

4-10

LES CONDITIONS MINIMALES DU REGIME DE DETENTION DES ETRANGERS SOUMIS AUX MESURES DE CONTRAINTE

Rapport

établi à la demande de la Conférence des Chefs des Départements de justice
et police de Suisse romande

par

Andreas Auer
Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève
et
Verena Pedrazzini
assistante

février 1996

INTRODUCTION

Les dispositions sur les mesures de contrainte inscrites dans la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers¹ permettent l'incarcération des étrangers sans permis faisant l'objet d'une décision de renvoi imminente (détention préparatoire) ou déjà effectuée (détention en vue du refoulement), afin de garantir l'exécution effective de ces décisions. Elles ne consacrent qu'un seul article aux conditions de la détention administrative qu'elles instituent, à savoir l'article 13d. Son premier alinéa confère certaines garanties procédurales au détenu, tandis que le deuxième — qui nous intéresse en l'espèce — prévoit quelques règles fondamentales en matière de détention administrative². Pour le reste, c'est-à-dire pour l'essentiel, il incombe aux cantons de déterminer les conditions régissant ce type de détention. Leur marge de manoeuvre est toutefois limitée par les exigences minimales qui découlent des droits fondamentaux garantis par le droit constitutionnel fédéral et par le droit international. Ces exigences minimales, visent certes avant tout les détenus pénaux. Mais elles sont également applicables dans une large mesure aux détenus administratifs.

Conformément au mandat que nous avons reçu de la part de la Conférence des Chefs des Départements de justice et police de Suisse romande en date du 5 décembre 1995, le présent rapport se propose de présenter dans un premier temps les différentes sources, nationales et internationales, qui protègent les droits fondamentaux des personnes privées de liberté, et d'exposer dans un second temps, les différents droits des personnes privées de liberté dégagés par ces textes et leur jurisprudence. Nous examinerons à chaque fois dans quelle mesure ces garanties, applicables en principe à des détenus pénaux, concernent aussi la détention administrative, compte tenu des buts différents poursuivis par ces deux types de privation de liberté.

¹ Abrégée LSSE. Ces nouvelles dispositions sont entrées en vigueur le 1er février 1995.

² Nous l'appellerons aussi détention LMC.

I. LES SOURCES

A. Le droit constitutionnel

Le Tribunal fédéral, se fondant principalement sur la liberté personnelle, en tant que droit constitutionnel non écrit, a dégagé de nombreuses garanties minimales pour un régime de détention conforme aux droits fondamentaux au point que l'on dispose actuellement d'un véritable code jurisprudentiel d'exécution des peines³. Cette jurisprudence ne concerne toutefois que la détention préventive et l'exécution de peines; elle peut toutefois être transposée au régime de détention administrative, à condition que les caractéristiques propres à ce type d'internement soient dûment prises en compte.

B. Le droit international

1. La Convention européenne des droits de l'homme

La Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (ou Convention européenne des droits de l'homme, en abrégé CEDH) du 4.11.1950, entrée en vigueur en Suisse le 28.11.1974 (RS 0.101) ne contient aucune disposition portant spécifiquement sur la protection des personnes privées de liberté, mis à part les garanties de l'article 5 CEDH, lesquelles concernent les conditions de mise en détention et non les conditions d'exécution de la détention. Elle consacre en revanche l'interdiction de la torture et de tout traitement inhumain ou dégradant (art. 3 CEDH), le droit de toute personne au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance (art. 8 CEDH), la liberté religieuse (art. 9 CEDH), la liberté d'expression (art. 10 CEDH) ainsi que le droit à un procès équitable (art. 6 CEDH).

La jurisprudence des organes institués par la Convention, qui concrétise les différentes garanties, fait partie intégrante de notre ordre juridique au même titre que le texte même de la Convention. Le Tribunal fédéral, pour sa part, a aussi interprété, appliqué et concrétisé ces garanties conventionnelles, notamment dans sa jurisprudence relative aux conditions de détention, bien qu'il ait souvent affirmé qu'en la matière les droits garantis par la

³ Voir Jörg Paul MÜLLER, *Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung*, Berne 1991, pp. 23 ss.

Convention n'accordaient pas une protection plus large de ceux garantis par l'ordre constitutionnel suisse⁴.

2. La Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants

La Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CEPT) du 26.11.1987 (RS 0.106), est entrée en vigueur en Suisse le 1.2.1989.

Le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) est l'organe de contrôle de cette convention. A la différence des autres organes internationaux chargés de veiller au respect des traités qui les instituent, le CPT ne s'occupe pas de traiter des requêtes, des demandes, des communications ou des plaintes individuelles, mais il effectue des visites périodiques dans les différents établissements destinés aux privations de liberté des États membres. A la suite de ces visites, il établit des rapports, dans lesquels il émet des observations relatives aux conditions de détentions et il formule des recommandations⁵. Celles-ci se réfèrent souvent aux règles pénitentiaires européennes.

3. Les Règles pénitentiaires européennes (R.P.E.)

Les R.P.E. sont le fruit d'une mise à jour des anciennes Règles minima du Conseil de l'Europe pour le traitement des détenus⁶, qui elles-mêmes se fondaient sur les Règles minima des Nations Unies de 1955.

Les R.P.E.⁷, comme toutes les recommandations ou résolutions du Conseil de l'Europe ne déploient pas de force obligatoire pour la Suisse ou les autorités suisses. Elles n'ont "qu'une valeur morale, au contraire des conventions, qui ont une valeur contraignante ou juridique pour les États

⁴ Arrêt du Tribunal fédéral du 27 octobre 1995, in: Plädoyer 1996, p.63; ATF 118 Ia 73 cons. 2d; 113 Ia 328.

