

UNIVERSITE DE NEUCHATEL
FACULTE DES LETTRES ET SCIENCES HUMAINES

THESE DE DOCTORAT

GOUVERNEMENTALITE ET SYSTEME DE CONTROLE CRIMMIGRATOIRE
Une analyse des politiques suisses d'exclusion et de contrôle des « étrangers
indésirables »

Clément de Senarclens

Centre de Droit des Migrations (CDM)
Laboratoire d'études de processus sociaux

Sous la direction de la
Professeure Christin Achermann

Membres du jury:
Dr. Nicolas Fischer
Prof. Arjen Leerkes
Prof. Maartje van der Woude

IMPRIMATUR

La Faculté des lettres et sciences humaines de l'Université de Neuchâtel, sur les rapports de Mme Christin Achermann, professeure, Université de Neuchâtel ; M. Arjen Leerkes, professeur, Erasmus University Rotterdam, Pays-Bas ; M. Nicolas Fischer, chargé de recherches CNRS, CESDIP, Guyancourt ; Mme Maartje van der Woude, professeure, Leiden University, Pays-Bas, autorise l'impression de la thèse présentée par M. Clément de Senarclens en laissant à l'auteur la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, le 16 octobre 2017



Le doyen
Pierre Alain Mariaux

SOMMAIRE

RESUME	8
AVANT PROPOS	10
I. INTRODUCTION	12
1. REPENSER LES TERMES DU DEBAT ?	12
1.1 « ETRANGERS INDESIRABLES »	13
1.2 « RETOUR » VERSUS « EXPULSION ET CONTROLE » ?	15
1.3 QUESTIONS DE DEPART	16
1.4 LIMITES DE LA RECHERCHE	19
2. CADRE THEORIQUE	20
2.1 FOUCAULT ET L'ETUDE DE LA GOUVERNEMENTALITE	20
2.2 SIMON ET LE « GOUVERNEMENT PENAL »	23
2.3 STUMPF ET L'EMERGENCE D'UN « SYSTEME DE CONTROLE CRIMMIGRATOIRE »	23
3. METHODOLOGIE	27
3.1 UNE ANALYSE SOCIOLOGIQUE DU DROIT DES ETRANGERS	27
3.2 SELECTION DES DONNEES	30
3.3 METHODE D'ANALYSE	31
4. ETAT DE LA RECHERCHE	33
4.1 L'EXPULSION D'ETRANGERS	33
4.2 LA DETENTION ADMINISTRATIVE D'ETRANGERS	36
4.3 « ASSISTANCE AU RETOUR »	40
5. LES POLITIQUES SUISSES D'EXCLUSION SPATIALE EN PERSPECTIVE	41
5.1 LA SUISSE ET L'EUROPE : VERS LA FIN D'UNE « EXCEPTION SUISSE » ?	41
5.2 ORIGINE ET SURVOL DE LA POLITIQUE SUISSE D'IMMIGRATION	43
II. LA « POLITIQUE SUISSE DE RETOUR »	52
ARTICLE 1. LES « EXPULSIONS VOLONTAIRES » : UN MODE DE GOUVERNEMENT DES ETRANGERS INDESIRABLES ?	54
1. INTRODUCTION	54
2. DISCOURS ET CATEGORIES DE LA « POLITIQUE DE RETOUR » SUISSE	57
3. L'ARTICULATION DES FORMES DE CONTRAINTES ET D'INCITATION EN VUE DU GOUVERNEMENT DES ETRANGERS INDESIRABLES	62
4. CONCLUSION	70
5. REFERENCES	73
III. LA DÉTENTION ADMINISTRATIVE D'ÉTRANGERS	75
ARTICLE 2. DISCIPLINE AND PUNISH ? THE PURPOSE OF IMMIGRATION DETENTION IN EUROPE	77
1. INTRODUCTION	77
2. DETENTION AS AN ADMINISTRATIVE TOOL TO PREVENT ABSCONDING	83
3. DETENTION AS A DISCIPLINARY TOOL TO FORCE COOPERATION	87
4. DETENTION AS A PUNITIVE TOOL TO PROTECT PUBLIC ORDER	91
5. CONCLUSION	95
6. REFERENCES	97
IV. L'EXPULSION D'ÉTRANGERS	103
ARTICLE 3. DEPORTATION REGIME, CRIMMIGRATION SYSTEM AND THE RULES OF LAW	104
1. INTRODUCTION	105
2. THE INTERTWINEMENT OF CRIMINAL AND IMMIGRATION LAW IN THE SWISS DEPORTATION REGIME	107
3. CONSEQUENCES OF THE CRIMMIGRATION SYSTEM ON DEMOCRATIC PRINCIPLES	115
4. CONCLUSION	119

5. REFERENCES	120
III. CONCLUSION	122
1. PROBLEMATISATION ET DE LA LEGITIMATION DES POLITIQUES MISES EN PLACE	122
2. « MESURES EXCEPTIONNELLES » ET STRATEGIES DE GOUVERNEMENT	125
2.1 VERS UN GOUVERNEMENT DE LA MIGRATION PAR LA CONTRAINTE	125
2.2 VERS UN GOUVERNEMENT DES MIGRANTS PAR LA DISSUASION	127
3. APPORT ET LIMITES DU CONCEPT DE « SYSTEME DE CONTROLE CRIMMIGRATOIRE »	129
IV. REFERENCES	136

A la mémoire de mon grand-père,
Jean de Senarclens.

Remerciements

Je tenais à commencer par adresser ma profonde gratitude à la Professeure Christin Achermann pour m'avoir accompagné et soutenu durant toute la durée de cette thèse. Sa confiance, sa bienveillance et son ouverture ont rendu possible la conclusion de ce travail de longue haleine.

Mes sincères remerciements vont également aux membres du Comité de thèse pour avoir accepté d'y prendre part en dépit de la barrière de la langue que pouvait constituer, pour certains d'entre eux, la rédaction d'une majorité de ce travail en français ; mais plus encore pour m'avoir guidé et inspiré par leurs précieuses remarques et leurs travaux sur la thématique sur laquelle porte ce travail.

J'adresse également toute ma gratitude à mes collègues et amis, Izabella Majcher et Ibrahim Soysuren, pour la qualité des échanges et les fructueuses collaborations qui composent le présent travail. Merci aussi à ces autres collègues et amis, Robin Stünzi et Raphaël Rey, dont les discussions et échanges ont nourri ce travail tout au long de sa conception.

Merci enfin à mon père, Richard, pour m'avoir soutenu lors des dernières étapes nécessaires à la conclusion de ce travail, et à ma mère, Régine, pour sa dernière relecture.

« Quand ils sont venus chercher les communistes, je n'ai rien dit parce que je n'étais pas communiste.
Puis ils sont venus chercher les syndicalistes, et je n'ai rien dit parce que je n'étais pas syndicaliste.
Puis ils sont venus chercher les juifs, et je n'ai rien dit parce que je n'étais pas juif.
Puis ils sont venus me chercher, et il ne restait plus personne pour me défendre. »
Martin Niemöller, «Quand ils sont venus chercher... », Dachau 1942.

« (...) La force de la communauté se mesure au bien-être du plus faible de ses membres. »
Préambule de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999.

Résumé

En se fondant sur le cas de la Suisse, cette thèse de doctorat cherche à amener des éléments de réponses quant aux types de réponses que formulent des gouvernements démocratiques aux questions soulevées par la présence d'« étrangers indésirables » sur leur territoire national. Cette recherche porte principalement sur l'analyse de la problématisation et des réponses formulées par différents acteurs étatiques sous la forme de lois et de ces politiques. Elle vise également à rendre des conséquences de ces politiques sur les régimes démocratiques au sein desquelles elles émergent.

Un premier volet de la recherche a porté sur l'analyse de la problématisation de la présence d'« étrangers indésirables », ainsi que sur la formulation et les formes de légitimation des politiques mises en place. Ces analyses nous ont amené à remettre en question les discours et catégories sur lesquels se fondent ces politiques au profit de catégories offrant une perspective analytique et critique de ces politiques. Le qualificatif d'« étrangers indésirables » a ainsi été employé, en référence à une terminologie employée par les gouvernements européens durant la première moitié du 20^e siècle, afin de qualifier les catégories mouvantes parmi la population étrangère étant la cible privilégiée de ces politiques. Le terme de « politique d'expulsion et de contrôle » a été préféré à celui « politique de retour » employé par le gouvernement suisse afin de regrouper les différents instruments visant à rendre possible l'exécution des décisions de renvoi. Cette terminologie permet de rendre plus explicite les formes de contraintes sur lesquelles se fondent le gouvernement en vue de l'exécution des décisions de renvoi, mais aussi de mettre en évidence l'objectif implicite de contrôle de ces populations étrangères tant que durera leur présence sur le territoire. Ces analyses ont également permis de souligner les diverses stratégies de problématisation et légitimation mises en œuvre par différents acteurs politiques en fonction de l'audience et de l'arène où le discours sera tenu. A ce titre, ce travail montre que les discours s'appuyant sur une rhétorique criminalisant la présence de ressortissants étrangers prêtent le flanc à trop de critiques pour être employés par le gouvernement ou au sein de l'arène parlementaire en vue de légitimer des mesures relevant du droit des étrangers. Le discours employé dans ce cadre, s'appuyant sur l'argument de nécessité du maintien de la crédibilité du système de contrôle migratoire, est donc nettement plus consensuel. Il vise à minimiser l'usage qui est fait de la contrainte plutôt qu'à la justifier à l'aide d'arguments sécuritaires. Le recours à un discours sécuritaire relatif à la criminalité des étrangers apparaît néanmoins comme un outil efficace de légitimation de l'usage de la contrainte au sein du droit administratif des étrangers, lorsqu'il est inséré au sein de l'objectif d'exécution des renvois, ou lorsqu'il est porté par des partis nationalistes directement auprès de la population par l'intermédiaire d'initiatives populaires.

