charge hospitalière et la suspension de la décision de renvoi, la prise en charge thérapeutique nécessaire ne pouvant souvent en outre pas être assurée dans le pays dans lequel la personne serait renvoyée, contrairement à l'argumentation fallacieuse avancée par les autorités pour « se débarrasser » de ces personnes.

- **Pathologies diverses :**

Dans le cadre des visites qu'ils effectuent pour la LSDH-Ge, les bénévoles ont en outre rencontré de nombreuses personnes souffrant de pathologies parfois lourdes (VIH/sida, hémiplégie, tuberculose, etc.) qui **ne sont pas compatibles avec une détention et dont la prise en charge ne peut souvent pas être garantie par le pays dans lequel elles se voient renvoyées,** les privant ainsi cruellement d'un accès aux soins nécessaires.

III. Situation des ressortissants algériens

La situation des ressortissants algériens continue à préoccuper vivement la LSDH-Ge. A nouveau, nous nous interrogeons sur le bien-fondé de la détention de ces personnes, sachant pertinemment qu'un renvoi est impossible dans leur pays d'origine et que la libération sera l'issue la plus certaine. Quel est l'objectif recherché par les autorités en maintenant ces personnes en détention ? Nous en arrivons à la conclusion que les autorités misent sur l'épuisement moral des personnes concernées afin qu'elles décident « volontairement » d'accepter un retour vers l'Algérie. Cette application détournée, à caractère punitif, des mesures de contrainte en matière administrative est inacceptable sur un plan humain, en sus d'être illégale.

Récemment, une personne suivie de près par la LSDH-Ge a été renvoyée par avion en Algérie dans les conditions d'un vol spécial (« aménagé » sur un vol de ligne). Nous savons que cette personne refusait catégoriquement un retour vers son pays. Aussi aimerions nous obtenir des explications sur le déroulement des faits. Une nouvelle pratique des renvois forcés vers l'Algérie a-t-elle vu le jour ? L'Algérie a-t-elle changé de positionnement et accepte-t-elle maintenant ses ressortissants même lorsqu'ils sont renvoyés par vol spécial?

IV. Renvois par voie maritime

Le Canton de Genève organise des renvois à destination du Maroc par voie maritime. Une telle modalité de renvoi implique une durée extrêmement longue, ainsi qu'un passage par la France, alors que pourtant la responsabilité de l'Etat demeure

engagée en cas de problème. De plus, la Commission Nationale de Prévention de la Torture (CNPT⁵), qui observe les vols spéciaux, est absente dans le cadre des renvois par voie maritime. Cette nouvelle pratique, inédite à notre connaissance et revendiquée comme un progrès par le Conseiller d'Etat en charge du Département de la sécurité et de l'économie, ne va ainsi pas sans soulever de nombreuses questions, notamment en termes de responsabilité juridique et de respect de la dignité des personnes concernées.

V. Détention de personnes présumées mineures

A Genève, la détention administrative est proscrite de manière absolue pour les mineurs de moins de 18 ans⁶. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs affirmé œuvrer pour l'élargissement de cette pratique à d'autres cantons. Par conséquent, si le renvoi de mineurs migrants, inadmissible sur le plan éthique, est malheureusement autorisé sur un plan légal, les mesures de contrainte en matière administrative ne doivent en principe pas s'appliquer à eux. Cette règle ne souffre aucune exception, en théorie du moins. En effet, il s'avère que plusieurs personnes

présumées mineures (dont l'âge, avéré et prouvé par des documents d'identité valables, est cependant contesté par les autorités) ont été placées en détention administrative par les cantons de Genève, Vaud et Neuchâtel. Etant rappelé que la détermination de l'âge doit être effectuée en premier lieu, et donc préalablement à tout projet de détention, la LSDH-Ge s'inquiète vivement du placement en détention de telles personnes. Nous relevons que la présence de très jeunes détenus dans les établissements de détention administrative, particulièrement problématique, est nouvelle : jusqu'à récemment, les visiteurs de la LSDH-Ge n'avaient pas été confrontés à de telles situations. Il apparaît que les autorités suisses ont attribué arbitrairement en 2016 et 2017 le 1^{er} janvier 1998 comme date de naissance en cas de « doute » – voire à dessein – à de très nombreuses personnes afin de pouvoir appliquer les mesures de contrainte à des personnes pourtant clairement présumées mineures. La LSDH-Ge dénonce avec force une telle pratique, qui viole gravement le principe de présomption et, surtout, les droits de l'enfant. Les effets néfastes de la détention sur la santé physique et mentale des personnes sont évidemment encore exacerbés lorsqu'une mesure aussi violente frappe des mineurs.

Il est à relever que l'association Terre des Hommes a publié un rapport complet concernant la situation de la **détention illégale** des mineurs non accompagnés en Suisse en juin 2016⁷.

⁵ La CNPT a par ailleurs publié un Rapport relatif au contrôle des renvois en application du droit des étrangers, mai 2016 à mai 2017, disponible à l'adresse suivante : <https://www.nkvf.admin.ch/dam/data/nkvf/Berichte/2017/vollzugsmonitoring/rapport-contrôle-des-renvois-2016-2017.pdf>.

⁶ Selon le droit fédéral, la détention des mineurs âgés de plus de 15 ans est possible pour une durée maximale d'une année. Voir art. 79 LEtr. Cette possibilité, contraire au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, est heureusement, en principe, proscrite à Genève. Il convient de relever que la pratique de la détention administrative a récemment été condamnée par deux organes onusiens (voir ci-après, la conclusion).

⁷ Terre des Hommes, *Détention illégale de mineurs migrants en Suisse : un état des lieux*, juin 2016, disponible à l'adresse suivante : https://www.tdh.ch/sites/default/files/tdh_plaidoyer-ch_fr_web_0.pdf.

VI. Problématiques spécifiques de Favra

L'établissement de Favra, initialement conçu comme un lieu d'exécution de peines en matière pénale d'une durée inférieure à trois mois, a été réaffecté à la détention administrative depuis 2014.

Ce bâtiment n'a pas été conçu pour satisfaire aux conditions minimales de la détention administrative et viole de ce fait les standards qui prévalent pour ce type de détention. De plus, alors que Frambois est régi par une fondation, Favra dépend directement de l'Office cantonal de la détention (OCD).

- **Aménagement de Favra et mobilité réduite des personnes incarcérées.**

L'aménagement même du bâtiment de Favra, qui n'a pas été conçu comme établissement dévolu à la détention administrative, **ne permet pas la mise en œuvre de conditions conformes minimales à un régime de détention administrative.** Ainsi, les personnes qui y sont incarcérées ne bénéficient pas d'une liberté de circulation au sein de l'établissement telle qu'elle devrait leur être accordée, à cause de la disposition même des lieux.