⁵ Voir Message du Conseil fédéral du 11 mai 1988, FF 1988 II 887-891. D. VIGNY, «La Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants», in: ASDI 1987, pp. 62 ss.

⁶ Résolution R(73)5.

⁷ Recommandation R(87)3 du Conseil des Ministres du Conseil de l'Europe, du 12 février 1987.

qui les ont ratifiés ou qui y ont adhéré”⁸. Pour le Tribunal fédéral, l’absence de valeur contraignante des R.P.E. signifie que le recours de droit public n’est pas ouvert pour la violation d’une de ces règles. Elles ne confèrent pas de droits subjectifs et n’instituent pas d’obligations. Toutefois, comme ces règles se fondent sur des principes juridiques communs aux États membres du Conseil de l’Europe, notre Haute Cour estime qu’il y a lieu d’en tenir compte dans la concrétisation de la liberté personnelle et des autres droits fondamentaux garantis par la Constitution ou par la Convention européenne des droits de l’homme⁹.

Il en découle que les R.P.E. ne concernent pas seulement la détention pénale, mais toute privation de liberté. La règle 99 des R.P.E. énonce expressément que les personnes emprisonnées à la suite d’une procédure non pénale, “ne doivent pas être soumises à plus de restrictions ni être traitées avec plus de sévérité qu’il n’est nécessaire pour assurer la sécurité et la maintien de l’ordre” et que “leur traitement ne doit pas être moins favorable que celui des prévenus, sous réserve toutefois de l’obligation éventuelle de travailler”¹⁰. Cette disposition vise tout particulièrement les détenus administratifs. On signalera que le Tribunal fédéral a tenu compte de ces dispositions lors de son premier contrôle des conditions de la détention administrative¹¹.

4. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16.12.1966¹², entré en vigueur en Suisse le 18.9.1992 (RS 0.103.2), ne contient aucune disposition spécifique à la détention administrative. Il prévoit par contre l’interdiction absolue de la torture et de tout traitement ou peine inhumaine ou dégradante (art. 7 Pacte), le droit à la protection de la vie privée (art. 17 Pacte), le droit de toute personne privée de liberté d’être

⁸ Pierre-Henri BOLLE, “De quelques principes constitutionnels et généraux applicables en droit suisse de l’exécution de la privation de liberté. Requiem pour des Règles minima définites”, in: Informations pénitentiaires suisses 1988, p. 80.

⁹ ATF 118 Ia 70; 111 Ia 344s; 106 Ia 282.

¹⁰ Mis en évidence par l’auteur.

¹¹ Arrêt du Tribunal fédéral, deuxième Cour de droit public, du 23 août 1995, K.M. contre Fremdenpolizei et Verwaltungsgericht du Canton de Lucerne. Dans cette affaire le recourant se plaignait entre autres de n’avoir pu se promener que trois fois pendant les trois premiers mois de sa détention et toujours avec les mains menottées.

¹² Ci-après Pacte.

traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine (art. 10 ch. 1 Pacte), et le principe de la séparation entre prévenus et condamnés, (art. 10 ch. 2 lettre a Pacte).

5. La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

La Convention contre la torture du 10.12. 1984 (CCT) est entrée en vigueur en Suisse le 26.6.1987 (RS 0.105). Cette Convention ne contient pas de dispositions spécifiques à la détention administrative. Pour ce qui touche aux conditions de détention elle n'offre pas de garanties plus étendues que celles découlant de la liberté personnelle.

II. LES CONDITIONS MINIMALES DE DÉTENTION DÉCOULANT DE LA CONSTITUTION ET DU DROIT INTERNATIONAL ET LEUR APPLICATION AUX PERSONNES EN DÉTENTION ADMINISTRATIVE

A. Généralités

Le Tribunal fédéral, dans une affaire concernant le droit à la promenade, s'est prononcé pour la première fois sur les conditions de la détention administrative. Il a précisé qu'aux exigences prévues par l'art. 13d al. 2 LSSE s'ajoutent les garanties minimales qui découlent des droits fondamentaux, notamment de la liberté personnelle. Il a rappelé que les restrictions aux libertés fondamentales doivent respecter le principe de la proportionnalité: elles doivent par conséquent être nécessaires au but de la détention et au bon fonctionnement de l'établissement. Le seul but de la détention administrative étant d'éloigner l'étranger du territoire suisse, des restrictions particulières au contact avec le monde extérieur, que l'on impose aux personnes en détention préventive ne se justifieraient par exemple pas¹³. Les seules restrictions admissibles sont celles qui s'imposent pour assurer le bon fonctionnement de l'établissement ou pour des raisons de sécurité. Dans une autre affaire notre Cour suprême a affirmé que le principe de la séparation des détenus administratifs des autres détenus pénaux, prévu à l'article 13d alinéa 2 LSSE, a pour but de garantir aux

¹³ Arrêt du Tribunal fédéral du 23 août 1995, note 11.

premiers un régime de détention plus souple (freieres Haftregime), notamment quant à l'utilisation des salles communes, aux visites ou aux loisirs¹⁴.

