

Berne, le 17 août 2009

## **Arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et la Communauté européenne concernant la reprise de la directive sur le retour (développement de l'acquis de Schengen)**

### ***Prise de position de l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés OSAR***

#### **1 Situation générale**

La procédure de consultation relative à la mise en œuvre de la directive du Parlement et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (directive sur le retour)<sup>1</sup> et les adaptations de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr) et de la loi sur l'asile (LAsi) qui en découlent a été ouverte le 5 juin 2009 par le DFJP, pour une durée de trois mois.

Il s'agit là d'une nouvelle étape du développement de l'acquis de Schengen, que la Suisse s'est en principe engagée à reprendre en intégralité. La Suisse n'a finalement que peu le choix, c'est l'alignement autonome et la transposition de l'acte dans son ordre juridique interne, ou alors la dénonciation de l'accord d'association à Schengen/Dublin.<sup>2</sup>

Bien que les organisations de droit de l'homme et les associations impliquées dans l'aide aux migrants et aux réfugiés aient largement critiqué le caractère démesurément répressif des mesures envisagées par la directive sur le retour lors

Weyermannsstrasse 10  
Postfach 8154  
CH-3001 Bern

Für Paketpost:  
Weyermannsstrasse 10  
CH-3008 Bern

T++41 31 370 75 75  
F++41 31 370 75 00

info@osar.ch  
www.osar.ch

PC-Konto  
30-16741-4  
Spendenkonto  
PC 30-1085-7

<sup>1</sup> Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, [www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1724/AmtsblattEU.pdf](http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1724/AmtsblattEU.pdf).

<sup>2</sup> Lettre d'accompagnement aux milieux intéressés du 8 juin 2009, [www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1724/Brief\\_Kreise.pdf](http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1724/Brief_Kreise.pdf).

de son adoption par le Parlement européen le 18 juin 2008,<sup>3</sup> elle implique pourtant certains changements dans la LEtr qui conduisent à l'amélioration de la situation juridique des personnes concernées. Ceux-ci doivent dès lors être traduits dans le droit interne suisse.

## 2 Les principaux points du projet

La directive sur le retour fixe les normes et procédures communes à appliquer dans les pays au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, c'est-à-dire ne remplissant pas ou plus les conditions d'entrée, de séjour ou de résidence. Les principales modifications proposées dans la directive concernent les renvois, les modalités d'expulsions et les mesures de contrainte et d'éloignement. Il est notamment prévu une procédure de renvoi formelle en remplacement de l'actuelle possibilité de renvoi sans décision formelle. L'étranger reçoit une feuille d'information pour le formulaire type ou peut demander que les décisions soient traduites. Par ailleurs, la durée maximale de tous les types de détention visée à l'art. 79 LEtr doit être réduite. Elle devra dorénavant passer de 24 à 18 mois. Les décisions de renvoi sont obligatoirement assorties d'une interdiction d'entrer de 5 ans si aucun délai de départ n'a été fixé ou que l'étranger n'a pas quitté la Suisse dans le délai imparti.

Le présent avis se concentre sur les dispositions qui sont encore à améliorer, parce que la proposition du DFJP ne reflète pas encore fidèlement les objectifs et les intentions de la directive. L'OSAR remercie d'avoir été invitée à la consultation et prends position sur deux points très importants:

1. **L'accès à une représentation juridique et à l'assistance juridique gratuite** doit être accordé. Or le projet de loi ne traite pas le sujet. La Suisse doit tout mettre en œuvre pour s'assurer que cette possibilité explicitement prévue à l'article 13 para. 3 et 4 de la directive soit effective.
2. Un système efficace de contrôle des retours forcés doit être prévu, conformément à l'art. 8 para. 6 de la directive. Pour ce faire, l'OSAR considère que la mise sur pied d'un système de **monitoring indépendant** correspond le mieux à cette exigence. Le texte de l'art. 71a LEtr est encore trop peu expressif et le DFJP semble favoriser une solution interne aux autorités.