Pour preuve, les promenades dans l'espace extérieur du bâtiment, dont la superficie également trop réduite ne correspond pas aux normes recommandées, sont possibles uniquement pendant une heure quotidienne fixe. Cette pratique équivaut au traitement réservé dans le cadre d'une détention pénale et en aucun cas à des conditions de détention administrative, devant être plus

souples et devant garantir une certaine liberté de mouvement.

Depuis le printemps 2017, la liberté de circulation et les conditions de détention ont en outre été fortement péjorées, l'espace commun, déjà trop réduit, est devenu inaccessible.

En outre, à Favra, les repas sont livrés et l'infrastructure ne permet pas aux personnes détenues de cuisiner. Les personnes détenues sont ainsi privées de leur autonomie et de leurs préférences alimentaires⁸.

- **Absence d'un service social**

La LSDH s'inquiète de plus tout particulièrement de l'absence d'un-e assistant-e social-e attitré-e à l'établissement de Favra. Le personnel pénitentiaire, non formé à cet effet, tente d'assumer certaines tâches qui doivent clairement incomber à un assistant social. La présence d'un véritable service social se révèle en effet impérative dans deux cas de figure au moins : lorsque la confidentialité est requise, étant rappelé que l'appréciation du besoin de confidentialité est par nature éminemment subjective, d'une part, et lorsqu'une médiation est nécessaire entre personnes détenues ou entre une personne détenue et un membre du personnel de l'établissement, d'autre part. C'est alors un assistant social de l'OCD, duquel dépend Favra, qui interviendrait.

Il convient de mettre en lumière le délai d'intervention beaucoup trop long selon les besoins, qui est de nature à priver purement et simplement

⁸ A Frambois, chacun peut en revanche au moins se préparer son propre repas dans une cuisine mise à la disposition des personnes détenues.

les détenus de leur droit à un service social. Cet état de fait pose de nombreux problèmes. La possibilité théorique pour les personnes détenues de solliciter l'intervention d'un service social externe, via un formulaire qui serait à leur disposition, ne saurait en aucun cas combler cette grave lacune.

L'assistant social, comme c'est le cas à Frambois, doit être l'intermédiaire privilégié entre les détenus, la société civile et leurs avocats. Il doit assumer un rôle d'information et de soutien, et être à même d'analyser chaque demande et y répondre, dans la mesure du possible et dans le cadre de ses fonctions. En outre, selon la LSDH-Ge, ni un gardien ni la directrice ne peuvent jouer ce rôle sous peine de conflits d'intérêts évidents. Les détenus sont très régulièrement lésés par cette situation. A cause de cette absence, nous constatons également un manque considérable de transmission d'information puisque, à plusieurs reprises, certains détenus nous ont confié ne pas avoir d'avocat et ne pas savoir qu'ils y avaient le droit. **L'organigramme de la Favra ne prévoit pas d'assistant social mais cela ne saurait justifier que cette situation perdure. En effet, depuis 2016, l'organigramme a été modifié dans les faits pour créer un poste de directrice adjointe** (au moment de l'entrée en fonction d'une nouvelle directrice, la directrice précédente s'est vue attribuer ce poste).

- Absence de règlement intérieur

Le manque de transmission d'information sur les droits fondamentaux des détenus n'est pas seulement à attribuer à l'absence d'assistant-social-e mais également à l'absence d'un

règlement interne rédigé à leur attention. Favra ayant été conçu d'abord comme un lieu de détention pénale, puis comme un établissement de détention administrative provisoire (qui aurait d'ailleurs initialement dû fermer ses portes en 2016). Ce délai concernant la rédaction d'un règlement interne est manifestement inacceptable.

La LSDH-Ge considère que cette situation est inadmissible, sachant que les établissements de privation de liberté d'un Etat de droit doivent obligatoirement être dotés d'un règlement accessible à tous, contenant le catalogue exhaustif des droits et des devoirs des personnes détenues, ainsi que les sanctions prévues dans l'hypothèse de son éventuelle violation. A titre illustratif, **la LSDH-Ge est particulièrement préoccupée par la prise de sanctions disciplinaires ne reposant sur aucune base légale valable.**

- Durée prolongée des détentions à Favra

Finalement, nous soulignons que les durées de détention nous semblent toujours plus longues (parfois jusqu'à plusieurs mois) à Favra. Il sied à cet égard de rappeler que la durée de la détention en ses murs ne devait pas, selon les engagements pris par les autorités lors de l'affectation de l'établissement à de la détention administrative, excéder une durée de trois semaines. **Cette limite temporelle est actuellement clairement devenue obsolète, au détriment du respect de l'accès des personnes à leurs droits les plus élémentaires**

La LSDH-Ge souhaite connaître au plus vite les dispositions qui seront prises ou envisagées pour adapter Favra aux exigences minimales légales de la détention administrative. Nous

appartient-il encore de rappeler aux autorités que les personnes détenues dans cet établissement ne le sont pas au titre de la commission d'une infraction pénale ?

VII. Conclusion

En désaccord avec le principe même de la détention administrative, la peine étalon du droit suisse étant disproportionnée dans tous les cas lorsqu'elle est appliquée à des personnes dont le seul tort est de ne pas disposer d'un titre de séjour, la LSDH-Ge s'inquiète *a fortiori* du **non respect des règles minimales légales par les autorités, particulièrement en ce qui concerne les conditions de soins, la situation des ressortissants algériens, la nouvelle pratique des renvois par voie maritime et de la probable détention illégale de personnes mineures. En outre, la LSDH-Ge dénonce les conditions d'incarcération à Favra.**

Il convient enfin de préciser que le recours à la détention administrative devient la norme en Suisse, alors qu'elle devrait, selon les principes du droit, n'intervenir qu'en dernier recours, lorsque des mesures alternatives, moins intrusives, ont été mises en œuvre sans succès. **La pratique de la détention administrative en Suisse a par ailleurs récemment été condamnée par deux organes de supervision des traités des Nations unies.**

Ainsi, le Comité des droits de l'Homme « demeure (...) préoccupé par (...) le recours quasi systématique à la détention administrative des migrants et l'absence de séparation entre adultes et mineurs non accompagnés (art. 7, 9 et 13) ». Il a de surcroît invité la Suisse à « mettre en place et

appliquer des mesures de substitution à la détention administrative»⁹.

De plus, le Comité contre la torture « note aussi avec préoccupation les informations faisant état des **misés en détention systématiques des migrants sans papiers** dans certains cantons, surtout ceux qui font l'objet d'une décision Dublin (...) L'Etat partie devrait mettre en place et **appliquer des mesures alternatives à la détention administrative, n'utiliser la détention qu'en dernier recours (...)** prévoir des structures spécialisées dans tous les cantons pour accueillir des migrants placés en détention administrative, avec un régime adapté à sa finalité»¹⁰.