Bien que la jurisprudence à la fois ample et détaillée concernant la détention pénale constitue le point de départ pour l'examen des conditions de détention administrative, il est toutefois nécessaire de garder à l'esprit que les buts de ces deux types de détention sont fondamentalement différents¹⁵. Le régime applicable aux étrangers qui font l'objet des mesures de contrainte doit, comme l'a affirmé le Conseil fédéral dans son message¹⁶ et le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence¹⁷, être moins restrictif¹⁸ que le régime de détention des détenus pénaux. Les étrangers en détention préparatoire ou en détention en vue de refoulement ne présentent pas un grand risque de collusion et ne sont pas des criminels. Ils sont détenus dans le seul but de garantir le déroulement de la procédure de renvoi et l'exécution de la décision correspondante. Le respect du principe de proportionnalité exige donc qu'ils soient soumis à un régime plus libéral de celui imposé aux détenus pénaux.

B. Les différents aspects des conditions de détentions

1. L'accueil des détenus

L'accueil, soulève la question de l'information des détenus quant aux règles en vigueur dans l'établissement.

Le Tribunal fédéral, juge désormais¹⁹ indispensable, pour des raisons fondées sur la notion de l'État de droit, de fixer dans un règlement ou une loi, les limitations de la liberté personnelle que les prévenus et les condamnés doivent subir pendant leur détention²⁰. Le régime de détention

¹⁴ Arrêt du Tribunal fédéral, deuxième Cour de droit public, du 11 décembre 1995, M. contre Fremdenpolizei et Bezirksgericht du Canton de Zurich.

¹⁵ Voir le message du Conseil fédéral à l'appui d'une loi fédérale sur les mesures de contrainte en matière de droit des étrangers, FF 1994 I 324.

¹⁶ Voir note 15.

¹⁷ Arrêt du 11 décembre 1995, note 14.

¹⁸ La version originale allemande utilise l'expression "freieres Haftregime".

¹⁹ Après avoir abandonné sa jurisprudence selon laquelle n'étaient pas soumis à l'exigence d'une base légale les actes limitant la liberté et les droits des personnes liées à l'État par un rapport de sujétion spécial. Pour l'ancienne jurisprudence voir notamment ATF 98 Ib 305 consid. 2a, ATF 97 I 842ss. Pour le réversement de jurisprudence voir ATF 99 Ia 267ss. consid. III.

²⁰ ATF 106 Ia 282.

ne peut pas être laissé à l'appréciation de l'administration pénitentiaire mais doit, au moins dans les grandes lignes, être fixé par un arrêté de portée générale. La Cour européenne des droits de l'homme a estimé par ailleurs que les ingérences dans les droits des détenus doivent être prévues par une loi interne. Cette loi doit être accessible et prévisible, c'est à dire suffisamment précise pour que le détenu puisse régler sa conduite²¹.

Il reste toutefois à savoir s'il est nécessaire que le détenu soit informé par écrit du régime auquel il est soumis, lors de son admission dans l'établissement. La jurisprudence du Tribunal fédéral ne répond pas clairement à cette question²².

La règle 41 R.P.E. prévoit que chaque détenu reçoit lors de son admission les informations écrites concernant la réglementation qui le concerne. "Si le détenu ne peut pas prendre connaissance de ces informations, toutes explications doivent lui être données oralement" (règle 41 chiffre 2). Le CPT à la suite de sa visite aux "centres de rétention pour étrangers"²³ en France, a recommandé que le règlement de ces centres soit distribué systématiquement aux retenus et qu'il soit disponible dans des langues étrangères appropriées²⁴, bien que la "rétention administrative" ne puisse pas excéder les 7 jours.

Il paraît donc opportun que les personnes qui font l'objet des mesures de contrainte soient mis au courant par écrit du règlement en vigueur dans le centre qui les héberge. Afin que le règlement soit compris par la majorité des résidents, il nous paraît souhaitable d'établir des traductions dans les langues principales parlées au sein de l'établissement concerné. Une traduction en anglais nous paraît indispensable.

2. La séparation des détenus administratifs des autres détenus

L'article 13d alinéa 2 LSSE dit qu'il "faut éviter de regrouper les personnes à renvoyer avec des personnes en détention préventive ou purgeant une peine". D'après le message du Conseil fédéral, ces deux catégories de détenus doivent par principe être hébergées séparément les unes des autres. Il suffit

²¹ Arrêt CourEDH, du 25 mars 1983, affaire Silver, Série A Vol. 61, §§ 86ss.

²² ATF 106 Ia 283s.

²³ Centres destinés à la détention administrative des étrangers pour une courte durée.

²⁴ Rapport au Gouvernement français relatif à la visite du Comité Européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du 27 octobre au 18 novembre 1991, publié dans la RUDH 1993, pp. 77-144.

de prévoir différents secteurs dans le même établissement²⁵. D'après le Tribunal fédéral, seule la séparation des différentes catégories de détenus permet l'application de régimes de détention différents. Il serait donc souhaitable que des établissements entiers destinés exclusivement à ce type de détention soient prévus. Il suffit toutefois que des secteurs séparés soient aménagés au sein du même bâtiment²⁶, une séparation des détenus au niveau des seules cellules n'étant par contre pas suffisante au regard de l'article 13d alinéa 2 LSSE²⁷.

L'article 10 chiffre 2 lettre a du Pacte prévoit que "sauf circonstances exceptionnelles" les prévenus sont séparés des condamnés. Cette disposition s'applique par analogie aux détenus administratifs: le terme prévenu indiquant ainsi une personne non-condamnée²⁸. Le principe de la séparation des différentes catégories de détenus est aussi consacré par la règle 11 des R.P.E., laquelle à son chiffre 3 prévoit la séparation des prévenus des condamnés, "sauf s'ils acceptent de cohabiter ou de participer ensemble à des activités profitables à tous".