D'autres aspects de la mise en œuvre ont également retenu l'attention de l'OSAR et méritent d'être traités:

3. Différents points de la directive ont pour objectif explicite le respect des droits de l'enfant. A cet égard, la proposition du DFJP est encore à préciser.

---

<sup>3</sup> Cf. ECRE Information Note on the Directive 2008//115//EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals, Bruxelles, Janvier 2009, [www.ecre.org/files/ECRE\\_Information\\_Note>Returns\\_Directive\\_January\\_2009.pdf](http://www.ecre.org/files/ECRE_Information_Note>Returns_Directive_January_2009.pdf).

4. La directive stipule à son art. 13 para. 1 qu'une voie de recours effective doit être disponible pour attaquer les décisions. Les dispositions sur le renvoi retirent pourtant l'effet suspensif aux recours, ce qui contredit non seulement l'art. 13 para. 1 de la directive sur le retour mais pose également un problème au regard de l'art. 13 CEDH.

### 3 Commentaires et propositions à l'égard de la mise en œuvre des points importants de la directive

#### 3.1 Accès à la représentation/assistance juridique gratuite (art. 13 para. 3 et 4 directive sur le retour)

Contrairement à la situation dans d'autres Etats européens,<sup>4</sup> la protection juridique («Rechtsschutz») en Suisse n'est toujours pas garantie. Dans le domaine de l'asile, il n'existe pas de financement systématique par l'Etat des consultations juridiques et l'assistance judiciaire gratuite n'est accordée que de manière très restreinte et retenue. Les autorités<sup>5</sup> se reposent sur les églises et les œuvres d'entraide, elles-mêmes souvent dans une situation financière délicate et précaire, pour esquiver leurs obligations. L'OSAR est préoccupée par l'incertitude financière constante à laquelle les bureaux de consultation juridique sont confrontés. Il s'agit d'une requête de longue date de l'OSAR, qui a déjà été formulée dans le cadre de plusieurs consultations. Le DFJP ainsi que l'ODM prétendaient qu'il n'existait jusqu'alors pas de base légale dans la LEtr ou la LAsi sur laquelle pouvait concrètement se reposer cette demande.

Dès à présent, **l'art. 13 de la directive sur le retour ouvre cette possibilité et oblige la Suisse à remédier à ce souci récurrent** une bonne fois pour toute. L'art. 13 para. 3 de la directive prévoit la possibilité d'obtenir un conseil juridique, une représentation juridique et, en cas de besoin, une assistance juridique. Le paragraphe 4 précise même que chaque Etat veille à ce que l'assistance juridique et la représentation nécessaire soient accordées sur demande *gratuitement*. Cette disposition renvoie directement à la directive sur la procédure,<sup>6</sup> selon laquelle les Etats membres peuvent prévoir dans leur droit national que l'assistance judiciaire et/ou la représentation gratuites soient accordées uniquement dans le cadre de procédures ordinaires (art. 15 para. 3 lit. a directive sur la procédure), aux conseils juridiques spécifiquement désignés par le droit national pour assister ou représenter les demandeurs d'asile (art. 15 para. 3 lit. c) ou encore à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes (art. 15 para. 3 lit. b). Ils gardent aussi la

<sup>4</sup> Pays-Bas, Suède, Danemark, Royaume-Uni, Autriche.

<sup>5</sup> L'ancienne Commission de recours en matière d'asile dans la décision de principe JICRA 2001/11 a ainsi déclaré que le besoin d'assistance juridique peut certes exister dans la procédure de première instance, mais les conditions exigeant l'aide d'un représentant juridique professionnel ne sont que très rarement remplies. Le tribunal se réfère également aux «œuvres d'entraide et conseils juridiques travaillant dans le domaine de l'asile, qui offrent des services variés – y compris une assistance gratuite par des personnes qualifiées et des services de traduction» (*trad.*).