La politique migratoire suisse reflète malheureusement - voire anticipe et favorise parfois - la progression de la xénophobie et du racisme dans notre pays. La détention administrative est une mesure injustifiée et toujours disproportionnée. Elle témoigne de façon emblématique et inacceptable de la criminalisation croissante des étrangers en Suisse. Il appartient à chacun d'entre nous de veiller à ce que les droits fondamentaux de tous, quel que soit leur pays d'origine, soient respectés.

* * *

Personne de contact : Marc Morel - 078 817 69 86

⁹ Comité des droits de l'homme, Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de la Suisse, CCPR/C/CHE/CO/4, 22 août 2017.

¹⁰ Comité contre la torture, Observations finales concernant le septième rapport périodique de la Suisse, CAT/C/CHE/CO/7, 7 septembre 2015.

ELÉMENTS POUR LA PROTECTION DES DÉTENUS PAR LE DROIT INTERNATIONAL

Damien SCALIA¹

Au sein du droit international se développe depuis quelques années un corpus juridique particulier lié à la protection des personnes privées de liberté. Sur base de diverses conventions internationales (comme la Convention européenne des droits de l'Homme ou la Convention contre la torture), telles qu'interprétées par les organes en charge de leur respect, ou de normes non contraignantes (telles que les Règles Nelson Mandela ou les Règles pénitentiaires européennes), une multitude de normes sont désormais d'application directe dans les lieux privés de liberté. Ce développement répond dans un certain sens à l'arrêt *Campbell c. Royaume-Uni* de 1984 dans lequel les juges européens écrivaient que la « justice ne saurait s'arrêter à la porte des prisons »². Les Etats ont ainsi l'obligation de respecter les prescrits internationaux – la Suisse n'est pas exempte puisque Partie à la Convention européenne des droits de l'Homme et aux autres conventions internationales. C'est d'ailleurs en partie sur ces normes internationales que le Tribunal fédéral a pu se fonder pour condamner les autorités cantonales genevoises et vaudoises du fait des conditions de

détention (inhumaines) existantes dans leurs prisons³.

Ces normes abordent tous les aspects de la vie des personnes privées de liberté (espace individuel, santé, salubrité, visites, travail en détention, etc.) et tous les lieux de privation de liberté (prison, commissariat, centre de détention pour étrangers ou mineurs, psychiatrie, etc.); elles sont donc nombreuses. Il n'est pas ici l'objet de faire un catalogue des dites normes, mais simplement de se concentrer sur certaines d'entre elles – particulièrement intéressantes pour Genève – relatives à la prison (nous laissons dès lors de côté les autres lieux privés de liberté). Aussi, et pour une plus grande lisibilité, nous n'aborderons que les normes établies par la Cour européenne des droits de l'Homme, qui bien souvent sont plus progressistes que celles établies par les autres organes européens ou internationaux. Nous présenterons brièvement la question de l'espace individuel (1), les soins psychiatriques (2) et la

¹ Professeur à l'Université libre de Bruxelles, Faculté de droit et de criminologie.

² CrEDH, arrêt de la Chambre N° 7819/77, « Campbell et Fell c. Royaume-Uni » du 28.06.1984, § 69.

³ Voy. par ex. : ATF 140 I 125 A. (26 février 2014) ; ATF 140 I 246 X. (1^{er} juillet 2014) ; Arrêt 1B_152/2015 A. (29 septembre 2015) ; Arrêt 1B_239/2015 A. (29 septembre 2015) ; Arrêt 6B_688/2015 X. (19 mai 2016) ; Arrêt 6B_794/2015 X. (15 août 2016) ; Arrêt 6B_916/2015 X. (15 août 2016) ; Arrêt 6B_71/2016 X. (5 avril 2017).

liberté d'expression (3). Nous mettrons enfin en exergue un domaine où la Cour européenne semble n'être que peu progressiste : le droit du travail en prison (4).

1. Espace individuel : des normes claires et protectrices

Selon la CrEDH, le calcul de l'espace individuel que chaque personne privée de liberté doit posséder dans sa cellule s'effectue en divisant la taille de cette dernière par le nombre d'occupants⁴. Cet espace doit néanmoins tenir compte des meubles présents dans la cellule, qui le limitent souvent⁵. L'espace individuel est primordial aux yeux de la Cour pour évaluer si les conditions de détention sont conformes à la dignité humaine⁶. En effet, la simple violation « sévère » de cet espace individuel suffit à constituer une violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme (qui interdit la torture et les traitements inhumains et dégradants)⁷. De plus, quand la violation de cette norme est plus « légère », cet élément doit être combiné avec les autres conditions de détention pour évaluer la violation de l'article.

⁴ CrEDH, *Fetisov et autres c. Russie*, requête n° 43710/07 et autres, 17 janvier 2012, § 100.

⁵ CrEDH, *Jiga c. Roumanie*, requête n° 14352/04, 16 mars 2010, § 65; CrEDH, *Viorel Burzo c. Roumanie*, requête n° 75109/01 et 12639/02, 30 juin 2009, § 98; CrEDH, *Makarov c. Russie*, requête n° 15217/07, 12 mars 2009, § 94.

⁶ CrEDH, *Gladkiy c. Russie*, requête n° 3242/03, 21 décembre 2010, § 130; CrEDH, *Florea c. Roumanie*, requête n° 37186/03, 14 septembre 2010, § 51.

⁷ CrEDH, *Samaras et autres c. Grèce*, requête n° 11493/09, 28 février 2012, § 57; CrEDH, *Veniosov c. Ukraine*, requête n° 30634/05, 15 décembre 2011, § 33; CrEDH, *Sulejmanovic c. Italie*, requête n° 22635/03, 16 juillet 2009, § 41.

Ainsi, pour la juridiction européenne, « lorsque la surpopulation carcérale atteint un certain niveau, le manque d'espace dans un établissement pénitentiaire peut constituer l'élément central à prendre en compte dans l'appréciation de la conformité d'une situation donnée à l'article 3⁸. Ainsi, dès lors qu'elle a été confrontée à des cas de surpopulation sévère, la Cour a jugé que cet élément, à lui seul, suffit pour conclure à la violation de l'article 3 de la Convention. En règle générale, bien que l'espace estimé souhaitable par le CPT pour les cellules collectives soit de 4 m², il s'agit de cas de figure où l'espace personnel accordé à un requérant était inférieur à 3 m² ⁹ [...] En revanche, dans des affaires où la surpopulation n'était pas importante au point de soulever à elle seule un problème sous l'angle de l'article 3, la Cour a noté que d'autres aspects des conditions de détention étaient à prendre en compte dans l'examen du respect de cette disposition. Parmi ces éléments figurent la possibilité d'utiliser les toilettes de manière privée, l'aération disponible, l'accès à la lumière et à l'air naturels, la qualité du chauffage et le respect des exigences sanitaires de base (voir également les éléments ressortant des règles pénitentiaires européennes adoptées par le Comité des Ministres, citées au paragraphe 32 ci-dessus). Aussi, même dans des affaires où chaque détenu disposait de 3 à 4 m², la Cour a conclu à la violation de l'article 3 dès lors que le manque d'espace s'accompagnait d'un manque de ventilation et de

⁸ CrEDH, *Karalevičius c. Lituanie*, requête n° 53254/99, 7 avril 2005, § 41.