Le principe de la séparation des détenus administratifs des autres détenus résulte donc avant tout de l'art. 13d al. 2 LSSE, et de la jurisprudence du Tribunal fédéral y relative, mais aussi des engagements internationaux de la Suisse, à la lumière desquels la loi doit être interprétée. Le contact des détenus administratifs avec le milieu carcéral ordinaire est à éviter absolument, l'influence de criminels ou présumés tels pouvant se révéler néfaste²⁹. Ce principe peut toutefois subir quelques exceptions, si des motifs de sécurité l'exigent. Ainsi, dans un arrêt du 1er février 1996³⁰, notre Haute Cour a estimé que lorsqu'une personne détenue en vertu de la loi sur les mesures de contrainte se montre particulièrement dangereuse, elle peut se

²⁵ FF 1994 I 324. Selon le Conseiller fédéral Arnold Koller les deux catégories de détenus doivent être séparées tant physiquement qu'en ce qui concerne le régime infligé, ce qui n'implique pas forcément la construction d'établissements séparés (Bulletin Officiel N 126).

²⁶ Arrêt du 11 décembre 1995, note 14.

²⁷ Voir aussi Arrêt du Tribunal administratif de la République et Canton de Genève du 8 juin 1995, dans la cause K.C. contre Département de justice et police et des transports.

²⁸ Voir Manfred NOWAK, UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und fakultativprotokoll - CCPR-Kommentar, Kehl 1989, 199.

²⁹ Voir Message du Conseil fédéral, note 15, page 324.

³⁰ Arrêt de la deuxième Cour de droit public, du 1er février 1996, in: Journal de Genève, jeudi 15 février 1996, p. 9.

voir imposer un régime plus strict, qui lui impose de côtoyer des détenus de droit commun.

3. Les conditions des cellules

L'article 3 CEDH et l'article 7 du Pacte interdisent tout traitement inhumain ou dégradant, tandis que l'article 10 al. 1 du Pacte dispose que "toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect et la dignité inhérente à la personne humaine". Pour qu'un traitement soit considéré contraire à l'une de ces dispositions, il doit atteindre un minimum de gravité³¹, la jurisprudence étant assez restrictive en la matière. D'après la Commission européenne des droits de l'homme, le non-respect des R.P.E. ne constitue pas en soi une violation de l'article 3 CEDH³². La garantie constitutionnelle de la liberté personnelle va donc plus loin que ces dispositions, mais la jurisprudence du Tribunal fédéral y relative n'a pas réglementé chaque détail des conditions de détention. Les rapports du CPT contiennent un grand nombre d'exigences très précises, qui complètent très bien le cadre jurisprudentiel.

a) *Les dimensions des cellules*

Selon le CPT, une surface sans zone sanitaire de moins de 6m² pour une cellule à une place et une surface de moins de 10m² pour les cellules à deux places ne sont pas suffisantes³³. Il a aussi estimé que des cellules de 6,5 m² pour deux personnes et de 8,6 m² pour 3 personnes étaient inacceptables³⁴.

b) *L'éclairage des cellules*

Dans son rapport relatif à la Suisse, le CPT se réfère à la règle 16 lettre a R.P.E, en ce qui concerne l'éclairage des cellules. D'après cette disposition, les fenêtres doivent être suffisamment grandes dans tout local où les détenus sont appelés à vivre ou à travailler, pour qu'il puisse lire et travailler à la lumière naturelle dans des conditions normales. Par ailleurs, l'agencement de ces fenêtres doit permettre l'entrée d'air frais, sauf s'il existe un système de climatisation approprié. La règle 16 prévoit aussi que les fenêtres doivent,

³¹ Commission de la Cour de Justice du Canton d'Unterwald-le-Haut, in: SJZ 1992, 272ss.

³² Rapport de la Commission du 11 décembre 1976, Eggs c./Suisse, DR 6 pp. 175s.

³³ Chiffres 55 et 108 du Rapport au Gouvernement suisse relatif à la visite du Comité Européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du 21 au 29 juillet 1991, Conseil de l'Europe, Strasbourg 27 janvier 1993, Cpt/Inf (93)3.

³⁴ Rapport au Gouvernement du Royaume-Uni relatif à la visite du Comité Européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du 29 juillet au 10 août 1990, Conseil de l'Europe, Strasbourg 26 novembre 1991, Cpt/Inf (91)15.

compte tenu des exigences de sécurité, avoir une apparence aussi normale que possible.

Le Conseil Fédéral dans sa prise de position relative au rapport du CPT affirme que la détention dans des cellules qui présentent un éclairage naturel insuffisant viole les droits constitutionnels des détenus³⁵.

Le Tribunal fédéral a jugé admissible que les établissements fixent l'heure d'extinction des feux, à condition qu'on ne la fixe pas trop tôt³⁶.

c) L'ameublement et l'équipement des cellules

La règle 24 R.P.E. prévoit que chaque détenu doit disposer d'un lit et d'une literie individuelle convenable, entretenue correctement et renouvelée de façon à en assurer la propreté. Selon le CPT, les cellules devraient être pourvues, au minimum, d'un socle en béton (avec matelas) ou d'un lit, d'une table et d'une chaise³⁷.

D'après le Tribunal fédéral l'obligation de rabattre les lits pendant la journée constitue un traitement chicanier contraire à la liberté personnelle³⁸.

d) Les installations sanitaires

Les règles 17 et 18 R.P.E. prévoient que les installations sanitaires et leur accès doivent permettre au détenu de satisfaire aux besoins naturels et de l'hygiène corporelle au moment voulu dans des conditions de décence et de propreté. Le CPT a mis l'accent sur l'importance d'installations sanitaires suffisantes et hygiéniques.

e) Les structures médicales

Le CPT recommande que chaque détenu nouvellement arrivé bénéficie d'un entretien avec un médecin et, si nécessaire, soit soumis à un examen médical³⁹. Il recommande en outre de garantir la présence permanente d'une personne qualifiée pour administrer les premiers soins dans les locaux pénitenciers.