<sup>6</sup> Art. 15 para. 3–6 de la directive 2005/85/CE du Conseil du 1<sup>er</sup> décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres (directive sur la procédure).

possibilité d'imposer des limites monétaires ou des délais, à condition que ces limites ne restreignent pas arbitrairement l'accès à l'assistance juridique et à la représentation (art. 15 para. 3 lit. b et d, para. 5 lit. a directive sur la procédure).

Il est surprenant que la mise en œuvre ne traite pas ce sujet, d'autant plus que le Rapport explicatif ne mentionne même pas l'art. 13 de la directive sur le retour. Il s'agit pourtant d'une disposition clé et d'un point fondamental de la nouvelle réglementation, l'art. 19 al. 2 de la directive précisant que la Commission européenne doit porter une **attention particulière** à l'application de cette disposition, ainsi qu'aux dispositions ayant attiré à l'interdiction d'entrer et à la rétention. La Commission doit ainsi analyser l'impact financier et administratif dans les Etats et le rapporter au Parlement européen. Le droit à une assistance/représentation juridique doit être large, car il est fondamental pour la sécurité juridique et le respect du droit à un recours effectif tel que prévu par l'art. 13 CEDH.

Pour la transposition de l'article 13 para. 4 de la directive sur le retour, il est accordé aux Etats un **décal supplémentaire** d'un an, afin que la mise en œuvre de la directive puisse être accompagnée efficacement des dispositions législatives, réglementaires et administratives le cas échéant. Cette mention expresse d'un délai supplémentaire dans la directive démontre de façon manifeste que la Commission considère que **les Etats ont une nécessité d'agir et de prendre des mesures adéquates** en la matière. La Suisse doit à présent suivre cette évidence et l'OSAR réclame l'adaptation de la législation en conséquence.

Il est clairement stipulé que les personnes doivent être informées des voies juridiques qui leurs sont ouvertes. Ce qui sous-entend une nouvelle fois la nécessité de l'existence de consultations juridiques accessibles aux personnes concernées, et donc l'obligation pour chaque Etat de permettre à l'étranger en instance de renvoi d'exercer ses droits. Or, le besoin de faire valoir ses droits passe forcément par un conseil juridique compétent et adapté. Les moyens financiers venant souvent à manquer au recourant, la possibilité de bénéficier de ces services gratuitement est primordiale. L'Etat doit donc fournir les efforts nécessaires pour assurer l'existence d'une protection juridique abordable et efficiente.

Si ce constat vaut pour la procédure de renvoi, il est d'autant plus pertinent pour la procédure d'asile elle-même. Le parallèle entre les deux procédures paraît essentiel dans le cadre d'une politique harmonisée en la matière. C'est pourquoi, dans un souci de cohérence, il est indispensable que la loi sur l'asile soit également adaptée et que l'article 17 al. 4 LAsi garantisse l'accès à des représentations juridiques, et donc par conséquent l'existence de celles-ci.

### 3.2 Monitoring indépendant pour les retours forcés

Projet du DFJP, nouvel art. 71a LEtr	Proposition de l'OSAR
Art. 71a Contrôle du renvoi ou de l'expulsion (nouveau)	Art. 71a Contrôle du renvoi ou de l'expulsion (nouveau)
Le Conseil fédéral règle le contrôle du renvoi	Le Conseil fédéral règle le contrôle du renvoi

ou de l'expulsion selon l'art. 8, al. 6, de la directive sur le retour.	ou de l'expulsion selon l'art. 8, al. 6, de la directive sur le retour. <b>Il crée les conditions nécessaires pour un monitoring efficace et indépendant.</b>
---	---

En vertu de l'**article 8 para. 6** de la directive sur le retour, les Etats doivent prévoir un «**système efficace de contrôle du retour forcé**». Chaque Etat lié par la directive devrait donc s'efforcer de mettre au point un Monitoring des renvois. Le Conseil fédéral doit régler ce contrôle en vertu de l'art. 71a nouveau LEtr.