⁹ CrEDH, *Sulejmanovic c. Italie*, requête n° 22635/03, 16 juillet 2009, § 51; CrEDH, *Kantjrev c. Russie*, requête n° 37213/02, 21 juin 2007, § 50-51; CrEDH, *Frolov c. Russie*, requête n° 205/02, 29 mars 2007, § 47-49; CrEDH, *Kadikis c. Lettonie*, requête n° 62393/00, 4 mai 2006, § 55.

lumière¹⁰; d'un accès limité à la promenade en plein air¹¹; ou d'un manque total d'intimité dans les cellules^{12»}¹³.

Il est important ici de noter qu'un court laps de temps passé dans une cellule n'offrant pas l'espace adéquat n'est pas un critère pour la Cour de Strasbourg pour rejeter la violation de l'article – à tout le moins, n'est pas un critère prépondérant. Ainsi, la CrEDH a conclu à la violation de l'article 3 CEDH, alors même que le temps passé dans des conditions de détention contraire à l'article 3 CEDH était court, à l'image de l'affaire *Jirsak c. République Tchèque*¹⁴ (deux mois et demi) ou de l'affaire *Kadikis c. Lettonie*¹⁵ (quinze jours).

2. Soins psychiatriques

Les soins psychiatriques ont toujours été un problème en prison, souvent inadaptés à une prise en charge thérapeutique adéquate des personnes. La Suisse est en la matière mauvais élève, notamment du fait que pendant longtemps aucune

structure particulière n'existait pour accueillir dignement les personnes souffrant de troubles mentaux. Faisant suite à une jurisprudence de longue date, la Cour de Strasbourg a récemment condamné la Belgique pour un état de fait similaire à ce qui existe en Suisse. En effet, le requérant, souffrant d'un « handicap mental » était interné de façon continue depuis 2007 à la section de défense sociale d'une prison. Dans ce cadre, le requérant se plaignait « qu'en dehors de l'accès au service psychiatrique de la prison, aucune thérapie ni surveillance médicale particulière personnalisée ne fut entreprise à son égard »¹⁶. La Cour a estimé, face à ces constats qu'il y avait violation de l'article 3 de la Convention : sans sous-estimer « les démarches entreprises par les autorités pour trouver une prise en charge externe du requérant, elles n'ont toutefois donné aucun résultat en raison des refus opposés par les établissements contactés. Cette situation, dont est victime le requérant, résulte, en réalité, d'un problème structurel. D'une part, l'encadrement médical des internés dans les ailes psychiatriques des prisons n'est pas suffisant et, d'autre part, le placement à l'extérieur des prisons s'avère souvent impossible, soit en raison du manque de place ou de place adaptée au sein des hôpitaux psychiatriques, soit du fait du dispositif législatif, qui ne permet pas aux instances de défense sociale d'imposer le placement dans une structure extérieure qui considérerait l'interné comme indésirable »¹⁷. Une telle conclusion devrait largement inspirer les autorités suisses et genevoises car même si Curabilis a ouvert ses portes, la situation des

¹⁰ CrEDH, *Moisseiev c. Russie*, requête n° 62936/00, 9 octobre 2008; CrEDH, *Vlassov c. Russie*, requête n° 78146/01, 12 juin 2008, § 84; CrEDH, *Babouchkine c. Russie*, requête n° 67253/01, 18 octobre 2007, § 44.

¹¹ CrEDH, *István Gábor Kovács c. Hongrie*, requête n° 15707/10, 17 janvier 2012, § 26.

¹² CrEDH, *Belevitskiy c. Russie*, requête n° 72967/01, 1^{er} mars 2007, § 73-79; CrEDH, *Khudoyorov c. Russie*, requête n° 6847/02, 8 novembre 2005, § 106-107; CrEDH, *Novoselov c. Russie*, requête n° 66460/01, 2 juin 2005, § 32 et 40-43.

¹³ CrEDH, *Torreggiani et autres c. Italie*, requêtes n° 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 et 37818/10, 8 janvier 2013, § 69.

¹⁴ CrEDH, *Jirsak c. République Tchèque*, requête n° 8968/08, 5 avril 2012, § 63-73.

¹⁵ CrEDH, *Kadikis c. Lettonie*, 4 mai 2006, requête n° 62393/00, § 55.

¹⁶ CrEDH, *W.D. c. Belgique*, requête n° 73548/13, 6 septembre 2016,

¹⁷ *Ibid.*, § 112.

personnes souffrant de troubles mentaux n'est pas encore clairement établie.

3. Liberté d'expression

L'article 10 de la Convention européenne reconnaît à toute personne la liberté d'expression tout en admettant que des restrictions lui sont opposables si elles sont prévues par la loi et qu'elles constituent des mesures nécessaires dans une société démocratique. Bien souvent, pour les personnes privées de liberté, de telles restrictions sont envisageables. La Commission a reconnu cela très tôt estimant que « le refus de laisser [le détenu] disposer de papier à écrire pendant des périodes très longues a affecté de façon substantielle l'exercice de son droit à la liberté d'expression compte tenu du manque d'autres contacts humains »¹⁸. Néanmoins, « des restrictions légitimes en matière de fourniture et d'utilisation de papier à écrire peuvent se justifier pour des motifs disciplinaires en prison lorsque le matériel en question a été utilisé abusivement »¹⁹. Le contenu des écrits est par ailleurs important pour la Cour : dans une affaire dans laquelle le requérant avait écrit un manuscrit contre les gardiens et les autorités étatiques, la Cour a considéré qu'il y avait violation de l'article 10 CEDH du fait de l'imposition de sanctions disciplinaires car ces critiques étaient modérées, qu'elles n'ont pas circulé entre les détenus et qu'elles n'ont pas été rendues publiques²⁰. Il semble donc que si ces mêmes écrits

avaient été rendus publics ou s'ils n'avaient pas été modérés ou avaient circulé entre les détenus, la violation de l'article 10 n'aurait pas été constituée. Une telle appréciation restreint considérablement la liberté d'expression si cette expression ne doit pas circuler.