³⁵ Prise de position du Conseil fédéral sur le Rapport au Gouvernement suisse relatif à la visite du Comité Européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du 21 au 29 juillet 1991, Conseil de l'Europe, Cpt/Inf. (93)4, chiffre 25.

³⁶ ATF 99 I 274.

³⁷ Rapport du CPT concernant la Suisse: voir note 33.

³⁸ ATF 102 Ia 288.

³⁹ Chiffre 34 du Rapport du CPT concernant la Suisse: voir note 33.

Les règles 26 et suivantes R.P.E. garantissent à tout détenu le droit de séjourner dans un établissement dans lequel fonctionne au moins un médecin praticien, et au détenu malade ou exigeant un traitement médical spécifique, le droit d'être placé dans un établissement spécialisé ou dans un hôpital civil. Tout détenu peut être soigné en prison si l'établissement offre l'équipement apte à garantir le traitement. Le détenu doit en outre pouvoir bénéficier des soins d'un dentiste diplômé.

Le droit pour le détenu de contacter un médecin de son choix, s'il a les moyens de le rémunérer, est vivement recommandé par le CPT⁴⁰. La règle 98, qui vise les détenus préventifs et donc aussi les détenus administratifs par le biais de la règle 99, garantit le droit d'être soigné par le médecin ou dentiste personnel si la demande est raisonnablement fondée et si les détenus peuvent en assumer les frais. Le refus des autorités doit être motivé. Le Tribunal fédéral, lors de l'examen de cette disposition, a estimé que le droit au médecin personnel ne correspond pas au droit au libre choix du médecin: le médecin personnel est celui qui s'occupait du détenu avant sa mise en détention⁴¹. Il a ensuite affirmé, qu'il était permis de s'écarter de cette règle pour les raisons suivantes: il serait juridiquement choquant de tirer de ce principe que certains détenus (ceux qui disposent des moyens financiers suffisants) puissent s'arroger le droit d'être mieux soignés que les autres. Au surplus, puisque les établissements sont contraints de s'équiper et d'offrir à tous les détenus un service médical complet, il n'y a pas raison, en dehors de circonstances exceptionnelles, de requérir les soins d'un praticien étranger à la maison, ou d'autoriser les détenus à faire appel à un tel praticien⁴².

4. La promenade

Le Tribunal fédéral a déduit de la liberté personnelle pour les personnes en détention préventive et en exécution des peines un droit à au moins une heure de promenade par jour en plein air à partir du deuxième mois de détention; cela indépendamment des infrastructures effectives de l'établissement⁴³. Les détenus ont aussi un droit à une demi-heure au

⁴⁰ Chiffre 123 du rapport concernant la Suisse: voir note 33.

⁴¹ ATF 102 Ia 302ss.

⁴² ATF 102 Ia 308.

⁴³ ATF 118 Ia 364; 118 Ia 81s. En 1973 trois demi-heures de promenade par semaine étaient considérés comme conformes à la Constitution (ATF 99 Ia 281). Quelques années plus tard le TF fixa le minimum à une demie heure de promenade quotidienne après une semaine de détention (ATF 102 Ia 292) et ce n'est

moins par jour de promenade en plein air à partir de la deuxième semaine de détention⁴⁴.

La règle 86 R.P.E. prévoit aussi une heure de promenade à l'air libre par jour, mais à partir du début de la détention.

Une heure de promenade par jour à partir du deuxième mois de détention peut être considéré comme le standard minimal pour les détenus pénaux. Les personnes en détention administrative, qui bénéficient d'un régime de détention plus souple⁴⁵ eu égard au principe de la proportionnalité, doivent donc pouvoir se promener à l'air libre plus d'une heure par jour. Certains auteurs soutiennent que la promenade des détenus administratifs devrait avoir lieu dans un parc enceint⁴⁶.

5. La réglementation des repas

Le Tribunal fédéral s'est prononcé encore tout récemment sur la réglementation des repas dans les lieux de détention. Il a conclu que les détenus n'ont pas un droit à commander des repas de l'extérieur, si les repas de l'établissement sont quantitativement et qualitativement suffisants⁴⁷. Il serait difficile pour le personnel de l'établissement de vérifier tous les repas livrés de l'extérieur: le contrôle serait nécessaire pour empêcher que des abus se produisent, les repas pouvant constituer la cachette idéale pour l'introduction de drogue, d'armes etc. dans l'établissement. Les R.P.E. ne prévoient pas non plus le droit à se faire livrer des repas en prison.

Une question assez délicate est celle de la nourriture spéciale. La règle 25 chiffre R.P.E. prévoit que la nourriture fournie aux détenus doit respecter dans la mesure du possible leurs convictions religieuses et culturelles. Le Tribunal fédéral s'est prononcé sur cette question à l'occasion de recours dirigés directement contre des réglementations cantonales⁴⁸. Il a rappelé qu'il faut tenir compte des convictions des détenus en ce qui concerne la nourriture, non seulement pour des raisons religieuses mais aussi

que récemment qu'elle a établi qu'une heure par jour à partir du deuxième mois de détention était nécessaire au respect du principe de la proportionnalité (ATF 118 Ia 82).

⁴⁴ ATF 106 Ia 293.

⁴⁵ Arrêt du Tribunal fédéral du 11 décembre 1995, note 14.