Le second volet de la recherche a porté sur l'analyse des politiques en tant que « techniques et rationalités de gouvernement » (Foucault 1994b, 1994c, 2004) des populations étrangères. Ces analyses ont permis de confirmer, dans le cas de la Suisse, les résultats d'autres études menées jusqu'ici presque uniquement sur le cas USA, attestant de la convergence entre les systèmes de droit pénal et de droit administratif des étrangers. Ce « système de contrôle crimmigratoire » (Stumpf 2006) a été considéré comme une stratégie particulière de

gouvernement des populations étrangères « indésirables ». L'émergence de ce mode de gouvernement des étrangers indésirables a pu être démontrée au travers de l'introduction de techniques particulièrement coercitives associées à des sanctions pénales au sein du droit des étrangers (chapitre 2), et à de moyens typiquement associés au contrôle migratoire en tant que sanctions pénales (chapitre 3).

Au-delà des techniques employées, ce travail de doctorat a permis de souligner les logiques qui fondent l'usage de ces pratiques. La *contrainte* apparaît comme l'une des principales logiques des instruments relevant du droit des étrangers. Elle a été analysée en tant que rationalité disciplinaire de gouvernement visant à forcer les individus à se soumettre aux décisions administratives des autorités au travers du recours effectif ou potentiel à des mesures extrêmement coercitives. Cet usage de mesures extrêmement coercitives comme technique de contrôle migratoire ne semble jusqu'ici pas être réellement remis en question au travers du régime international des droits humains. L'inscription de mesures aussi coercitives au sein d'un régime administratif de régulation de la migration n'est pas sans rappeler - toute proportion gardée - certaines formes d'enfermement arbitraire ayant eu cours avant la « naissance de la prison », voire de supplices, dont le caractère public et spectaculaire visait, dans la France de l'Ancien Régime, à réaffirmer la souveraineté du pouvoir de l'Etat sur l'ensemble du corps social (Foucault 1975). Le caractère disproportionné de ces instruments, ainsi que les arguments qui les sous-tendent, amènent à considérer ces derniers comme des moyens au travers desquels l'Etat vise à réaffirmer son pouvoir auprès de la population par la mise en place de mesures exceptionnelles à l'encontre des populations questionnant sa souveraineté territoriale.

La deuxième forme de rationalité ayant été mis en exergue lors de ces analyses a trait à celle de la *dissuasion*. Cette rationalité de gouvernement instaure, au sein de mesures du droit des étrangers et du droit pénal ne touchant que les populations étrangères, une différence de traitement dans les formes de répression appliquées aux ressortissants nationaux et étrangers. La mise en place de cette stratégie particulière de gouvernement a rencontré de nombreuses résistances, que ce soit au sein du droit des étrangers en raison de son caractère criminalisant, ou au sein du droit pénal du fait des tentatives de remises en question des formes de protections qui l'accompagnait. Les analyses effectuées permettent néanmoins d'attester de l'émergence d'une telle stratégie de gouvernement sous une forme implicite ou quelque peu atténuée par rapport à celle initialement envisagée par ces instigateurs.

En conclusion, cette thèse de doctorat argue qu'au-delà de la seule question du traitement réservée aux populations étrangères, les réponses formulées par l'Etat à leur rencontre font courir le risque d'une remise en question fondamentale des principes fondamentaux de l'Etat de droit. La gestion des « populations indésirables » sur le territoire des Etat-Nations apparaît ainsi comme l'un des grands défis actuellement posé à nos démocraties libérales. Loin de ne concerner qu'un frange de la population étrangère, dont le comportement abusif, voir criminel, devrait nous amener à nous désintéresser du sort qui leur est réservé, les politiques actuellement mises en œuvre ont en réalité des conséquences cruciales sur le type de régime politique qui nous gouvernera.

Avant propos

Les questions relatives à la migration et aux politiques de contrôle mises en œuvre par les Etats figurent, en Europe comme aux Etats-Unis, parmi les « questions de société » les plus vivement débattues au sein de l'opinion publique. Les conséquences souvent dramatiques des tentatives de « fermetures des frontières », les politiques visant à « gérer » la présence d'« étrangers indésirables » sur le territoire national, ou à mettre à exécution leur renvoi font l'objet d'innombrables débats politiques, d'articles de journaux et même de livres ou de films. Rares sont aujourd'hui les personnes qui n'ont pas un avis tranché sur ces questions complexes, transformées en un enjeu politique de première importance.

Par les thématiques qu'il traite, ce travail de doctorat se situe au centre de certains des débats politiques qui ont secoué la Suisse et polarisent l'opinion publique depuis plus d'un siècle.¹ Lorsqu'un sujet aussi passionné est abordé, il semble difficile de prétendre à une objectivité, pourtant souvent considérée comme garante de la qualité et de la rigueur scientifique. Une des difficultés liées au traitement scientifique d'un tel sujet tient à l'immersion du chercheur au sein des thématiques dont il est censé se faire l'observateur. Qui plus est, la position d'observateur impartial est d'autant plus compromise par le rôle que le chercheur est potentiellement amené à prendre au sein d'un débat dont il devient partie prenante, en tant qu'expert de la question. Par la méthode d'« observation participante », l'immersion du chercheur au sein de son objet d'étude représente une technique depuis longtemps privilégiée par les anthropologues. Lorsque leur objet d'étude est ramené au sein de leur propre « tribu », il apparaît soudain plus difficile - après la phase aventureuse de récolte des données sur le terrain - de s'en extraire afin de se mettre plus confortablement à la rédaction de ces analyses. Les discours préformatés au sujet de la migration et de ses politiques étant omniprésents au sein du grand public, et pouvant s'infiltrer dans la sphère privée du chercheur à la moindre évocation de son sujet de recherche, il m'a semblé, à un moment donné, quasiment impossible de me distancier suffisamment de mon objet d'étude afin de procéder à des analyses de qualité. Dans ce contexte, la phase nécessaire d'immersion totale au « terrain » s'est alors prolongée, au point de se transformer en une sensation désagréable de submersion au sein d'un domaine où l'omniprésence des discours ne laissait pas de place à l'émergence de formes alternatives de pensées.²

En outre, les difficultés relatives à l'objectivité et à la neutralité vis-à-vis de mon sujet de recherche étaient également liées au fait que le choix initial de me porter sur l'analyse de ces problématiques découlait d'une volonté d'engagement d'ordre éthique. Cette volonté provenait en effet d'une préoccupation d'ordre humaniste relative au traitement réservé aux

¹ Parmi les premières votations populaires du début du 20^e siècle qui soulèveront d'importants débats en Suisse se trouve une initiative « sur la question des étrangers » qui proposait d'y apporter des solutions en rendant plus sévère les dispositions relatives à l'expulsion d'étrangers (voire à ce sujet notamment Arlettaz 1985).

² A l'inverse des « anthropologues traditionnels » revenant de leurs terrains exotiques pour se mettre à la rédaction de leur travail, il est amusant de noter que le processus de distanciation nécessaire à la conclusion de cette thèse ait été grandement facilité par un séjour de près d'une année dans un ancien village de pêcheur au Sénégal, loin de toute rumeur au sujet des « problèmes d'immigration » en Suisse ou en Europe.

personnes en situation de vulnérabilité au sein d'un pays tel que la Suisse, connu pour figurer parmi les pays les plus riches de la planète, mais également pour son engagement dans la diffusion des valeurs universelles des droits humains.³

Il semblerait quelque peu naïf de penser qu'un chercheur, et ce quel que soit le sujet investigué, puisse prétendre à une parfaite objectivité vis-à-vis de sa recherche. Néanmoins, étant donné la prégnance des idéologies concernant les discours relatifs aux problématiques migratoires, et vu mon positionnement initial au sein même de la thématique dans laquelle j'allais me plonger, il me semblait nécessaire de commencer par objectiver autant que possible ma propre subjectivité. Si cette « objectivation participante » (Bourdieu 2003) ne garantit pas pour autant l'impartialité des analyses effectuées, elle est néanmoins la condition *sine qua non* permettant une prise de distance du chercheur vis-à-vis de ces propres présupposés normatifs. Ce travail d'objectivation rend donc possible le fait que le traitement de mon objet d'étude et les conclusions que j'en ai tirées ne découlent pas simplement d'une prise de position initiale, mais aient été nourris par un travail et une réflexion de longue haleine, visant à offrir une réflexion originale qui résulte d'une prise de distance farouche vis-à-vis des discours et positionnements idéologiques.

³ Cette préoccupation pourrait toutefois ne pas être considérée comme relevant uniquement de la morale, mais également comme une question sociétale, si l'on en croit le préambule de la Constitution fédérale préalablement cité dans l'épigraphe de ce travail.