Plus récemment, la Cour a pu aborder la question d'Internet en prison. Ainsi, dans l'affaire *Kalda c. Estonia*²¹, le requérant alléguait que son droit découlant de l'article 10 avait été violé car il ne pouvait avoir accès à certains sites internet alors même qu'il y avait une procédure entre lui et l'administration pénitentiaire relative à ces droits. Parmi ces sites : celui du Conseil de l'Europe (donc de la Cour européenne) et d'un site local dans lequel il y avait une traduction en estonien des règles de la Cour également. Les juges ont bien logiquement condamné l'Estonie estimant que « The Court recalled that imprisonment inevitably involved a number of restrictions on prisoners' communications with the outside world, including on their ability to receive information. Article 10 could not be interpreted as imposing a general obligation to provide access to the Internet, or to specific Internet sites, for prisoners. However, in the circumstances of the case, given that under domestic law prisoners were granted limited access to the Internet – including access to the official databases of legislation and judicial decisions, the restriction of access to other sites that also contained legal information had constituted an interference with the applicant's right to receive information ». L'accès refusé à certains sites spécifiques n'était pas légitime dans une société

¹⁸ ComEDH, *T. c. Royaume-Uni*, requête n° 8231/78, 12 octobre 1983, § 50.

¹⁹ ComEDH, *McFeeley et al. c. Royaume-Uni*, requête n° 8317/78, 15 mai 1980, p. 44.

²⁰ CrEDH, *Yankov c. Bulgarie*, requête n° 39084/97, 11 décembre 2003, § 137-143.

²¹ CrEDH, *Kalda c. Estonia*, requête n° 17429/10, 19 janvier 2016.

démocratique. Cet arrêt semble ouvrir une porte à un accès à Internet pour les personnes privées de liberté – même si la Cour s'en défend encore...

4. Droit du travail en prison : réticences de la Cour

Le droit du travail est, pour finir, une des matières où la Cour est réticente à accorder aux détenus des droits – ni salaire minimum, ni sécurité sociale complète – comme elle l'a rappelé dans l'arrêt *Stummer c. Autriche* : la Grande Chambre a en effet estimé que le travail d'un détenu ne prévoyant aucune affiliation au régime de pensions de retraite ne violait pas la Convention de 1950 – notons que ce cas est particulier puisque l'Autriche connaît un système général d'assurance maladie et de retraite²².

Cela étant, la Cour a récemment confirmé ses réticences, dans un arrêt *Meier c. Suisse* du 9 février 2016²³. Détenu, M. Meier a demandé à être dispensé du travail auquel il était astreint dans le cadre de l'exécution de sa peine du fait qu'il avait atteint l'âge légal de la retraite. Or, les autorités nationales ont rejeté sa demande. M. Meier va alors porter l'affaire devant la Cour européenne des droits de l'Homme, en estimant que l'obligation de travail constituait une violation de l'article 4 de la Convention de 1950 qui prohibe le travail forcé.

Précisant qu'il n'existe « aucun consensus européen » concernant la possibilité d'obliger les détenus à travailler au-delà de l'âge légal de la

retraite, la Cour de Strasbourg conclut que les autorités suisses bénéficient sur cette question d'une « marge d'appréciation considérable » (§ 77), estimant que le travail en détention (même après l'âge de la retraite) est l'un des éléments permettant de réduire « (l)es effets nocifs de la détention » (§ 73). En plus de regretter une telle conclusion de la part des juges européens, il sied de relever qu'il s'agit là d'une violation de Règle pénitentiaire européenne (RPE) n° 105.2 qui indique que « les détenus condamnés *n'ayant pas atteint* l'âge normal de la retraite peuvent être soumis à l'obligation de travailler, compte tenu de leur aptitude physique et mentale telle qu'elle a été déterminée par le médecin » (nous soulignons). A contrario, les détenus ayant atteint l'âge de la retraite ne doivent pouvoir être astreint au travail.

Reposant sur une lecture très contestable des RPE, l'arrêt *Meier* présente cependant l'intérêt de rappeler de manière utile aux quarante-sept États du Conseil de l'Europe que toute astreinte au travail pour les détenus « doit être adaptée, selon les circonstances, aux aptitudes, à la capacité de travail et à l'état de santé » des intéressés (§ 74).

Conclusion

On le voit avec ces quelques exemples, les autorités genevoises ont encore beaucoup de travail à accomplir pour respecter les normes internationales en matière de protection des personnes privées de liberté. Quant à ces dernières, si dans la majorité des cas elles restent protectrices des droits individuels, il reste quelques matières à développer pour une réelle et entière sauvegarde de la dignité des détenu

²² CrEDH, *Stummer c. Autriche*, requête n° 37452/02, 7 juillet 2011.

²³ CrEDH, *Meier c. Suisse*, requête n° 10109/14, 9 février 2016.

LA CRIMINALISATION DES SANS-PAPIERS

Entre le droit et la pratique

Anna SERGUEEVA¹

La prison de Champ-Dollon fait l'objet depuis plusieurs années d'une surpopulation chronique et notoire. A l'heure où le Tribunal fédéral a condamné à maintes reprises les conditions de détention au sein du premier établissement pénitentiaire suisse² – jugées comme contraires à l'art. 3 CEDH, réprimant tout traitement inhumain ou dégradant – la question de la surincarcération de la population demeure brûlante d'actualité : existe-t-il à ce jour un intérêt public réellement prépondérant, justifiant l'incarcération de personnes dont le seul délit aurait été de séjourner sur le territoire sans autorisation valable ? Plus généralement, à quelles conditions les autorités pénales peuvent-elles incarcérer une personne se trouvant en Suisse en situation irrégulière ?

Après avoir examiné la situation juridique Suisse – largement influencée par le droit communautaire (1), nous passerons en revue la pratique carcérale genevoise relative à la détention des personnes sans statut légal (2).

¹ Avocate et assistante-doctorante à l'Université de Genève, membre du Comité LSDH-GE. L'auteur tient à remercier Me Dina Bazarbachi pour sa relecture et la pertinence de ses remarques.

² ATF 140 I 125 consid. 3; cf. également entre autres arrêts du TF 6B_71/2016 du 5 avril 2017 consid. 5 ; 6B_946/2015 du 13 septembre 2016 ; 1B_84/2016 du 27 juillet 2016 ; 6B_688/2015 du 19 mai 2016 ; 6B_456/2015 du 21 mars 2016 ; 1B_239/2015 du 29 septembre 2015; 1B_152/2015 du 29 septembre 2015.

1. Le statut de « sans-papiers » en droit pénal suisse

Le statut pénal des migrants en situation irrégulière est régi par le législateur fédéral, qui réprime entre autres à son article 115 LEtr³ d'une peine privative de liberté allant jusqu'à un an quiconque séjourne illégalement en Suisse, notamment après l'expiration de la durée du séjour non soumis à autorisation ou du séjour autorisé (al. 1 let. b), exerce une activité lucrative sans autorisation (al. 1 let. c) entre en Suisse ou quitte la Suisse sans passer par un poste frontière autorisé (al. 1 let. d).