⁴⁶ Jörg Künzli/Alberto Achermann, «Das Haftregime in der Vorbereitungs- und Ausschaffungshaft», in: *Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht. Situationsbericht*, Organisation suisse d'aide aux réfugiés (éd.), Berne 1995, p. 35.

⁴⁷ ATF 118 Ia 78s.

⁴⁸ ATF 118 Ia 64ss., 79; 118 Ia 361s.

idéologiques, éthiques ou culturelles. Il se réfère à la règle 25 R.P.E. en soulignant que cette disposition prévoit le respect des différences dans "la mesure du possible".

Lors de la détention administrative d'étrangers, cette question revêt une importance particulière. Un régime alimentaire varié et respectueux des diversités culturelles et religieuses est d'autant plus important que les occupants de ces établissements appartiennent à des cultures, des sociétés et des religions très différentes, non seulement des suisses mais aussi entre elles.

6. Le contact avec le monde extérieur

Le contact avec le monde extérieur est garanti par la liberté personnelle et par l'article 8 CEDH. D'après une jurisprudence constante du Tribunal fédéral cette dernière disposition n'offre pas dans ce domaine, une protection supérieure à celle accordée par la liberté personnelle⁴⁹.

L'importance du contact avec le monde extérieur pour toute personne privée de liberté est incontestée et incontestable. La deuxième Cour de droit public a souligné récemment que contrairement à la détention préventive, le but de la détention administrative n'entraîne pas de restrictions particulières aux contacts avec le monde extérieur ou avec d'autres personnes, le risque de collusion faisant notamment défaut⁵⁰.

a) Les visites

Le Tribunal fédéral estime que les personnes en détention préventive ont droit, à partir du deuxième mois de détention, à au moins une heure de visite une fois par semaine, de la part des membres proches de leur famille. Ce droit découle directement de la liberté personnelle⁵¹. Il a jugé conforme à la Constitution l'interdiction de recevoir des visites pendant la première semaine de détention⁵².

Le cercle des personnes autorisées à rendre visite aux détenus pénaux ne doit pas se limiter aux membres de la famille, mais il doit comprendre aussi les amis, les collègues de travail, l'employeur, pour autant que ces personnes

⁴⁹ ATF 106 Ia 140, consid. 7a.

⁵⁰ Voir Arrêt du 23 août 1995, note 11.

⁵¹ ATF 106 Ia 141.

⁵² ATF 118 Ia 86.

soient assez proches du détenu⁵³. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a déclaré constitutionnel un règlement qui prévoyait que seules les strictes proches, parents, frères et soeurs et conjoint, le concubin étant considéré comme un "proche, avaient le droit de visite, le règlement en question prévoyant des exceptions⁵⁴. Un droit subjectif à recevoir des visites de la personne de son propre choix n'a pas été consacré par la jurisprudence. La règle 92 chiffre 2 R.P.E. prévoit que le prévenu doit être autorisé à recevoir des visites de sa famille, de ses amis et des personnes avec lesquelles il a un intérêt légitime d'entrer en contact.

Pour ce qui concerne la surveillance des visites, notre Cour suprême a estimé qu'en principe les visites des conjoints doivent se dérouler sans surveillance, l'intérêt public au maintien de l'ordre ou à la prévention des crimes pouvant toutefois permettre des restrictions⁵⁵.

Toujours d'après la jurisprudence les horaires des visites doivent être aménagés afin de permettre aux personnes qui travaillent de pouvoir visiter les détenus.⁵⁶

La réglementation des visites pour les détenus administratifs doit être plus libérale que celle qui vient d'être exposée, comme l'a clairement exprimé le Tribunal fédéral⁵⁷. Une heure de visite par semaine est donc une solution trop restrictive compte tenu du principe de la proportionnalité. Selon la jurisprudence, la surveillance des visites (en l'espèce conjugales) des détenus pénaux est permise seulement si un but légitime existe. Il s'agit notamment du risque de collusion ou de fuite. Le risque de collusion n'entre pas en ligne de compte pour les détenus administratifs. A notre avis, le seul risque de fuite ne justifie pas la surveillance des visites: le principe de proportionnalité exige que l'on prenne des mesures moins incisives, comme la fouille des visiteurs. L'installation de glaces de séparation apparaît aussi disproportionnée⁵⁸.

Le cercle des personnes ayant droit aux visites ne devrait pas être limité aux strictes proches, puisque les étrangers qui font l'objet des mesures de

⁵³ ATF 102 Ia 302.

⁵⁴ ATF 118 Ia 86.

⁵⁵ Arrêt du 2 février 1988, publié en partie dans: *ASDI* 1988, 328 s.

⁵⁶ ATF 106 Ia 296.

⁵⁷ ATF du 11 décembre 1995, note 14; ATF du 23 août 1995, note 11.

⁵⁸ Jörg Künzli/Alberto Achermann, voir note 47, p. 25 s.

contrainte n'ont souvent pas leur famille en Suisse. Une telle restriction pourrait entraîner l'exclusion de toute visite. De surcroît, le risque de collusion faisant défaut, seules des mesures de sécurité peuvent justifier des restrictions quant à l'identité des visiteurs; ces mesures peuvent être prises de cas en cas, dans le respect du principe de proportionnalité. Il est aussi opportun de rappeler que l'article 36 al. 1 lettre c de la Convention de Vienne sur les relations consulaires prévoit que les fonctionnaires consulaires ont le droit de se rendre auprès d'un ressortissant de l'État d'envoi, qui fait l'objet d'une mesure de détention, et de s'entretenir avec lui⁵⁹.

b) La correspondance

Le droit de pouvoir correspondre librement constitue un aspect fondamental d'un régime de détention respectueux de la dignité humaine. Selon le Tribunal fédéral, une réglementation cantonale qui limite la correspondance des détenus en exécution des peines à deux lettres par semaine est conforme à la Constitution. La même limitation pour les prévenus est par contre disproportionnée⁶⁰. Ces derniers peuvent toutefois se voir limiter le droit à correspondre librement lorsqu'ils en font un usage exagéré⁶¹.