I. Introduction

1. Repenser les termes du débat ?

Les questions relatives à la présence d'étrangers, dont la présence sur le territoire national est considérée comme « indésirable », n'ont cessé de grimper à l'agenda politique des Etats d'Europe de l'Ouest depuis le début des années de 1990 (Noll 1999). La « migration illégale » et la présence de « clandestins » ont alimenté nombre de discours et politiques aux niveaux national et européen (Duez 2008). Les discours autour de la figure des « faux réfugiés » (ou « *bogus asylum seekers* » en anglais) ont par la suite contribué à entretenir les discours anti-migrants. De nombreux partis nationalistes réclament plus de moyens pour faire face à ce qui est présenté comme une « perte de contrôle et de souveraineté de l'Etat » dans sa capacité à réguler la présence des populations sur son territoire (Welch et Schuster 2005b).

La situation dénoncée par ces acteurs politiques n'est pas uniquement le fruit d'une construction discursive, mais également de l'évolution plus générale des politiques migratoires restrictives mises en place en Europe, suite aux crises économiques des années 1970. Visant à limiter l'accès aux pays européens aux travailleurs hautement qualifiés, ces politiques migratoires restrictives ont entraîné l'illégalisation de certains flux migratoires et catégories de migrants, auxquels ils ne restaient bien souvent plus que la « voie de l'asile » pour accéder à ces territoires (D'Amato 2008). Les critères permettant de bénéficier du statut de réfugié ne concernant qu'un faible pourcentage des personnes entrées par ce biais, la question du retour des « requérants déboutés » s'est posée de manière de plus en plus accrue au sein des pays européens (Noll 1999). Le caractère problématique de la présence de cette nouvelle catégorie d'« étrangers indésirables » s'explique notamment par le fait que les Etats européens font par ailleurs face à de nombreuses difficultés - d'ordre pratique, juridique et financier - afin d'exécuter les décisions de renvoi d'une population de requérants déboutés de plus en plus importante (Gibney 2008). Les statistiques européennes Eurostat, cité par Carrera (2016 :38) montrent qu'entre 2008 et 2014, seules 36% des décisions de renvoi prononcées au sein des Etats membres ont pu effectivement être exécutées au sein d'Etat tiers, ce qui représente une moyenne approximative de 330'000 décisions de renvoi non-exécutées par année sur cette période.

Si l'augmentation du nombre de personnes n'étant pas autorisées à demeurer sur le territoire après y avoir déposé une demande d'asile apparaît à ce titre comme une réalité au sein des pays européens, l'origine de cette situation n'est généralement pas expliquée en référence à l'évolution de la situation économique et politique au sein des pays d'Europe. Celle-ci est en effet imputée aux migrants eux-mêmes en raison du caractère abusif, voire criminel, des motifs les ayant conduits à se rendre en Europe pour y demander l'asile. La façon dont est posé un « problème politique » ayant une grande influence sur le type de mesures qui seront proposées par les acteurs qui s'en font les porteurs, la problématisation particulière de la

⁴ Au sens de la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, dite Convention de Genève (et de son extension par le Protocole de New York de 1967).

présence d'« étrangers indésirables » (« migrants illégaux », « faux réfugiés » ou encore « étrangers criminels ») nous a amenés à nous interroger sur les enjeux se trouvant derrière ces formes de politisation, voire de sécuritisation des questions migratoires.

1.1 « Etrangers indésirables »

Bien que le domaine de l'asile constitue toujours l'un des laboratoires dans lequel sont pensées et élaborées les « politiques d'exclusion spatiales » (Achermann 2007, 2013) des étrangers, les politiques analysées dans ce travail ne concernent toutefois pas uniquement les personnes relevant de l'asile, mais, plus généralement, diverses catégories d'étrangers, dont la présence apparaît à un moment donné comme particulièrement illégitime aux yeux de certains acteurs politiques. Ainsi, bien que les analyses effectuées dans le cadre de ce doctorat concernent en bonne partie la catégorie administrative des « requérants d'asile déboutés », celle-ci ne nous permettait pas de prendre en considération ce qui nous intéresse, c'est-à-dire l'ensemble des politiques à l'œuvre dans le cadre des processus d'expulsion et de contrôle des « étrangers indésirables ».

Les catégories d'étrangers pour lesquelles sont pensées ces politiques apparaissent ainsi plus fluides qu'il n'y paraîtrait au premier abord. En fonction des contextes et des initiatives des entrepreneurs politiques, la focalisation des politiques étudiées peut varier d'une catégorie d'étrangers à une autre. Comme le démontrera ce travail, ces politiques peuvent ainsi concerner aussi bien diverses catégories d'étrangers en situation de séjour irrégulier, que des personnes disposant d'autorisations de séjour (plus ou moins stables), et cela qu'ils relèvent du domaine de l'asile ou du droit des étrangers. Le cas des programmes suisses d'« aide au retour », sur lequel porte plus spécifiquement le premier chapitre de cette thèse, représente à ce titre un bel exemple. Ces programmes ont en effet été institutionnalisés en Suisse afin de favoriser le départ de personnes originaires des Balkans à la levée de l'« admission provisoire » qui leur avait été accordée jusqu'au terme du conflit. Dans le contexte lié aux difficultés du renvoi des requérants déboutés, ces programmes ont néanmoins, par la suite, été réorientés pour cibler les requérants sous le coup d'une décision d'expulsion. Enfin, suite à ces divers programmes, d'autres mesures mises en place au niveau cantonal ont également cherché à atteindre les migrants en situation de séjour irrégulier n'ayant jamais déposé de demande d'asile. On peut donc noter que les politiques élaborées dans un contexte particulier et visant une catégorie spécifique parmi la population étrangère ont progressivement eu tendance à s'étendre à des franges de plus en plus larges de cette population.

Dans le cadre de ce travail, le recours à la catégorie d'« étrangers indésirables » permet ainsi de rendre compte de la fluidité des contours des différentes catégories d'étrangers pouvant être l'objet de ces politiques, bien mieux que les catégories légales administratives employées par l'Etat. Plutôt que des critères d'ordre administratifs ou légaux, les politiques étant au centre de nos analyses ciblent une catégorie mouvante dont les contours flous définiraient, d'un point de vue moral, ces « mauvais étrangers », dont l'Etat serait légitimement en droit de chercher à se débarrasser.

Le recours à la notion d'« étrangers indésirables » permet, par ailleurs, de ne pas succomber à une tendance très répandue au sein des analyses dans le domaine migratoire consistant à s'appuyer sur une catégorie administrative forgée par l'Etat pour la transformer en une catégorie analytique (voir à ce propos notamment Bakewell 2008). L'emploi de ce terme participe ainsi à l'effort constant de distanciation vis-à-vis d'un discours politique véhiculant le point de vue et les intérêts des acteurs l'ayant formulé. Nous rejoignons en cela le point de vue des tenants d'une analyse critique du discours suivant laquelle les catégories servant à construire la réalité sociale perpétuent les rapports de forces qui la structurent (van Dijk 1993 ; Fairclough 1995 ; Wodak 1999).

Le choix spécifique du recours à la catégorie d'« étrangers indésirables » a, quant à lui, été effectué en raison de sa résurgence au sein des analyses critiques portant sur les politiques de contrôle des populations étrangères, et plus particulièrement sur la question des « camps » (voir notamment Agier 2008 ; Brossat *et al.* 2008). Malgré cet emploi relativement répandu, rare sont les chercheurs qui se sont livrés à une tentative de définition ou une réflexion méta-analytique à son sujet. L'article d'Emmanuel Blanchard (2013) fait à ce titre exception en se livrant, dans le cas français, à une analyse critique de l'emploi passé et actuel de cette catégorie. Cet auteur démontre ainsi qu'au début du 20^e siècle, ce terme était répandu au sein du discours gouvernemental afin de désigner les étrangers « qu'on ne peut accepter sur le territoire national pour des raisons morales, politiques ou sociologiques », mais désignait avant tout « celui qu'on expulse ou refoule » (Blanchard 2013 : 18). Ainsi, cette catégorie avait servi à qualifier diverses populations au fil du 20^e siècle, à commencer par les « gens du voyage » au cours des premières décennies, puis les réfugiés juifs venus d'Allemagne ou d'Europe de l'Est dans les années 1930, et enfin les populations venues d'Algérie dans les années 1950-1960.

Toujours selon cet auteur, « l'émergence d'un langage bureaucratique aseptisé a favorisé l'effacement lexical progressif des 'indésirables' dans les arènes politiques et médiatiques » (Blanchard 2013 : 25). La recherche d'un consensus politique permettant de mettre en œuvre les dispositions à prendre pour faire face aux « problèmes » posés par certaines catégories d'étrangers aurait ainsi rendu inutile, et même contre-productif, le recours à une catégorie explicitement xénophobe pour légitimer les mesures prises à leur rencontre. Ce terme réapparaîtra néanmoins dans le débat public au cours des années 2000, cette fois sous la plume d'auteurs se livrant à une analyse critique des politiques de contrôle migratoire. Le terme « indésirable », en renvoyant tacitement aux dispositifs d'internement mis en place au cours des années 1930, permettrait ainsi de mettre en évidence la résurgence de certaines pratiques employées lors de périodes sombres de l'histoire européenne, ainsi que leur institutionnalisation au sein des régimes migratoires actuels ; et ce malgré le bannissement du discours et des catégories aujourd'hui « politiquement incorrects » qui avaient alors servi à les justifier. Le recours à cette catégorie servirait ainsi à « redonner au langage une rugosité et une historicité capables de contrer les stratégies d'euphémisation et d'occultations des politiques migratoires contemporaines » (Blanchard 2013 : 25). L'emploi du terme d'« étrangers indésirables » fait dans le cadre de ce travail visera aussi bien à délimiter les contours flous de catégories mouvantes et extensibles d'étrangers pouvant être tour à tour la

cible de discours et d'initiatives politiques, qu'à contrer les stratégies d'euphémisation constantes des discours entourant ces politiques extrêmement coercitives.