Outre l'entrée et le séjour illégal, l'art. 116 LEtr réprime d'une peine pouvant aller jusqu'à un an de privation de liberté quiconque aura **facilité l'entrée, la sortie ou le séjour illégal d'un étranger** ou aura participé à des préparatifs dans ce but (al.1 let a et abis). Tel serait par exemple le cas d'un hôtelier, d'un bailleur, ou d'un employeur qui aura loué une chambre à une personne sans-papiers, pour autant que le logement soit « susceptible de devenir une cachette pour l'étranger en situation irrégulière, lui permettant ainsi de se soustraire à l'intervention des autorités administratives »⁴, étant toutefois précisé que la mise à disposition d'un logement pour quelques jours ne saurait encore constituer

³ RS 142.20, Loi fédérale sur les étrangers (LEtr) du 16 décembre 2005. Anciennement LSEE.

⁴ ATF 130 IV 77, consid. 2.3.2.

l'infraction⁵. *A contrario*, la personne qui aura hébergé chez lui un sans-papier durant un laps de temps plus long – on songera notamment à celui ou celle qui loge chez lui son compagnon ou un ami – est également susceptible de tomber sous le coup de la loi pénale.

Ce n'est qu'à titre exceptionnel que la jurisprudence du Tribunal fédéral admet qu'un étranger sans statut légal puisse invoquer son **droit au respect de la vie privée et familiale** (art. 8 CEDH) pour échapper à la sanction pénale (en l'occurrence entrée illégale avec des faux papiers⁶) dans le cadre de la préparation d'un mariage avec une ressortissante suisse, avec laquelle il a eu un enfant d'un an et demi, l'intérêt de la famille primant dans ce cas celui de l'Etat au respect des règles⁷. Notre Haute Cour exige néanmoins, en vertu du principe de la subsidiarité, que l'entrée illégale constitue raisonnablement le seul moyen envisageable pour atteindre le but visé, à savoir le mariage du couple⁸. Cette exception en faveur du regroupement familial n'est ainsi envisageable que dans l'hypothèse où il serait impossible – ou excessivement difficile – pour les époux de contracter mariage à l'étranger avant de revenir légalement en Suisse. Dans la mesure du possible donc, on demandera aux futurs époux

⁵ Arrêt du TF 6B_128/2009 du 17.07.2009 consid 2.2 et 2.3., où le Tribunal fédéral a prononcé l'acquittement d'un recourant ayant hébergé occasionnellement (soit pour un ou deux jours consécutifs, ceci à huit ou neuf reprises) chez lui pendant une période de deux mois et une semaine une personne sans statut légal.

⁶ Cf. cependant revirement de jurisprudence *in* forum poenale 6/2013 pp. 354, qui admet désormais un concours parfait entre les infractions de faux dans les certificats et d'entrée illégale.

⁷ ATF 117 IV 170 = JdT 1993 IV 152.

⁸ ATF 117 IV 170 = JdT 1993 IV 152 consid. 3c).

de préparer leur mariage depuis l'étranger afin de revenir ensuite en Suisse.

La punissabilité du séjour irrégulier selon l'art. 115 al. 1 let. b LEtr suppose néanmoins que l'étranger ne se trouve pas dans **l'impossibilité** – par exemple en raison d'un refus du pays d'origine d'admettre le retour de leurs ressortissants ou de délivrer des papiers d'identité – de quitter la Suisse et de rentrer légalement dans son pays d'origine⁹. Tel n'est cependant pas le cas si le pays d'origine (en l'occurrence l'Algérie) refuse le rapatriement de ses ressortissants par vol spécial¹⁰ et que le prévenu n'entend pas coopérer volontairement à son retour¹¹, par exemple en refusant de monter à bord d'un vol de ligne.

A noter également que **le seul fait d'avoir contesté une condamnation pour séjour illégal n'autorise pas l'étranger à rester en Suisse pendant la durée de la procédure**, dans la mesure où le Tribunal fédéral a considéré qu'il est loisible à la personne sans papiers de préparer sa défense depuis son pays, notamment en désignant un domicile de notification en Suisse et en revenant

⁹ Arrêts du TF 6B_320/2013 du 29 août 2013 consid. 2.1 ; 6B_783/2011 du 2 mars 2012 consid. 1.3; 6B_482/2010 du 7 octobre 2010 consid. 3.2.2; 6B_85/2007 du 3 juillet 2007 consid. 2.3. *A contrario*, tel n'est pas le cas pour un prévenu refusant de prendre un vol de ligne pour l'Algérie, quand bien même ce pays n'accepte pas les retours par vol spécial (arrêt du TF 6B_525/2014 consid. 1.2).

¹⁰ A savoir un vol de niveau 4 (art. 28 al. 1 let. d OLUc), caractérisé par un niveau d'entrave maximal, à savoir l'utilisation d'entraves aux poignets, aux chevilles et aux bras et la pose d'un ceinturon. Il est également fréquent que la personne à rapatrier soit sanglée à une chaise et casquée.

¹¹ Arrêt du TF 6B_525/2014 consid. 1.2.

uniquement pour les audiences¹². Ainsi, même dans l'hypothèse où la personne sans-papiers conteste sa condamnation, elle n'aura pas le droit de rester en Suisse pendant la durée de sa procédure et risquera dès lors de se voir incarcérer en cas de nouveau contrôle de police. Cette jurisprudence nous semble néanmoins très critiquable dans la mesure où elle ne tient aucunement compte de la situation précaire des sans-papiers qui ne disposent que très rarement des moyens leur permettant d'effectuer de nombreux aller-retours entre leur pays d'origine et la Suisse, sans compter les difficultés de communication qu'il peut y avoir dans certains pays.

Le droit pénal suisse prévoit à l'art. 52 CP la possibilité pour le juge de prononcer une **exemption de peine**, à savoir la renonciation à une sanction pénale si la culpabilité de l'auteur et les conséquences de son acte sont peu importantes. A notre connaissance toutefois, le Tribunal fédéral a refusé d'appliquer cette disposition légale à une personne se trouvant en Suisse en situation irrégulière, notamment en raison d'antécédents du recourant, concluant que ce dernier « n'est pas sensible aux décisions de justice et qu'il n'a pas pris conscience du caractère répréhensible de ces actes »¹³.

La situation pénale des sans-papiers a connu une évolution notable à partir de 2011, grâce au **droit de l'Union européenne**. Dans un arrêt du 28 avril 2011¹⁴ (arrêt « El Dridi »), la Cour de Justice de

l'Union Européenne (CJUE) a constaté qu'une législation prévoyant une peine d'emprisonnement pour le seul motif du séjour irrégulier d'un étranger sur le territoire malgré l'ordre qui lui a été donné de le quitter, est contraire à la directive européenne dite « Retour » du 16 décembre 2008¹⁵. La Suisse s'étant engagée en 2004 à mettre en œuvre et appliquer le droit communautaire, notamment l'acquis de Schengen¹⁶, elle a ainsi repris la Directive « Retour »¹⁷, de sorte que les juridictions suisses doivent faire leur possible pour mettre en œuvre les principes dégagés par la jurisprudence « El Dridi »¹⁸.