Actuellement, il est prévu que le Comité d'experts «Retour et exécutions des renvois», composé par des membres du DFJP, du DFAE et des autorités cantonales compétentes en matière de migration et de sécurité, exerce une certaine fonction de surveillance, de contrôle et de pilotage. Il est attendu que le Conseil fédéral règle les tâches de ce Comité à l'avenir au niveau d'une ordonnance.<sup>7</sup> L'OSAR trouve cette proposition insuffisante et demande que cette obligation soit traduite dans la loi par la mention d'un monitoring indépendant.

Or, selon les standards du Conseil de l'Europe tels que formulés dans les 20 Principes directeurs sur le retour forcé<sup>8</sup> cités au paragraphe 3 du préambule de la directive sur le retour, des mécanismes de contrôle efficaces doivent être mis en œuvre. La mise en place d'un monitoring indépendant est la solution la plus appropriée. L'opération de retour devrait être dûment consignée, notamment les incidents significatifs et les moyens de contrainte utilisés au cours de l'opération. La protection des données médicales nécessite également une attention spéciale. Une éventuelle plainte pour mauvais traitement devrait donner lieu à une enquête effective et indépendante dans des délais raisonnables.<sup>9</sup> Par conséquent, la proposition de la Confédération n'est pas satisfaisante sur ce point, et la nécessité d'un monitoring indépendant en complément du Comité d'expert doit être réévaluée.

Il existe en Europe déjà plusieurs mécanismes d'observation et de monitoring des renvois, notamment en Allemagne depuis 2001. Au Luxembourg, la Croix-Rouge occupe le rôle d'observateur sur la base d'une décision parlementaire et accompagne parfois le retour jusqu'à l'Etat d'accueil. La Croix-Rouge a été choisie pour sa neutralité et son indépendance. En Autriche, des observateurs indépendants peuvent aussi être présents dans les vols et font des rapports au Ministère de l'intérieur depuis 2001. L'expérience a des retombées positives et il y a eu des progrès significatif en peu de temps. Un autre exemple de l'utilité de la présence d'un accompagnant réside dans la perception du retour par certaines autorités. L'importance d'un observateur neutre qui accompagne le renvoi peut parfois éviter les malentendus liés à un retour entouré uniquement de policiers en uniforme.

L'indépendance doit être garantie. Les personnes en voie d'expulsion se trouvent dans une situation particulièrement vulnérable. Il est donc important que les observateurs émanent de la société civile et non pas de l'Etat, qu'ils ne portent pas

<sup>7</sup> Cf. rapport explicatif, p. 13.

<sup>8</sup> «Principes directeurs sur le retour forcé» adoptés par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, CM (2005) 40 final, 9 mai 2005, Principe directeur 20, «Contrôle et recours».

<sup>9</sup> Comité ad hoc d'experts sur les aspects juridiques de l'asile territorial, des réfugiés et des apatrides CAHAR, Commentaire sur les Vingt principes directeurs sur le retour forcé, CM(2005)40, 20 mai 2005.

le costume du fonctionnaire. L'objectif poursuivi par l'observation des retours est de garantir un certain degré de **transparence** dans un domaine sensible et propice aux violations des droits de l'homme. A en croire les insinuations qui circulent et les nombreuses craintes exprimées, les garanties de l'état de droit ne sont pas toujours respectées. Le **principe de proportionnalité** n'est par exemple pas systématiquement appliqué dans l'usage des mesures de contraintes. Par-dessus tout, on dénombre encore ces dernières années en Europe plusieurs cas de décès lors de retours forcés. L'instauration d'observateurs lors des renvois est un instrument adéquat pour remplacer les insinuations par des informations réelles et non fabulées.