1.2 « Retour » versus « expulsion et contrôle » ?

Face aux difficultés liées à l'exécution du renvoi de ces catégories d'étrangers, les gouvernements européens ont donc progressivement cherché à élaborer des politiques visant à favoriser le départ de ces « étrangers indésirables » de leur territoire. Ce travail a ainsi pour principal objet d'analyse les politiques qui visent explicitement à rendre possible l'exécution du renvoi d'étranger dont la présence sur le territoire est considérée comme indésirable. Dans le cas de la Suisse, le terme de « politique de retour » a été choisi par le gouvernement afin de qualifier les divers instruments que comporte cette politique. Comme le décrit plus en détail le premier chapitre de ce travail, cette politique est généralement présentée comme constituée de deux principaux volets : d'une part les mesures visant à favoriser un retour qualifié de « volontaire » et de l'autre des mesures visant à contraindre les étrangers à collaborer dans le cadre d'une « procédure de rapatriement contrôlé ».

Le premier chapitre s'attachant à remettre en question cette distinction problématique, nous ne nous attarderons pas ici sur ce sujet. Une première remarque pouvant néanmoins d'emblée être effectuée porte sur l'usage du qualificatif de « retour » au profit de celui de « renvoi », ou encore d'« expulsion », qui transcrirait pourtant plus exactement l'objectif explicitement visé par ces politiques. Plutôt que le terme euphémisant de « retour » nous avons toutefois préféré celui plus explicite « d'expulsion » afin de qualifier ces politiques dans le cadre de cette recherche. Ce terme n'est toutefois pas employé selon l'acception juridique suisse qui réserve l'usage de ce qualificatif pour un type particulier d'exclusion spatiale du territoire national fondé sur des motifs politiques. Nous emploierons ce terme dans un sens beaucoup plus large, puisqu'il nous servira à décrire les diverses mesures ayant pour objectif affiché l'exclusion spatiale d'étrangers du territoire national, que cela soit par le recours à la privation de liberté ou à des formes d'assistance matérielle.

Le terme de « politique de contrôle des étrangers indésirables » a toutefois également été ajouté afin de souligner le fait que ces politiques, malgré leur objectif affiché de d'exécution des décisions de renvoi, visent également à fournir des outils disciplinaires de contrôles des populations étrangères aussi longtemps que pourrait prendre l'exécution de leur renvoi. L'une des particularités des analyses effectuées dans le cadre de ce travail consiste dans le fait de ne uniquement analysées ces politiques d'après l'objectif d'expulsion, qui leur servent de principale forme de justification. En effet, ces politiques seront également examinées d'après l'objectif plus implicite de maintien sous contrôle ou de disciplinarisation, d'une population dont le gouvernement peine à faire effectivement quitter le territoire, et pour laquelle les instruments mis à sa disposition sont présentés comme insuffisants.

Avec quelques exceptions notables - tel que l'article de Noll (1999), qui analyse, selon une perspective juridique, les politiques mises en œuvre par les Etats afin de faire face au « problème du retour des requérants d'asile déboutés » -, les contributions consacrées à

l'analyse de ces stratégies sont restées relativement fragmentées et ne traitent qu'un aspect ou un autre de ces politiques. En se fondant sur le cas de la Suisse, ce travail de doctorat souhaite offrir une analyse plus globale des politiques d'expulsion. L'analyse des liens entre les diverses composantes de ce qui sera considéré ici comme une stratégie de gouvernement des étrangers indésirables n'a été que très peu développée au sein de la littérature existante.

Le présent travail de doctorat vise à combler cette lacune en regroupant en son sein trois articles qui traitent des trois principaux instruments composant cette stratégie, à savoir les politiques d'« aide au retour », de détention administrative et le régime légal d'expulsion des étrangers. Le premier article - intitulé *Les 'expulsions volontaires' : un mode de gouvernement des étrangers indésirables ?* - se focalise sur l'analyse de la politique dite d'« aide au retour » tout en soulignant l'articulation de cette mesure avec les autres instruments de la politique de retour. Le second article, ayant pour titre *Discipline and Punish ? Analysis of the Purpose of Immigration Detention in Europe*, vise à déterminer quelles sont les logiques explicites et implicites de la détention administrative d'étranger selon une analyse du cadre légal suisse et européen. Enfin, le troisième et dernier article - *Deportation Regime, Crimmigration System and the Rules of Law* - analyse la convergence entre droit pénal et droit administratif induite par l'évolution récente du régime légal suisse en matière d'expulsion, et ses possibles conséquences sur certains principes fondamentaux de l'Etat de droit.

1.3 Questions de départ

Les réponses formulées par des gouvernements face à des populations considérées comme « indésirables » a déjà données lieu à de profondes réflexions, par des auteurs tels qu'Hannah Arendt (1982). Il apparaît particulièrement intéressant de chercher ici à mettre en évidence les réponses que les gouvernements d'Europe Occidentale parviennent à fournir dans le contexte de nos démocraties libérales, et de chercher à voir dans quelles mesures les réponses offertes mettent à l'épreuve, voire même transforment leur équilibre politique. En tant que démocratie indirecte, fondée notamment sur de sur le principe d'initiatives populaires et de référendum, le cas de la Suisse apparaît particulièrement intéressant en cela qu'il est généralement considéré comme un exemple parmi les différents systèmes démocratiques. A ce titre, ce travail permettra également de souligner certains des défis que peut rencontrer pareil système dans le cadre des débats passionnés menés lors de grandes campagnes politiques par des partis nationalistes. Au-delà de leur distinction thématique, les diverses contributions rassemblées dans ce travail visent donc à apporter des éléments de réponse à la question : *comment l'Etat pense, met en œuvre et justifie les politiques visant explicitement à l'expulsion des « étrangers indésirables » présents sur le territoire national ?* Si les diverses mesures de ces politiques d'expulsion et de contrôle des « étrangers indésirables » constituent le fondement de ces analyses, une attention particulière a été portée aux conséquences que pouvaient avoir ces mesures sur le système politique, ainsi que sur les discours et processus par lesquels ces politiques sont légitimées.

Ce travail de doctorat a pris naissance dans le cadre de la réflexion menée lors d'un projet de recherche intitulé *Migration and Security in Switzerland : Evolution and Present Status of its Links in Politics and Law*, financé par la Fonds National Suisse de recherche scientifique (FNS) et dirigé par la Professeure Christin Achermann. Cette recherche avait pour objectif principal d'interroger, si et comment les problématiques relatives à l'immigration en Suisse étaient élevées au rang un « problème de sécurité ». Le point de départ initial de cette recherche de doctorat avait ainsi consisté à interroger la manière dont était traitée la question de la présence d'« étrangers indésirables », en partant du cadre d'analyse offert par le concept de « sécuritisation » (Busan *et al.* 1998).⁵ Selon ma propre compréhension, cela revenait à questionner la problématisation des questions relatives à l'immigration en Suisse en tant que « problème de sécurité », afin de légitimer l'adoption de mesures exceptionnelles afin d'y faire face. Le processus de « sécuritisation » pourrait à ce titre être appréhendé comme une forme particulière de problématisation, permettant de légitimer l'adoption de « moyens extraordinaires » pour y répondre. Deux questions de recherches principales ont émergées du point de départ relatif au concept de sécuritisation.

Problématisation et légitimation des politiques visant les « étrangers indésirables »

La première question porte sur l'analyse des formes de problématisation et de légitimation des politiques ciblant les catégories d'« étrangers indésirables ». En effet, tout en gardant le concept de « sécuritisation » en tant que « *sensitizing concept* » (Bowen 2006), j'ai pris le parti, dans le cadre de mon travail de doctorat, d'élargir plus généralement l'analyse des diverses formes de la problématisation tout en restreignant le champs d'analyse aux politiques destinées à la catégorie des « étrangers indésirables » se trouvant déjà sur le territoire. Une première question de recherche à laquelle ce travail a cherché à répondre peut être formulée comme suit : *comment la présence d'« étrangers indésirables » sur le territoire suisse est-elle problématisées à dans le cadre des processus d'élaboration de politiques qui les ciblent?*

Il peut d'emblée être noté que, du fait des liens existant entre la création de forme de savoir et de l'exercice du pouvoir, les analyses de formes de « problématisation » d'une question politique nous renvoient à celles liées au gouvernement des populations. Dit plus simplement, la manière dont est posé un « problème » jouera un rôle important sur les solutions qui pourront être proposées pour y répondre. Le rapport en production d'un savoir et exercice du pouvoir a, à ce titre, été au centre des réflexions de Foucault (1984, 1985).

⁵ Selon les premiers tenants de ces analyses, la construction d'une problématique particulière en une « question de sécurité » serait principalement le fait d'une rhétorique particulière (ou « acte de langage ») qui désignerait une menace existentielle ainsi que l'objet sur lequel elle porte (Waever 1995). Cette rhétorique aurait pour principal effet de permettre de légitimer le recours à des mesures exceptionnelles afin de parer à cette menace (Busan *et al.* 1998). Ce cadre d'analyse a, par la suite, été élargi pour ne plus seulement prendre en considération les « actes de langage », mais également les pratiques non discursives telles que le développement de lois, de politiques et l'implémentation de procédures administratives (Bigo 2000). Il permet ainsi l'analyse des problématiques migratoires sous l'angle d'une « sécuritisation de l'immigration » (Huysmans 2006, Chebel d'Apollonia et Reich 2008) ou du développement d'un continuum entre migration et sécurité (Bigo 2005 : 67), aussi connu sous le nom de « migration-security nexus » (Faist 2004).