En application de ces arrêts, le **Tribunal fédéral** a ainsi considéré dans une jurisprudence constante que la directive « Retour » n'exclut pas l'application des dispositions pénales nationales lorsque les autorités administratives ont entrepris toutes les mesures raisonnables pour l'exécution de la décision de retour mais que la procédure a échoué en raison du comportement de l'intéressé¹⁹. Le

décembre 2012 ; Zaizoune CJUE C-38/14 du 23 avril 2015 ; Celaj CJUE C-290/2014 du 1^{er} octobre 2015 ; Affum CJUE C-47/15 du 7 juin 2016.

¹⁵ Directive 2008/115/CE.

¹⁶ Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse, l'Union européenne et la Communauté européenne sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen; RS 0.362.31 (ci-après : AAS).

¹⁷ Arrêté fédéral du 18 juin 2010 portant approbation et mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et la CE concernant la reprise de la Directive CE sur le retour [Directive 2008/115/CE]; RO 2010 5925.

¹⁸ Arrêt du TF 6B_1172/2014 du 23 novembre 2015 et références citées.

¹⁹ Arrêts du TF 6B_139/2014 du 5 août 2014 consid. 2 ; 6B_173/2013 du 19 août 2013, consid. 1.4 ; 6B_196/2012 du 24 janvier 2013 consid. 2.1.3 et 2.2 ;

¹² Arrêt du TF 6B_320/2013 du 29 août 2013 consid. 2.3.

¹³ Arrêt du TF 6B_320/2013 du 29 août 2013 consid. 4.2.

¹⁴ Arrêt du 28 avril 2011 C-61/11 PPU El Dridi, § 63. Cf. également sur ce point arrêts Achughbabian CJUE C-329/11 du 6 décembre 2011 ; Sagor CJUE C-430/11 du 6

Tribunal fédéral a néanmoins souligné qu'une sanction pénale pour séjour illicite n'entraîne en considération que si le renvoi était objectivement possible et qu'une procédure administrative de renvoi avait été engagée et qu'elle apparaissait d'emblée comme dénuée de toute chance de succès²⁰. Une condamnation pénale en vertu de l'art. 115 LETr est également possible lorsque l'étranger n'a pas collaboré à son expulsion ou a évité la prise de mesures administratives en trompant les autorités de la police des étrangers sur sa volonté de quitter la Suisse²¹. De même, l'art. 115 LETr trouve pleinement application lorsqu'un étranger a déjà fait l'objet d'une mesure d'expulsion, mais qu'il est par la suite revenu clandestinement en Suisse²².

Si dans un premier temps, le Tribunal fédéral a considéré qu'une **peine pécuniaire** était propre à entraver le départ du recourant et contrevenait dès lors à la directive « Retour »²³, il est toutefois récemment revenu sur sa jurisprudence dans un arrêt 6B_308/2016 du 15 mai 2017, estimant que le prononcé d'une peine pécuniaire ferme n'est pas incompatible avec la jurisprudence communautaire, quand bien même toutes les mesures administratives nécessaires au renvoi n'aient pas été préalablement mises en œuvre²⁴.

Toutefois, il n'en demeure pas moins que faute de toute démarche préalable de la part des autorités

6B_617/2008 du 11 mars 2013 et 6B_618/2012 du 11 mars 2013 ; 6B_188/2012 du 17 avril 2012.

²⁰ Arrêt du TF 6B_713/2012 du 19 avril 2013 consid. 1.4.

²¹ Arrêt 6B_713/2012 du 19 avril 2013 consid. 5.

²² Arrêt du TF 6B_196/2012 du 24 janvier 2013 consid. 2.1.2 et 2.2.2.

²³ Arrêt du TF 6B_1172/2014 du 23 novembre 2015.

²⁴ Arrêt du TF 6B_308/2016 du 15 mai 2017, consid. 1.9.

administratives, une **peine privative de liberté** ne saurait être prononcée pour infraction à la LETr uniquement, à moins que le retour soit rendu impossible par le comportement de l'intéressé lui-même.

Le Tribunal fédéral a cependant considéré que la directive « Retour » n'était pas applicable aux ressortissants des pays tiers qui ont commis, outre le séjour irrégulier, **un ou plusieurs autres délits en dehors du droit pénal sur les étrangers**²⁵. Ainsi, si la personne sans-papiers prend la fuite lors d'un contrôle d'identité par la police²⁶, elle ne bénéficiera pas des principes dégagés par la directive « Retour » et pourra se voir infliger, généralement à partir de la première récidive, une peine privative de liberté ferme.

En dehors des situations exceptionnelles précitées, tout étranger se trouvant en situation irrégulière en Suisse est susceptible – nonobstant ses attaches personnelles, professionnelles et/ou conjugales – de tomber sous le coup de la loi pénale, et partant de se trouver incarcéré à la prison de Champ-Dollon. Dans la pratique, lors de la première arrestation et si l'étranger n'a aucun antécédent judiciaire, le Ministère public prononce une première peine pécuniaire allant de 30 à 60 jours-amende, peine assortie d'un sursis. En d'autres termes, la peine ne sera pas exécutée à moins que l'auteur récidive dans un délai pouvant aller jusqu'à 5 ans. Pour qu'il y ait récidive, il suffit que la personne

²⁵ Arrêts du TF 1B_422/2016 du 7 décembre 2016, consid. 2.2 ; 6B_320/2013 du 29 août 2013 consid. 3.2.

²⁶ Le Tribunal fédéral considère en effet que le fait de prendre la fuite constitue un empêchement d'accomplir un acte officiel, au sens de l'art. 286 CP (ATF 120 IV 136 consid. 2a).

demeure illégalement en Suisse à l'issue de sa condamnation²⁷. Dans ce cas, le sursis sera généralement révoqué, et le sans-papiers sera condamné au paiement de la première peine de jours-amende ainsi qu'à une nouvelle peine ferme (privation de liberté ou jours-amende). Si la personne est condamnée à partir de la seconde fois à des jours-amende, et qu'elle ne dispose pas de ressources suffisantes pour payer le montant²⁸, les jours-amende seront convertis en privation de liberté²⁹.

L'application croissante de l'art. 115 LETr – parfois combinée à des infractions d'importance mineure – a vu l'émergence depuis plusieurs années d'une nouvelle population carcérale de plus en plus nombreuse. Là où le citoyen lambda se verra infliger une simple peine pécuniaire, par exemple pour s'être soustrait à un contrôle d'identité, le sans-papiers se trouvera, par le truchement de l'art. 115 LETr, incarcéré au sein d'un établissement pénitentiaire déjà abondamment surpeuplé.