Le contrôle du courrier est une mesure compatible avec la liberté personnelle et l'article 8 CEDH⁶². Pour le courrier en langue étrangère le Tribunal fédéral admet que l'on puisse exiger des détenus le versement d'un acompte pour les frais de traduction, sans laquelle le contrôle serait impossible. Cette exigence ne doit toutefois pas porter atteinte à la substance même du droit du détenu à correspondre: dans le cas d'un détenu qui n'a pas de moyens financiers et qui n'abuse pas de son droit à correspondre librement, l'État doit lui-même avancer l'argent nécessaire aux frais de traduction⁶³. Sinon, le détenu démuné, de langue maternelle étrangère, ne pourrait pratiquement pas correspondre.

⁵⁹ RS 0.191.02

⁶⁰ ATF 102 Ia 298; J. P. MÜLLER, *Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung*, Berne 1991, pp. 29.

⁶¹ ATF 118 Ia 87.

⁶² ATF 118 Ia 87; 117 Ia 466 ss. Dans le même sens la jurisprudence des organes de Strasbourg voir, Mark VILLIGER, *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Zürich 1993, p. 338.

⁶³ ATF 118 Ia 87.

Il en va autrement pour la censure et la rétention du courrier, mesures considérées plus incisives que le contrôle. Ces mesures doivent se fonder sur une base légale claire, et doivent être justifiées par un intérêt public prépondérant. Peuvent constituer des motifs de "rétention" du courrier, le risque de fuite, de collusion, ou de subornation de témoin. Des lettres qui ont un contenu insultant ou irrespectueux, notamment vis à vis des autorités pénitentiaires, peuvent aussi être retenues. Cette dernière limitation doit toutefois être interprétée restrictivement⁶⁴: il faut d'abord tenir compte du destinataire de la lettre⁶⁵, mais aussi de son degré d'injure, le Tribunal fédéral ne faisant pas preuve de largesse dans ce domaine⁶⁶.

Le Tribunal fédéral a expressément précisé que si pour les personnes en détention préventive, le but de la détention peut justifier des restrictions particulières des contacts avec le monde extérieur, de telles limitations ne se justifient guère pour les personnes en détention préparatoire ou en vue de refoulement⁶⁷. Les détenus administratifs devraient donc pouvoir correspondre librement, sans aucune restriction quantitative, comme cela est en principe le cas pour les prévenus. Quant au contrôle systématique du courrier, cela nous paraît non seulement discutable sous l'angle de la proportionnalité, mais surtout peu pratique. Le courrier des détenus administratifs étant pour la plupart écrit en langue étrangère, une telle mesure risque de se révéler excessivement onéreuse, et inutilement longue. Un contrôle devrait être ordonné seulement lorsqu'on soupçonne sérieusement un détenu d'abuser de son droit.

Au surplus, toute personne privée de liberté garde intact son droit de pétition garanti par l'article 57 de la Constitution fédérale. Une pétition ne peut donc être censurée⁶⁸.

⁶⁴ ATF 119 Ia 505.

⁶⁵ La liberté d'expression vis à vis des proches va plus loin que vis à vis des médias: ATF 101 Ia 152 s.

⁶⁶ ATF 119 Ia 505: dans cette affaire le TF a jugé conforme à la Constitution le refus de transmettre une lettre d'un détenu qui qualifiait le juge d'instruction de "criminel de cabinet dans le style d'un Adolf Eichmann".

⁶⁷ ATF du 23 août 1995, note 11.

⁶⁸ ATF 100 Ia 77ss.

c) *Le contact avec l'avocat*

Le contact d'un détenu avec son avocat est avant tout protégé par l'article 4 Constitution fédérale et l'article 6 ch. 3(c) CEDH⁶⁹.

En tant qu'élément particulier des droits de la défense la communication avec l'avocat occupe une place privilégiée. Le contact doit être en principe libre⁷⁰ et non surveillé⁷¹: la correspondance d'un détenu avec son avocat ne doit pas être contrôlée⁷², ni retenue⁷³ et les visites ne doivent pas être surveillées.

Les détenus administratifs bénéficient d'une garantie supplémentaire, prévue par l'article 13d alinéa 1 LSSE, qui les autorise à s'entretenir ou correspondre (librement) avec leur avocat. "A cet égard, il est souhaitable, du point de vue de la CEDH, que ces échanges se fassent sans surveillance"⁷⁴.

d) *L'assistance religieuse*

Selon le Tribunal fédéral, une réglementation relative aux services religieux doit, pour être conforme aux droits fondamentaux, permettre au plus grand nombre possible de détenus de participer ensemble aux services religieux. Compte tenu des conditions organisationnelles et architecturales, il n'est toutefois pas toujours possible d'instituer un service religieux pour les membres de chaque communauté religieuse⁷⁵.

⁶⁹ Lorsqu'il s'agit de la correspondance d'un détenu avec son avocat les organes de Strasbourg se réfèrent tant à l'article 6 qu'à l'article 8 CEDH; voir notamment Arrêt CourEDH du 25 mars 1983, affaire *Silver*, Série A N° 61 et Arrêt CourEDH du 28 juin 1984, affaire *Campbell et Feld*, Série A N° 80. Sur cette question voir Stephan BREITENMOSER, *Der Schutz der Privatsphäre gemäss Art. 8 EMRK*, Bâle 1986, pp. 333 ss.