« *My problem is to know how men (sic) govern (themselves and others) by means of the production of truth* (Foucault, 1980b : p. 47 in Castel, 1994 : p. 238) (Bacchi 2000 : 2) ».

Selon Bacchi (2000 : 1), la problématisation consiste, pour Foucault, en une méthode revenant à analyser « *how and why certain things (behaviour, phenomena, processes) become a problem* (Foucault 1985 : 115) ». Ainsi, la prise en compte des processus par lesquels une problématique émerge dans un certain contexte requiert ainsi un important effort de « déconstruction » de la réalité comme un donné naturel et évident. Cette méthode consiste notamment à examiner comment un sujet est questionné, analysé et régulé à une période particulière dans des conditions spécifiques (Deacon 2000 : 127). Ce n'est qu'au prix de ce travail difficile de redéfinition, ou du moins de questionnement au sujet d'une réalité communément partagée, qu'est rendue possible la remise en question des moyens par lesquels les acteurs sociaux proposent d'agir à son égard.

Bien que se situant à un niveau bien plus spécifique que celui où se situait la réflexion de Foucault, l'analyse des débats autour de l'adoption de nouvelles normes légales répond à la même logique adoptée par cet auteur afin de faire ressortir la généalogie d'une pratique et sa problématisation particulière, en identifiant un moment charnière où se sont mis en place les discours et pratiques qui apparaîtront par la suite comme allant de soi. L'étude de ces moments particuliers permettrait ainsi de dénaturer une pratique en démontrant la fragilité de la conjonction et des circonstances qui ont mené à son émergence (Bacchi 2000 : 2).

Le cadre d'analyse de la « sécuritisation de la migration » duquel était parti ce travail, en plus de nous amener à interroger les processus de problématisation des questions migratoires, nous renvoie vers les questions fondamentales de légitimation du pouvoir déjà posées par Max Weber (2003/1921) au début du 20^e siècle. De sa définition classique de l'Etat, en tant qu'institution revendiquant le « monopole de la violence physique légitime » sur un territoire donné (Weber 1959/1919 : 118), découle en effet une analyse des différents modes de légitimation de la contrainte. Dans le cas de la domination légale-bureaucratique, qui caractériserait les « sociétés modernes », Weber considère que la légitimité du pouvoir découle de la croyance de l'individu dans le caractère légal et rationnel du pouvoir. Rejoignant en cela divers commentateurs critiques de l'œuvre de Weber (e.g. Beetham 2013 : 11), je considérerai toutefois que la légitimité de l'usage de coercition physique ne peut pas être considérée comme acquise une fois pour toutes, mais se doit d'être constamment construite et renégociée par les acteurs étatiques. Cela est, à mon sens, d'autant plus vrai dans le domaine du contrôle migratoire, où la légitimité du recours à la privation de liberté et à d'autres formes de coercitions physiques, en vue d'assurer sa mise en œuvre est encore souvent l'objet de contestation.

Les questions relatives aux processus de problématisation et de légitimation esquissent un possible rapprochement entre les approches foucauldienne et wébérienne du pouvoir. Selon O'Neill (1986 : 42), les travaux de Weber et Foucault sur le pouvoir convergent au niveau de leurs questionnements sur les processus par lesquelles les individus sont soumis aux rationalités disciplinaires des sciences du droit, de la médecine, de l'économie, de l'éducation

et de l'administration. Malgré les divergences certaines - aussi bien dans le point de départ théorique relatif à leur concept de pouvoir (Jimenez-Anca 2012) que dans le contenu des réponses apportées par ces auteurs (Colliot-Thélène 2009) - ayant également été depuis lors mises en évidence, ces deux grandes approches du pouvoir nous ont guidées tout au long de ce travail dans la formulation de nos questions de recherches et des choix méthodologiques qui en ont découlés. Ce n'est donc pas tant dans les réponses qu'ils apportent sur les objets sur lesquels ils se sont penchés que sur le type de questions et la manière de les interroger, que ces auteurs nous auront inspirés lors de la rédaction de ce travail. Je reviendrai d'ailleurs plus spécifiquement dans la partie méthodologique sur l'apport représenté par Foucault dans l'approche finalement retenue.

Vers une analyse des « moyens extraordinaires » mis en œuvre

Le cadre d'analyse de la sécuritisation, tel que nous l'avons défini, en plus de fournir des hypothèses de travail concernant le type problématisation pouvant avoir lieu dans ce cadre, nous a amenés à nous interroger sur les « moyens extraordinaires » que celui-ci permettrait de légitimer. Ainsi, des mesures - telles que la détention administrative d'étrangers et l'usage de diverses formes de contraintes dans le cadre des procédures d'exécution des décisions de renvois - ont en réalité constitué le point de départ des analyses effectuées dans le cadre de ce travail. En partant de ces mesures pouvant à priori être considérées comme « exceptionnelles » dans le cadre d'un système administratif de gestion migratoire, nous avons cherché à comprendre : *Comment le gouvernement pense et cherche à mettre en œuvre les politiques ciblant les étrangers indésirables présent sur le territoire? Ces questions s'ancrent tout particulièrement dans le cadre théorique lié à la gouvernementalité et plus particulièrement à la mise en place d'un « système de contrôle crimmigratoire » que nous détaillerons dans la section suivante. Par ailleurs, les résultats soulevés par ces interrogations ont été complétés par des analyses visant à faire ressortir : quelles sont les conséquences des mesures mises en œuvre, non seulement pour les catégories de personnes visées, mais plus généralement pour le système politique et juridique au sein duquel elles sont implémentées?*

1.4 Limites de la recherche

Avant de nous plonger dans le cadre théorique dans lequel ces questions s'enracinent, je passerai en revue certaines des limites de ce travail. En premier lieu, il est nécessaire de remarquer que celui-ci se focalisera uniquement sur les politiques d'exclusion spatiale concernant directement les étrangers se trouvant d'ores et déjà sur le territoire. Les instruments visant à empêcher certaines catégories d'étrangers à pénétrer sur le territoire ne seront donc pas prise en considération lors de cette recherche. Par ailleurs, bien que traitant de ce qui est connu en Suisse sous le terme euphémisant de « politique de retour », ce travail ne prendra pas en considération les mesures visant à obtenir le consentement des Etats d'origine des migrants (tels que les accords de réadmission ou « partenariats migratoires », etc.) qui sont à l'heure actuelle présentées comme partie intégrante des politiques garantissant la mise en œuvre des décisions d'expulsion. En plus de la nécessité de limiter le cadre d'analyse, ces choix ont été dictés par l'intérêt de ce travail la manière dont l'Etat cherche à influencer sur la

conduite d'individus présents sur son territoire et non pas sur des personnes à l'extérieure de ces frontières ou sur les gouvernements dont ils proviennent.

Une autre limite à signaler sur cette recherche porte sur le fait qu'elle ne cherche pas à se prononcer sur les résultats effectifs de l'application des politiques gouvernementales employées sur les individus. Le propos n'est certainement pas de véhiculer l'idée selon laquelle les acteurs concernés seraient réduits à la passivité ou dépourvus de toute marge de manœuvre afin de faire face aux politiques dont ils sont la cible. Le régime fédéral que constitue le système politique suisse implique des variations importantes dans la manière dont les cantons mettent en œuvre les politiques élaborées au niveau de la Confédération. L'analyse des diverses formes de mise en application des politiques fédérales au sein des cantons dépasse le cadre fixé au sein de ce travail. L'objectif n'est donc pas ici de se livrer à une forme d'évaluation de la mise en œuvre de ces politiques au sein des cantons, ni d'attester de leur échec ou de leur réussite, mais plus humblement de commencer par mettre en évidence la manière dont sont pensées ces politiques au niveau fédéral. Du fait du caractère tacite et de l'absence de formulation objective des objectifs des politiques analysées, il semblait d'abord nécessaire de faire clairement ressortir la rationalité qui fondait ces instruments avant même de pouvoir estimer l'effet qu'ils pouvaient effectivement avoir sur les individus concernés. Il apparaîtrait d'ailleurs aux vues de l'analyse des quelques rapports d'évaluation de ces politiques que les logiques qui président à leur élaboration soient en réalité passablement déconnectées de l'impact effectif que peuvent avoir ces politiques sur les personnes concernées. Les décisions politiques prises à ce niveau apparaissent rarement fondées sur ces rapports d'évaluations et peuvent même aller dans le sens inverse des conclusions qui pourraient en être tirées à première vue.

2. Cadre théorique

Comme mentionné au préalable, le questionnement initial relatif au processus de sécuritisation m'a amené à interroger la notion de « moyens extraordinaires » que légitimerait certaines formes particulière de problématisation de la présence d'« étrangers indésirables » sur le territoire. C'est principalement à la lumière du concept de « système de contrôle crimmigratoire » (*crimmigration system of control*) élaboré par Stumpf (2006) que ces résultats auront été analysés. Néanmoins avant de venir plus spécifiquement à la discussion relative à ce concept, il m'a semblé important de commencer par mettre en contexte le cadre plus général dans laquelle s'enracine la réflexion initiée par ce concept. C'est en effet au travers d'un questionnement plus général sur les techniques de gouvernement initié par Michel Foucault, puis développé par d'autres auteurs tels que Jonathan Simon, que peut être pleinement compris l'apport des réflexions plus récentes relatives au concept de *crimmigration*.