2. La situation dans le canton de Genève

A teneur des dernières **statistiques de l'Office cantonal de la détention** disponibles pour l'année 2014³⁰, les infractions à la LETr constituent la

²⁷ L'art. 115 al. 4 LETr prévoit toutefois qu'une renonciation à la poursuite pénale est possible en cas d'exécution immédiate du renvoi.

²⁸ Etant précisé que le montant minimum du jour-amende est de CHF 10.- par jour.

²⁹ Un jour-amende correspondant à un jour de peine privative de liberté.

³⁰ Disponibles sur le site Internet http://www.ge.ch/dse/doc/news/150330_ComP_StatsOC_D.pdf

deuxième cause d'incarcération au sein de la prison Champ-Dollon. Il s'agit au demeurant de la catégorie d'infractions pour laquelle le nombre de détentions a le plus augmenté entre 2012 et 2014, passant de 1'000 à près de 1'700 en deux ans³¹. De même, à teneur du compte rendu de l'activité du Pouvoir judiciaire pour l'année 2016³², la migration illégale et le travail au noir restaient le troisième principal motif des poursuites pénales pour les années 2015-2016, correspondant à près de 20 % des procédures ouvertes par le Ministère public³³.

Comment expliquer l'augmentation soudaine de ce nombre d'incarcérations ? Depuis le mois d'octobre 2012, le Ministère public du canton de Genève a mis en place une **politique pénale** mettant l'accent sur la répression des personnes en situation irrégulière, soi-disant afin de lutter contre la petite délinquance de rue. Cette nouvelle politique pénale a eu pour conséquence une augmentation drastique du nombre de personnes incarcérées uniquement pour infraction à la LETr. Suite à une longue procédure judiciaire³⁴, la directive dite « Jornot » - du nom du Procureur général qui en est l'auteur - a finalement été rendue publique au mois novembre 2016. Malgré une apparente précision du document³⁵, il est frappant de constater que le Ministère public n'a pas pris la peine d'intégrer dans

³¹ Le rapport de l'OCD, précise d'ailleurs que «*Depuis 2012, les infractions à la loi sur les étrangers (LETr) sont en augmentation à l'instar de la proportion de détenus sans statut et en raison des cumuls d'infractions*». (p. 17)

³² Commission de gestion du pouvoir judiciaire, avril 2017.

³³ Rapport 2016, p. 15.

³⁴ Cf. RDAF 2016 I pp. 487-497.

³⁵ Le texte prévoit par exemple des fourchettes de peines différentes en fonction de la durée du séjour.

son texte les principes jurisprudentiels dégagés par la directive « Retour ». En effet, à aucun moment il n'est fait mention de la jurisprudence du Tribunal fédéral qui prévoit clairement qu'une peine privative de liberté ne peut être prononcée si les autorités administratives (en l'occurrence l'OCPM à Genève) n'ont entrepris aucune démarche préalable pour expulser la personne, ceci alors même que les premiers arrêts du Tribunal fédéral en la matière datent de début 2013.

Il est toutefois piquant de constater que suite au revirement de jurisprudence opéré par arrêt 6B_308/2016 du 15 mai 2017 en matière de peines pécuniaires³⁶, le Ministère public genevois a cette fois-ci immédiatement modifié sa pratique, en « revenant à une politique plus ferme », sous prétexte de lutte contre le trafic de rue, n'excluant pas « une hausse du nombre de détenus » au sein de la prison de Champ-Dollon³⁷.

Au fil de l'évolution de la directive « Jornot », la privation de liberté a partiellement certes cédé la place aux jours-amende. Le problème de l'incarcération n'en demeure cependant que repoussé. En effet, dans l'hypothèse où la personne sans statut légal ne dispose pas de ressources suffisantes pour payer ses jours-amende – dont le montant peut aisément atteindre des centaines, voire des milliers de francs – sa peine sera alors convertie en jours de détention, un jour-amende

correspondant à un jour de détention³⁸. Un individu condamné à 90 jours-amende devra ainsi, en cas de non-paiement, exécuter 90 jours de privation de liberté. En avril 2017, deux bénévoles de la Commission de détention pénale ont ainsi eu l'occasion de rendre visite à des personnes détenues à Champ-Dollon, purgeant des peines privatives de liberté pour seule violations de la LEtr.

3. Conclusion

Malgré une jurisprudence évolutive en la matière, la problématique de la criminalisation des sans-papiers reste préoccupante, et ceci à plusieurs égards.

Une politique pénale axée sur la pénalisation des sans-papiers instaure à notre sens une véritable justice à deux vitesses au détriment des personnes sans statut légal, quand bien même ils se trouvent initialement dans une situation sociale et économique de vulnérabilité particulière. Depuis près de cinq années, des centaines de personnes se sont ainsi retrouvées incarcérées pour le seul fait d'avoir séjourné illégalement en Suisse, ou – par le truchement des infractions à l'art. 115 LEtr – pour avoir commis des infractions minimales, pour lesquelles un ressortissant suisse écoperait d'une simple amende. Cette criminalisation du séjour illégal entraîne par ailleurs une défiance de la population à l'encontre des migrants, alimentant de la sorte le malheureux cliché du de « l'étranger criminel ».

Ainsi, nous ne pouvons qu'adhérer à cette citation de Daniel FINK dans son dernier ouvrage sur la

³⁶ Cet arrêt a au demeurant été rendu suite à un recours interjeté par le Ministère public genevois.

³⁷ Source: article de la Tribune de Genève du 20.10.2017, «Nous revenons à une politique plus ferme» (site Internet: <https://www.tdg.ch/geneve/actu-genevoise/revenons-politique-ferme/story/11656685>)

³⁸ Art. 36 al. 1 CP.

prison en Suisse « *La fonction de la prison est aujourd'hui largement celle d'un instrument de régulation des flux migratoires, servant aussi à corriger un écart de comportement souvent toléré pour la population résidante, qui serait alors puni d'une simple amende* »³⁹.

Au-delà des considérations d'ordre éthique, la surincarcération à outrance présente également des problèmes financiers majeurs, en sachant qu'une journée de détention coûte entre 234 et 390 francs

par jour, il paraît légitime de s'interroger sur les coûts – non seulement humains – d'une telle politique pénale.

A l'heure où le canton de Genève commence à prendre conscience de la nécessité de régulariser les travailleurs sans-papiers, notamment par la mise en place de l'« opération Papyrus », la légitimité même de l'infraction à l'art. 115 LEtr mérite d'être remise en cause.

³⁹ Daniel FINK, *La prison en Suisse ; un état des lieux*, Lausanne, 2017, p.118.