De par sa position, l'observateur ne protège pas uniquement la personne étrangère expulsée. Il offre également une sécurité au personnel dans le cadre de son rôle d'observateur neutre. Il est en effet à disposition de toutes les personnes qui participent aux différentes étapes du processus de retour, souvent lourd et difficile, et qui peuvent l'utiliser comme point de contact à tout moment. La présence d'un observateur externe à la procédure de renvoi peut avoir un effet calmant et rassurant, ce qui peut dès lors contribuer à apaiser les tensions réciproques et éviter une escalade de la violence et des agressions inutiles de part et d'autre.

La tâche principale est d'observer les renvois, de les accompagner et d'intervenir dans une situation de crise le cas échéant. En plus de la participation et de la médiation directe, pour que les buts de l'observation soient atteints, il faudrait que les activités observées soient ensuite discutées et analysées par un Comité mixte à concevoir. Celui-ci, essentiellement composé de représentants de l'Etat et d'ONG, pourra alors élaborer en connaissance de cause des solutions appropriées en cas d'abus.

En conclusion, un processus d'observation favorise la transparence et permet aux milieux concernés d'être informés des abus éventuels. Dans une problématique sujette à controverse, un dialogue entre acteurs étatiques et non-étatique pourra enfin se fonder sur des bases claires. Les problèmes pourront donc être mieux abordés et discutés afin de suggérer et trouver des solutions adéquates le cas échéant. En définitive, un monitoring indépendant est un système d'alarme qu'il s'agit de mettre en place de manière intelligente. L'OSAR a déjà abordé ce sujet lors des débats autour de la loi sur les mesures de contraintes. Avec la nouvelle base légale prévue par la directive, cette discussion doit à présent être relancée.

### 3.3 Décision de renvoi, art. 64

Projet DFJP art. 64 al. 3 LEtr	Proposition OSAR
La décision visée à l'al. 1, let. a et b peut faire l'objet d'un recours dans les cinq jours ouvrables suivant sa notification. Le recours n'a pas d'effet suspensif. L'autorité de recours statue dans les dix jours suivant sur la restitution de l'effet suspensif.	La décision visée à l'al. 1, let. a et b peut faire l'objet d'un recours dans les <b>dix</b> jours ouvrables suivant sa notification. <del>Le recours n'a pas d'effet suspensif. L'autorité de recours statue dans les dix jours suivant sur la restitution de l'effet suspensif.</del>

Avec la mise en œuvre de la directive sur le retour, un renvoi à la frontière sans décision formelle n'est en principe plus autorisé. Les autorités s'engagent à rendre une décision pour chaque refus d'entrer, qui peut être émise sous la forme d'un formulaire-type. Ceci s'applique tant aux personnes titulaires d'un titre de séjour dans un autre Etat de la zone Schengen qu'aux personnes renvoyées en vertu de l'accord d'association à Dublin (art. 64a nouveau LEtr).

Le renoncement au renvoi sans décision formelle, tel que prévu actuellement à l'art. 64 LEtr, est salué par l'OSAR. L'exigence d'une décision de renvoi de Suisse et la possibilité de recours contribuent à une meilleure sécurité juridique et se rapproche des standards de la CEDH. Cependant, la durée du recours, qui n'est possible que dans le délai de cinq jours ouvrables, est trop courte. Les personnes concernées sont en effet souvent étrangères à la langue et au droit suisse, et ne peuvent que difficilement organiser une défense juridique en un laps de temps si restreint. L'OSAR propose dès lors d'augmenter le délai de recours à dix jours.