2.1 Foucault et l'étude de la gouvernementalité

Les travaux de Michel Foucault au sujet de l'étude de la « gouvernementalité » (Foucault 1994b, 1994c, 2004) constituent à mon sens le fondement des analyses relatives à l'évolution

récente des systèmes de contrôles des populations étrangères. Il m'a ainsi paru nécessaire de pouvoir y revenir afin de poser les bases sur lesquelles se sont développées ces réflexions, mais aussi de pouvoir au final mieux comprendre l'apport qu'elles constituent. Bien que souvent considéré comme étant centrales dans la pensée de Foucault, ses réflexions sur le concept de gouvernementalité ne sont présentées par son auteur que de manière provisoire, et parfois contradictoire, lors des cours qu'il donnera au Collège de France entre 1977-1978. Selon Lemke (2004 : 20), le concept de gouvernementalité permet à « Foucault [de] corrige[r] les résultats d'études précédentes dans lesquelles il explorait la subjectivité essentiellement dans la perspective des 'corps dociles' et avait trop insisté sur les processus disciplinaires. A présent, la notion de gouvernement est utilisée pour explorer les rapports entre les techniques de soi et les techniques de domination. » Walters (2012) distingue toutefois deux acceptions distinctes, l'une générique et l'autre spécifique, données par Foucault à ce concept.

La gouvernementalité comme mode de gouvernement propre à l'Etat néolibéral

Dans son acception spécifique, la gouvernementalité représenterait une forme particulière de « rationalité de gouvernement » propre à l'Etat néolibéral. Lors des cours donnés au Collège de France, Foucault (1994b : 7-8) distingue en effet trois modalités de gouvernement prédominantes, qu'il relie à de grandes périodes historiques. Il précisera toutefois immédiatement que cette périodisation est une simplification visant à souligner les différents mécanismes de pouvoir pouvant également se retrouver lors des différentes périodes grossièrement esquissées. Ainsi, à la période archaïque (s'étalant du Moyen Age jusqu'au 18^e siècle) correspondrait principalement des mécanismes de domination juridico-légaux fondés sur le principe du pouvoir souverain. Cette forme de pouvoir reposerait sur un système de règle binaire distinguant ce qui est permis de ce qui est interdit, ainsi que le type de sanctions auxquelles on s'exposerait dans le cas d'une infraction à ces règles. Lors de la période moderne, qui débiterait au 18^e siècle, prédomineraient des mécanismes disciplinaires fondés sur un pouvoir de type administratif. Ces mécanismes disciplinaires consisteraient en des techniques de contrôle et de surveillance au travers de diverses institutions visant à corriger le comportement des individus avant même que ceux-ci aient commis une infraction. Ce sont ces mécanismes de contrôle et de correction que Foucault (1975) s'était employé à analyser dans son ouvrage « *Surveiller et punir : la naissance des prisons* ». Enfin, à la période contemporaine correspondrait des mécanismes de domination d'un Etat néolibéral que Foucault désigne parfois sous le terme de « gouvernementalité » afin de mettre en lumière les stratégies de gestion des risques liés à certaines populations, par l'emploi de méthode de calcul de probabilité et de coût en fonction d'une moyenne optimale et d'une limite acceptable entre ce qui était préalablement défini de manière binaire entre le permis et le défendu (Foucault 1994b : 8).

« Par gouvernementalité, j'entends l'ensemble constitué par les institutions, les procédures, analyses et réflexions, les calculs et les tactiques qui permettent d'exercer cette forme bien spécifique, bien que complexe, de pouvoir, qui a pour cible principale la population, pour forme majeure de savoir, l'économie politique, pour instrument technique essentiel les dispositifs de sécurité. » (Foucault (1994b : 637)

Le reste de son cours de 1977-1978 au Collège de France consistera principalement en une tentative de définition de ce en quoi consistent exactement ces « dispositifs de sécurité » et la manière dont ils diffèrent des autres modalités de gouvernement. La définition spécifique que Foucault développe nous intéresse moins, dans la mesure où nous posons l'hypothèse - déjà esquissée par Simon (1998) il y a près de 20 ans - que le traitement de catégories « indésirables » d'étrangers aurait tendance à réactiver certains modes de gouvernement caractéristique de périodes historiques précédentes, en réaffirmant la souveraineté de l'Etat au travers de mécanismes juridico-légal et du pouvoir administratif.

Techniques et rationalités de gouvernement

C'est toutefois dans son acception générique, que nous emploierons ici le concept de gouvernementalité. Dans son acception générique, la gouvernementalité devrait plutôt être appréhendée comme un projet d'étude du « pouvoir ». Le concept de gouvernementalité permettrait ainsi avant tout d'orienter le regard et de faire apparaître un champ d'études sur les mécanismes du pouvoir de l'Etat (Walters 2012 : 2). Le « gouvernement des conduites » par l'Etat apparaîtrait ainsi comme une activité pratique que l'on peut étudier au travers notamment de ses techniques et rationalités. De manière similaire, Bröckling *et al.* (2011 : 15) considèrent que la gouvernementalité n'offre pas une théorie ou une méthode unifiée, mais plutôt un angle de vue particulier sur la manière de concevoir un questionnement. A ce titre, les études sur la gouvernementalité pourraient être définies comme l'étude des « rationalités de gouvernement » par lesquelles l'Etat cherche à influencer sur la conduite des individus.

« Rationality in this context refers not to the exercise of reason but to the rationales for rule that make the activity of government both thinkable and practicable (Gordon 1991: 3). »

Selon Foucault, les « rationalités de gouvernement » ne seraient pas élaborées en amont, mais sur la base des pratiques, qu'elles influenceraient en retour (Foucault 1986, cité par Bacchi 2012 : 2). L'étude des « rationalités de gouvernement » se ferait ainsi principalement au travers de l'étude de « techniques de gouvernement ». Ces « rationalités » ne seraient ainsi, dans la plupart des cas, ni consciemment élaborées, ni même parfois explicitement formulées. Dans pareil cas, l'absence de formulation de ces techniques de gouvernement rend leur analyse et critique d'autant plus difficiles à réaliser. Malgré le risque qu'il existe de les renforcer en les fixant par écrit, le travail d'objectivation des rationalités de gouvernement de la part du chercheur représente une étape nécessaire afin d'être par la suite en mesure de les remettre en question. Nous emploierons ici les notions de « techniques » et « rationalités de gouvernement » dans un sens relativement similaire à celui de « dispositif de pouvoir ». Selon Foucault (1977), le « dispositif de pouvoir » consisterait en un réseau reliant un ensemble hétérogène d'éléments écrits (décisions réglementaires, lois ou propositions morales) et non écrits (institutions, aménagements architecturaux ou pratiques administratives). Ce réseau s'inscrirait par ailleurs toujours dans une relation de pouvoir et comporterait une dimension stratégique mise en place afin de répondre à une urgence, telle que « la résorption d'une masse de population flottante qu'une société à économie de type essentiellement mercantiliste trouvait encombrante » (Foucault 1977 : 62). L'action du dispositif viserait à influencer les

comportements d'une population par une action appliquant une contrainte sur les corps aussi bien que les esprits (Beuscart et Peerbaye 2006 : 11).

2.2 Simon et le « gouvernement pénal »

Les réflexions de Michel Foucault sur la gouvernementalité ont inspiré nombre d'auteurs au sein de divers champs d'études. Jonathan Simon - par son apport direct au traitement des étrangers (voir Simon 1998), mais peut-être plus encore par la réflexion plus générale qu'il initiera entre gouvernement des populations et droit pénal (Simon 1992, 1997, 2001, 2007) – constitue un point d'entrée incontournable dans l'analyse des thématiques qui nous intéressent. En s'appuyant sur le concept de gouvernementalité, Simon (1997, 2001, 2007) développe le concept de « gouvernement par le crime » (*governing through crime*), qui pourrait - en français - être mieux rendu par « gouvernement pénal » et ainsi être rapproché du concept d'« Etat pénal » développé dans la réflexion d'auteurs tels que Loïc Wacquant (2009a, 2009b) ou David Garland (2001, 2013). Lors de la première formulation, ce concept a été défini par Simon afin de rendre compte des processus par lesquels « *crime and punishment become the occasion and institutional context for shaping the conducts of others* » (Simon 1997:173). D'un problème contre lequel lutter, le « crime » se serait ainsi transformé en une modalité particulière de gouvernement. Simon (2007) démontre ainsi comment s'est construit un nouvel ordre politique autour des problèmes de criminalité en faisant de la figure de « victime d'un crime » (*crime victime*) le « sujet politique idéal » des nouvelles législations. Parmi les principales conséquences de cette transformation, Simon (2007) souligne les remises en question du système judiciaire par le pouvoir exécutif, du fait de l'absence de parti pris du côté de la victime que le système judiciaire devrait également incarner. En effet, selon cette modalité de gouvernement, seules les institutions qui défendent les intérêts de la victime apparaîtraient pleinement légitimes, alors que le pouvoir des institutions judiciaires visant à défendre les intérêts des personnes accusées devrait être restreint.