⁷⁰ Notamment en ce qui concerne le nombre des visites et des lettres.

⁷¹ Arrêt CourEDH du 28 novembre 1991, affaire *S.*, Série A N° 220, § 48. ATF 103 Ia 305.

⁷² Le Tribunal fédéral a tout de même jugé conforme à la Constitution une réglementation cantonale qui prévoyait le contrôle de la correspondance des détenus préventifs avec leurs avocats, à condition que ces derniers aient la possibilité de s'entretenir librement avec les prévenus lors des visites, ATF 102 Ia 299. Selon le Tribunal fédéral la simple ouverture du courrier destiné ou provenant des avocats est admise, si les autorités de contrôle ne le lisent pas mais vérifient seulement qu'il ne contient pas autre chose que de la correspondance, ATF 106 Ia 224 s.

⁷³ Arrêt CourEDH du 20 juin 1988, affaire *Schönenberger et Durmaz*, Série A N° 137, §§ 23ss.

⁷⁴ Voir Message du Conseil fédéral, FF 1994 I 324.

⁷⁵ ATF 113 Ia 307.

Les règles 46 et 47 R.P.E. garantissent aussi l'assistance religieuse et morale des personnes privées de liberté.

Les étrangers qui font l'objet des mesures de contrainte appartiennent à des communautés religieuses diverses. S'il n'est pas toujours possible d'organiser les services religieux propres à chaque communauté religieuse présente dans l'établissement, tout détenu devrait en principe avoir le droit d'entrer en contact avec un représentant qualifié d'une religion⁷⁶.

7. L'occupation

L'article 13d alinéa 2 LSSE prévoit que les détenus administratifs doivent pouvoir, dans la mesure du possible, s'occuper de manière appropriée. Cette disposition exige seulement que les autorités qui s'occupent des détenus administratifs prennent les mesures nécessaires pour leur offrir des activités appropriées⁷⁷. Elle n'institue pas une obligation de travailler pour les détenus.

Cette interprétation est par ailleurs confirmée par la jurisprudence du Tribunal fédéral. Ce dernier a jugé inconstitutionnelle l'obligation de travailler imposée aux détenus préventifs⁷⁸, puisqu'une telle imposition ne saurait se justifier sous l'angle de la proportionnalité. Il en va autrement pour le détenu en exécution des peines, l'obligation de travailler faisant partie des mesures de résocialisation.

Si le prévenu incarcéré, soupçonné d'avoir commis un crime ou un délit, ne peut pas être astreint au travail, à fortiori une telle obligation ne peut être imposée au détenu administratif.

8. L'accès aux informations

Les détenus peuvent se prévaloir de la liberté d'expression et du droit de recevoir des informations de sources généralement accessibles, pour autant et dans la mesure où l'ordre et la sécurité de l'établissement n'en sont pas affectés. Ils ont ainsi le droit d'utiliser leur propre appareil radio ou leur télévision, préalablement plombés, si l'établissement ne dispose pas

⁷⁶ Dans ce sens la règle 47 chiffre 3 R.P.E.

⁷⁷ FF 1994 I 324.

⁷⁸ ATF 97 I 45 ss.

d'installations appropriées⁷⁹. Le Tribunal fédéral n'a toutefois pas admis un droit individuel du détenu, à regarder les programmes télévisés de son choix. Le détenu qui ne dispose pas d'une cellule individuelle, doit se contenter de regarder les programmes diffusés par la télévision située dans une salle commune de l'établissement⁸⁰. Cela vaut à notre avis aussi pour les détenus administratifs.

Les détenus ont en principe le droit de commander des livres et de s'abonner à des journaux ou des périodiques de leur choix⁸¹. Des restrictions sont toutefois admises, lorsqu'on craint que le détenu puisse de cette façon, entrer abusivement en contact avec le monde extérieur, notamment en cas de risque de collusion. Pour les livres en langue étrangère, la jurisprudence prévoit deux cas de figures: lorsque le livre est écrit dans une langue nationale, les autorités sont obligés de le livrer au détenu, après l'avoir contrôlé, tandis que lorsque le livre est écrit dans une autre langue, les autorités sont obligés de le livrer au détenu seulement si elles disposent d'une traduction qui leur permet un contrôle⁸². L'interdiction de recevoir des journaux ou des revues pendant la première semaine de détention n'est pas considérée comme contraire à la Constitution⁸³.

Nous sommes de l'avis que les détenus administratifs devraient pouvoir recevoir les livres, les revues et les journaux de leur choix, sans aucune restriction particulière. Nous ne voyons pas de raisons de craindre qu'ils profitent de ces canaux pour communiquer avec l'extérieur de façon abusive.

⁷⁹ ATF 102 Ia 296s: ce droit n'est reconnu que pour des détentions d'une certaine durée.

⁸⁰ ATF 118 Ia 84s. consid. 84.

⁸¹ ATF 102 Ia 295.

⁸² ATF 103 Ia 166.

⁸³ ATF 118 Ia 82s., consid. I).

9. Le personnel de l'établissement

Le CPT dans son rapport relatif aux visites des centres de "rétention" administrative français⁸⁴, a émis des recommandations concernant le personnel de ces centres: "le personnel devrait avoir des connaissances de base des traditions socioculturelles des retenus et il serait souhaitable qu'une partie au moins de celui-ci possède une connaissance des langues étrangères appropriées".

Genève, le 22 février 1996



Andreas Auer

⁸⁴ Voir note 24.