L'effet suspensif doit être garanti, faute de quoi le recours perd son effectivité. Le caractère exécutoire immédiat de la décision de renvoi pose un problème au niveau du droit à une protection juridique effective stipulé à l'art. 13 CEDH (en relation avec les art. 3 et 8 CEDH), du moins dans les situations où la CEDH risque d'être violée. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, un recours effectif censé protéger des biens juridiques importants (tel que l'article 3 CEDH) doit avoir un effet suspensif.<sup>10</sup> Selon le HCR, l'effet suspensif automatique est nécessaire pour garantir l'efficacité des recours juridictionnels. Un tel «recours contre une décision d'éloignement est inefficace si le ressortissant du pays tiers n'est pas autorisé à attendre le résultat de l'appel. Les exceptions à ce principe essentiel ne devraient être prévues que dans des cas extrêmement limités, définis de manière très étroite et avec précision dans lesquels le demandeur devrait néanmoins avoir la possibilité d'obtenir le report de l'éloignement selon les circonstances de son cas»<sup>11</sup>. La directive elle-même part du principe que des «voies de recours effective» soient prévues contre des décisions de retours, à l'art. 13 para. 1. Dès lors, l'OSAR est d'avis qu'il faille supprimer l'art. 64 para. 3, phrases 2 et 3 LEtr.

Projet DFJP art. 64 al. 4 LEtr	Proposition OSAR
<p><sup>4</sup> Les autorités cantonales compétentes désignent immédiatement une personne de confiance chargée de représenter, au cours de la procédure de renvoi, les intérêts de l'étranger mineur non accompagné (10 I).</p>	<p><sup>4</sup> Les autorités cantonales <b>de tutelles</b> compétentes désignent immédiatement une personne de confiance chargée de représenter, au cours de la procédure de renvoi, les intérêts de l'étranger mineur non accompagné (10 I).</p>

L'OSAR se réjouit que d'une manière semblable à la procédure d'asile, une personne de confiance soit aussi prévue dans une procédure de renvoi selon le droit

<sup>10</sup> ACEDH Jabari contre Turquie, du 11 juillet 2000, requête n° 40035/98.

<sup>11</sup> Observations du HCR sur la proposition de la Commission européenne de directive relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, COM (2005) 391, décembre 2005, p. 5.

des étrangers. Les Etats s'assurent («vergewissern sich») que le mineur non-accompagné sera remis à un membre de sa famille, un tuteur ou une structure d'accueil adéquate. Il s'agit d'appliquer ce critère strictement et d'entreprendre des mesures concrètes pour que ces garanties soient respectées. La directive sur le retour prévoit dans son article 10 para. 1 que les mineurs non accompagnés doivent être assistés d'organismes compétents avant une décision de retour, de sorte que l'intérêt supérieur de l'enfant soit pris en considération. Il est explicitement mentionné qu'il doit s'agir d'organismes *autres* que les autorités chargées d'exécuter le retour. La proposition du DFJP doit ainsi être clarifiée en conséquence, afin que la désignation d'une personne de confiance entre dans la compétence des autorités cantonales de tutelle. Sinon, il existe le risque que les personnes de confiance soient nommées par les autorités de migrations responsables du renvoi. Or, comme le montre l'expérience dans le domaine de l'asile, celles-ci se focalisent essentiellement sur l'optique de l'exécution du renvoi.

### 3.4 Renvoi en vertu des accords d'association à Dublin, art. 64a

Projet DFJP art. 64a al. 2 LEtr	Proposition OSAR
La décision de renvoi peut faire l'objet d'un recours dans les cinq jours ouvrables suivant sa notification. Le recours n'a pas d'effet suspensif. L'autorité de recours statue dans les dix jours suivant sur la restitution de l'effet suspensif.	La décision de renvoi peut faire l'objet d'un recours dans les <b>dix</b> jours ouvrables suivant sa notification. <del>Le recours n'a pas d'effet suspensif. L'autorité de recours statue dans les dix jours suivant sur la restitution de l'effet suspensif.</del>

L'article 13 para. 1 de la directive et l'art. 13 CEDH sont également à prendre en compte pour des retours dans le cadre de la procédure de Dublin. Les exigences liées à l'article 64 sont applicables mutatis mutandis. Afin que le recours soit effectif comme l'exige la directive sur le retour et la CEDH, il doit avoir un effet suspensif. La disposition légale doit être ajustée en conséquence.