L'apport de Simon sera également remarquable par sa contribution (coécrite avec Malcolm Feeley en 1992) sur l'émergence de ce qu'ils définiront comme une nouvelle logique pénale (*new penology*) se développant aux USA dans les années 1980. Selon ces auteurs, l'une des principales caractéristiques de cette « nouvelle pénologie » consisterait dans le déclin des fonctions de réhabilitation attribuées aux sanctions pénales au profit de la neutralisation du risque constitué par des populations dangereuses par le recours accru à la privation de liberté. Cette tendance attestée dans le cas des Etats-Unis par ces auteurs sera également mise en évidence en Europe (Wacquant 1999). David Garland, dans son ouvrage *The Culture of Control*, viendra confirmer l'hypothèse selon laquelle la fonction de réhabilitation est progressivement mise de côté au profit non seulement de la logique d'incapacitation (neutralisation de la menace), mais également de logiques rétributives et dissuasives (Garland 2001 : 54).

2.3 Stumpf et l'émergence d'un système de contrôle « crimmigratoire »

Ces idées trouveront un écho particulier auprès d'auteurs qui interrogeront les intersections entre le droit des migrations et le droit pénal dans les formes de contrôle migratoire actuelles

(Miller 2003, Stumpf 2006, Chacón 2009, Leerkes et Broeders 2010, Bosworth 2008). Ainsi, dans un article datant de 2003, intitulé *Citizenship and Severity: Recent Immigration Reforms and the New Penology*, Teresa Miller prend en effet comme point de départ le changement de paradigme dans le système pénal illustré par Simon au cours des années 1980, afin de démontrer que des changements similaires ont eu lieu dans le cadre de modification du droit des étrangers. En réponse à une « crise de l'immigration » présentée comme étant « hors de contrôle », le système administratif de contrôle migratoire a progressivement incorporé les objectifs et logiques de cette « nouvelle pénologie ». Le gouvernement des populations étrangères serait ainsi réalisé au travers de mécanismes de plus en plus répressifs.

Miller illustre cette tendance dans le cas des USA par un recours croissant au système pénal en vue de sanctionner des infractions relatives au droit des migrations (*greater criminal consequences for immigration violations*). Cette tendance a été l'objet de nombreux travaux – tel que l'article de Jennifer Chacón (2009), intitulé *Managing Migration Through Crime* là encore en référence aux travaux de Simon - au travers du concept de « criminalisation de l'immigration ». La contribution de Teresa Miller a néanmoins le grand mérite de faire ressortir une autre tendance, jusqu'ici nettement moins remarquée au sein de la littérature, consistant dans l'incorporation de rationalités propres au système pénal à l'intérieur même du système administratif de régulation des migrations (*greater criminal punitiveness within a nominally civil system of immigration regulation*). Cette tendance constitue l'un des principaux objets de notre travail, notamment dans l'analyse du recours à la détention administrative des étrangers, ainsi que dans l'étude de l'évolution du régime légal portant sur l'expulsion d'étranger en Suisse.

En plus de cette tendance de renforcement du caractère punitif du droit des étrangers, Teresa Miller met le doigt sur un autre phénomène consistant en l'incorporation de procédures administratives du droit des étrangers au sein du droit pénal. En référence au concept de criminalisation du droit des migrations, Miller propose dans ce cas de parler d'« immigrationisation du droit pénal » (*immigrationization of criminal law*). Selon Miller, le concept de « criminalisation de l'immigration » apparaît dès lors inadéquat pour décrire un nouveau système de contrôle social, qui emprunte à la fois au système de justice pénale et au droit des étrangers, sans pour autant n'être plus véritablement aucun des deux (Miller 2003 : 16).

Partant de ce même constat, Juliet Stumpf (2006 : 378) proposera quelques années plus tard le concept de *crimmigration law* afin de rendre compte de l'émergence d'un nouveau dispositif de contrôle des populations étrangères né de la convergence des éléments les plus durs du droit pénal (*criminal law*) et du droit des migrations (*immigration law*). Dans un article intitulé *The New Path of Immigration Law : Asymmetric Incorporation of Criminal Justice Norms*, Stephen Legomsky notera à ce propos que le droit des migrations aux USA a progressivement incorporé les théories et méthodes répressives du droit pénal tout en rejetant explicitement les normes et garanties procédurales propres à ce système (Legomsky 2007 : 469).

L'apport théorique de Juliet Stumpf à ce débat ne consiste toutefois pas uniquement dans le fait d'avoir forgé un nouveau concept permettant un dialogue entre des spécialistes du droit pénal, du droit des étrangers et des sciences sociales. L'ambition déclarée de son article fondateur de 2006 vise également à expliquer son émergence au travers des « théories de l'appartenance » (*membership theory*), des concepts de « nouvelle pénologie » et du « pouvoir souverain ». Selon la « théorie de l'appartenance », les droits des individus découleraient d'un contrat social passé avec l'Etat (Stumpf 2006 : 397). L'accès aux droits, au sein d'un territoire, dépendrait ainsi en grande partie de l'appartenance présumée des individus au groupe national. Selon cette logique, le « degré d'appartenance » à la société déterminerait de ce fait le « degré de droit » dont les personnes pourraient jouir au sein du territoire. Cette logique impliquerait donc qu'un citoyen ait plus de droits qu'une personne résidant de manière temporaire sur le territoire, ou encore qu'une personne résidant de manière illégale sur le territoire bénéficie de plus de protection qu'une autre n'y étant pas encore entrée.

Le droit pénal comme le droit des étrangers sont des instruments qui rendent possible l'exclusion spatiale d'individus (Stumpf 2006 ; Achermann 2013). Si traditionnellement l'exclusion spatiale au titre du droit pénal avait lieu au sein du territoire national au travers de l'incarcération, le droit des étrangers permettait une exclusion spatiale en dehors du territoire au travers de l'expulsion. D'après Stumpf (2006), la convergence de ces deux systèmes ne porte pas uniquement sur le recours actuel à ces deux formes distinctes d'exclusion de manière quasiment indistincte au sein des deux systèmes, mais par le transfert de la logique d'appartenance qui prévaut au sein du droit des étrangers et du droit pénal.

Ainsi, selon la logique qui prévalait jusqu'à récemment, les sanctions pénales devaient être appliquées de manière indistincte à toutes les personnes qu'elles touchaient. Ce qu'illustre dans l'allégorie de la Justice le bandeau qui recouvre les yeux de la personne qui la représente, et dont le glaive devrait ainsi frapper toutes personnes sans distinction. La logique de la justice pénale ne suivait donc pas celle de la théorie de l'appartenance, ou alors, comme le suggère Stumpf (2006 :397), en présumant d'une appartenance maximale de l'individu au groupe. En plus de son caractère explicitement répressif, c'est cette appartenance maximale présumée qui expliquerait l'étendue des protections dont devraient jouir les personnes impliquées au sein d'une procédure pénale. Contrairement à la logique qui prévalait au sein du droit pénal, le droit administratif des étrangers présumait quant à lui de la non-appartenance des individus au groupe national. Cela expliquerait les différences de traitement pouvant être effectuée dans ce cadre entre les nationaux et les différentes catégories d'étrangers, ainsi que le moindre degré de protection dont jouissent les individus dans le cadre d'une procédure administrative du droit des étrangers. Selon Stumpf (2006), l'émergence d'un « régime crimmigratoire » serait caractérisée par l'inscription d'une distinction relative au degré d'appartenance et des droits des individus qui en découlent au sein du système pénal (Stumpf 2006 : 398). Ainsi, alors que la logique du droit pénal consistait à ne pas faire de différence entre les personnes auxquelles ces sanctions

s'appliquaient, l'incorporation d'une logique propre au droit des étrangers au sein du droit pénal y établit une forme de régime dual.⁶

Stumpf estime par ailleurs que le droit des étrangers a également incorporé les logiques propres au droit pénal ayant été mises en évidence par la « nouvelle pénologie » (Feeley et Simon 1992) et de la « culture du contrôle » (Garland 2001) en se focalisant progressivement sur des fonctions d'incapacitation, de dissuasion et de rétribution (Stumpf 2006 : 407-408). La fonction de rétribution découlerait notamment d'une logique propre au pouvoir souverain qui viserait à établir une condamnation morale des individus incriminés afin de restaurer la confiance au sein de la population. En effet, dans un contexte marqué par une perte de confiance de la population en l'Etat et afin de rétablir le contrôle vis-à-vis de la migration et de la criminalité, la réaffirmation de la souveraineté de l'Etat au travers d'un pouvoir discrétionnaire à l'encontre des populations étrangères aurait pour objectif de rassurer la population quant à sa capacité de contrôle (Garland 2001 : 110).

Guia *et al.* (2013) ont cherché à étendre les analyses partant du concept de *crimmigration* au-delà du seul concept des USA où il a pris son origine. Van der Leun et van der Woude (2013 : 44), en plus d'appeler de leurs vœux des études portant sur le « système crimmigratoire » en dehors des seuls pays anglo-saxons, souhaiteraient également voir ces études se développer des approches interdisciplinaires qui dépassent la seule dimension légale, afin de prendre notamment en considération les processus de *framing* politiques et sociaux à l'origine de ces réponses légales. Si ces auteurs soulignent l'importance d'inclure les dimensions politiques et sociales à l'œuvre dans ce phénomène, elles notent également le risque de perte de spécificité qu'il y aurait à élargir la définition du concept au-delà des processus légaux (2013 : 56). Un numéro spécial paru récemment au sein de la revue européenne de criminologie (Van der Woude *et al.* 2017) a visé à étendre la discussion portant sur le concept de *crimmigration* au contexte européen. Dans ce cadre, ces auteurs ont pris le parti d'étendre le concept au-delà des analyses portant sur le l'élaboration et l'application du système légal, afin de prendre en considération les processus de problématisation au sein des médias (Brouwer *et al.* 2017).