Cette exigence ne s'applique pas seulement aux procédures concernant des ressortissants étrangers, un ajustement correspondant doit également intervenir pour la procédure d'asile. Le DFJP doit tenir compte de ces préoccupations dans la révision en cours de la procédure d'asile.

### 3.5 Délai de départ et exécution immédiate, art. 64d LEtr (nouveau)

Projet du DFJP, art. 64d al. 1 LEtr	Proposition de l'OSAR
<sup>1</sup> La décision de renvoi est assortie d'un délai de départ raisonnable de sept à trente jours (7I). Un délai de départ plus long est	<sup>1</sup> La décision de renvoi est assortie d'un délai de départ raisonnable de sept à trente jours (7I). Un délai de départ plus long est

<p>imparti ou le délai de départ est prolongé lorsque des circonstances particulières telles que la situation familiale ou la durée du séjour le justifient (7II).</p>	<p>imparti ou le délai de départ est prolongé lorsque des circonstances particulières telles que la durée du séjour, <b>l'existence d'enfants scolarisés</b>, la situation familiale <b>ou des liens sociaux</b> le justifient (7II).</p>
--	---

La directive sur le retour va nettement plus loin que le projet du DFJP en matière de prise en compte de circonstances particulières dans le cadre de la durée du délai de départ. En ce qui concerne la possibilité de prolonger le délai de départ, l'OSAR constate que dans les modifications proposées, la durée du séjour et la situation familiale sont citées dans la base légale. Le rapport explicatif mentionne encore les problèmes de santé. Cependant, il n'est pas fait mention de l'existence d'enfants scolarisés et des liens sociaux, pourtant expressément prévu à l'art. 7 para. 2 de la directive.

En particulier, la référence aux enfants scolarisés est relevant en pratique, car il arrive souvent que des demandes de prolongation de délai de départ soient motivées par le fait que les enfants puissent d'abord finir leur année scolaire en Suisse. Cette demande est justifiée, car les enfants sont souvent très durement touchés par les décisions de renvoi. Ils ne devraient pas être punis d'une manière supplémentaire; l'inclusion de cette exception est dès lors relative au bien-être de l'enfant. La possibilité de prolonger le délai de départ initial de 7 à 30 jours doit être favorisé et les exceptions inscrites dans le texte de la loi. La disposition doit par conséquent au moins être complétées par les exceptions énumérées expressément dans le texte de la directive sur le retour.

Dès lors, Pour assurer une meilleure cohérence, il est nécessaire que l'art. 45 al. 2 LAsi soit également ajusté et complété dans le cadre de la présente révision.

### 3.6 Détention pour insoumission

La directive règle en son article 15 les conditions de la rétention en vue du renvoi. En vertu de l'art. 15 para. 1, l'étranger qui fait l'objet d'une procédure de renvoi peut être placé en rétention en vue de préparer le retour et/ou de procéder à l'éloignement, surtout s'il existe un risque de fuite ou si le ressortissant du pays tiers évite ou empêche les préparatifs pour le retour.

La détention pour insoumission inscrite à l'art. 78 LEtr vise à assurer une détention régulière pour insoumission à une ordonnance rendue par les autorités; elle s'appuie ainsi sur l'art. 5 ch. 1 let. b CEDH. L'exigence découlant de cette obligation est la coopération pendant le retour et en règle général la divulgation de l'identité. Il est légitime de se poser la question si la raison de cette détention est réellement couvert par l'art. 15 de la directive sur le retour. La détention pour insoumission ne s'applique en effet, à en suivre la systématique, qu'à partir du moment où les conditions de la détention en vue du renvoi ne sont pas ou plus données. Il est de notre point de vue douteux qu'il puisse encore être fait référence ici à la préparation du retour ou à la réalisation de l'éloignement. L'OSAR suggère dès lors de réexaminer profondément la licéité de la détention pour insoumission.

\*\*\*

Susanne Bolz, Richard Greiner, Service juridique de l'OSAR