Le présent travail vise à élargir les analyses de ce concept au-delà des seuls pays anglo-saxons et à inclure la prise en considération des processus de problématisation à l'origine de ce phénomène. Toutefois, afin de ne pas diluer la valeur heuristique de ce concept, les analyses portant sur ce phénomène seront limitées aux processus de production légale de mesures particulièrement illustratives du système crimmigratoire, à savoir la détention administrative et l'expulsion d'étrangers. Ces deux instruments permettent en effet de rendre compte de ce que Stumpf (2013 : 8) considère comme les principaux processus par lesquels opèrent le système crimmigratoire, à savoir le recours à la privation de liberté en tant que forme de régulation de la migration et à l'expulsion d'étrangers découlant de condamnations pénales.

⁶ Ce droit dual (« *dual law* ») a également été théorisé par Julia Eckert au travers du concept de *dual law* (Eckert 2008).

3. Méthodologie

3.1 Une analyse sociologique du droit des étrangers

Afin d'être en mesure de faire ressortir les processus de problématisation de la présence d'« étrangers indésirables » et de l'élaboration de nouvelles mesures politiques pour y répondre, notre choix s'est porté sur l'analyse du processus d'élaboration du cadre légal des politiques migratoires en Suisse. La prise en compte de l'élaboration de projet de loi par le Conseil Fédéral ou par le biais d'initiatives populaires, des débats au sein du Parlement qui y font suite et enfin de la jurisprudence du Tribunal fédéral apparaît en effet comme particulièrement adaptée afin de faire ressortir les processus par lesquels sont problématisées et instaurées de nouvelles politiques relatives à la présence d'« étrangers indésirables ».

Le Parlement fédéral a à ce titre été considéré comme un lieu particulièrement propice à l'analyse de la production et la légitimation de nouvelles rationalités et techniques propre au gouvernement des étrangers indésirables en Suisse. Eric Landowski (1977), dans un article intitulé « *Le débat parlementaire et l'écriture de la loi* », note deux principales approches dans le champ des études parlementaires. La première approche, liée aux sciences juridiques, tend à analyser le discours juridique dans son unité. La seconde, issue des sciences politiques, se focaliserait quant à elle sur les divergences émergeant au sein du débat politique qui s'y déroule. En raison de l'objectif consistant à mettre en évidence les discours et rationalités par lesquels sont produits et légitimés certains modes de gouvernement, ce sont sur les lignes d'argumentations générales et communes aux différents acteurs parlementaires, plutôt que sur les divergences pouvant existées entre les différents acteurs et partis, que notre attention s'est focalisée. Si, dans les termes de Landowski (1977), notre approche se situerait dans le champ des sciences juridiques, c'est bel et bien le caractère politique du discours parlementaire, la formation de rationalités et techniques de gouvernement qu'il permet de légitimer au sein d'un régime démocratique, qui nous intéresse tout particulièrement. A ce titre, l'appellation de « sociologie politique du droit » de Jacques Commailles (1994) permet de souligner le caractère politique du juridique. Ainsi pour reprendre les mots de cet auteur :

« La production des lois nous intéresse ici non pas strictement en référence aux préoccupations de la sphère juridique, mais dans la mesure où elle participe d'une analyse de l'autorité et du pouvoir. (Commailles 1994 : 31) »

La production juridique est donc bel et bien analysée en référence à ces finalités politiques. Commaille (1994 : 34) inscrit ainsi son approche dans la tradition wébérienne d'une sociologie de la domination, où la rationalisation du droit participe de la légitimation et de l'exercice par l'Etat de la contrainte physique dont il a le monopole. Le droit en tant que « principe de gouvernement » et « langage de pouvoir et du pouvoir » (Assieu-Andrieu 1989, cité par Commaille 1994 : 33) apparaît donc comme une des principales formes de légitimation du pouvoir.

Si le Parlement est donc certainement le lieu central où peuvent être analysées la production et la légitimation de nouvelles formes de gouvernement, il ne faut pas pour autant négliger le rôle que le pouvoir exécutif joue en son sein. Kriesi affirme à propos de la Suisse que si, en

tant que « régime parlementaire », le Parlement paraît dominer le « pouvoir exécutif », la position du pouvoir législatif s'est progressivement affaiblie au point de moins en moins jouer le rôle initialement prévu par ces fondateurs en 1848 (1998 : 171). Selon cet auteur, cette évolution est en grande partie due à la complexification croissante du processus politique face auquel les membres d'un parlement de milice (n'exerçant cette activité qu'à titre secondaire) se retrouvent de plus en plus démunis. En se référant déjà à ce que notait Schumann (1971 : 173) avant lui, cet auteur confirme que l'ensemble du processus législatif dépend du pouvoir exécutif, qui peut accélérer ou ralentir un projet de loi, ou encore n'adopter que partiellement les propositions soumises par le Parlement pour y adjoindre ces propres idées. D'après mes propres observations, le rôle du pouvoir exécutif dans le cadre du processus d'élaboration des lois va encore au-delà de cela, puisque c'est dans la grande majorité des cas celui-ci qui initie et rédige les nouveaux projets de loi qui seront finalement soumis au Parlement. L'administration joue ainsi un rôle fondamental aussi bien dans la production que dans la justification de ces modalités de gouvernement. A ce titre, les « messages du Conseil Fédéral » au Parlement représentent des documents particulièrement utiles pour l'analyse des rationalités par lesquelles est justifiée l'adoption de nouvelles techniques de gouvernement. Le « condensé » figurant en introduction de chaque message offre qui plus est une synthèse des principaux arguments employés afin de légitimer leur introduction dans la loi. Ces messages sont rédigés à l'attention du Parlement, en charge de voter dans un premier temps sur l'entrée en matière d'un projet de loi dans son ensemble. S'il est refusé, le projet est renvoyé au Conseil fédéral pour révision, alors que s'il est accepté, une discussion s'entame afin de valider, modifier ou supprimer, article par article, l'ensemble des propositions soumises au Parlement.⁷

Le rôle du pouvoir législatif ne consiste donc pas tant dans l'élaboration des lois, que dans la possibilité qui lui est donnée de modifier les propositions de loi faites par le pouvoir exécutif ou encore de chercher à mettre en œuvre celles faites par le biais d'initiative populaire. Au vu de l'ensemble des projets de loi analysés, il semble toutefois assez rare que le Parlement rejette en bloc un projet de loi soumis par le Conseil Fédéral. Les principales lignes argumentatives sont généralement reprises presque littéralement du Message du Conseil Fédéral par les rapporteurs des Commissions pour être présentées à l'ensemble du Parlement. Si les principaux arguments justifiant de nouvelles mesures ne sont que rarement contestés, les débats entre les différents camps portent généralement sur certains points ou articles spécifiques d'un projet de loi. Dans le cas d'initiatives populaires, un groupe de travail est le plus souvent constitué afin d'examiner les différentes options de transcription et d'application du projet soumis en votation.

Avant d'être débattu en session plénière, le projet de loi est discuté au sein d'une Commission parlementaire, formant un sous-groupe chargé d'étudier de manière plus particulière

⁷ Les projets sont par ailleurs discutés au sein des deux chambres du Parlement formant l'Assemblée fédérale, soit le Conseil national (formé par 200 députés répartis proportionnellement à la population de chaque canton), et le Conseil des Etats (constitué par 46 députés, soit deux par cantons et un par demi-canton, et ce indépendamment de leur population). Pour plus d'informations concernant le fonctionnement du Parlement suisse, voir l'ouvrage de référence de Kriesi (1998) ou encore celui de vulgarisation par Kucholl (2014).

l'ensemble du projet qui sera par la suite soumis à l'ensemble des députés lors des sessions plénières. Le projet de loi est alors présenté par le Président de la Commission, chargé de décrire le projet en explicitant les prises de positions de la Commission, ainsi que les éventuelles divergences sur l'ensemble ou partie du projet entre une minorité ou une majorité de la Commission. Les discussions au sein des Commissions parlementaires ne sont en principe pas accessibles au public, contrairement à celles en session plénière. Sur demande, il est toutefois possible d'accéder aux procès-verbaux de ces réunions qui sont retranscrits de manière synthétique. Dans le cadre de ce travail, certaines de ces discussions ont été obtenues et analysées lorsque, pour des points d'intérêts particuliers, les débats lors des sessions plénières semblaient laisser certaines zones d'ombre quant à la décision finalement adoptée. Les analyses effectuées ont toutefois principalement porté sur les débats lors des sessions plénières qui sont entièrement retranscrites au sein du Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, accessible sur internet.

Du fait de leur caractère public, différents auteurs ont souligné certaines des caractéristiques que revêtent les discussions ayant lieu dans ce cadre. Commaille (1994 : 14) considère, dans le cas français, que les prises de parole lors des sessions plénières de l'assemblée s'apparentent à une mise en scène et en forme du discours à l'attention d'un public extérieur, plutôt qu'au lieu où serait vraiment discutée et décidée l'orientation de nouvelles lois. Marc Abélès, dans un chapitre de son ouvrage intitulé « *Un ethnologue à l'Assemblée* » consacré à la « fabrique des lois » en France, va dans le même sens en soulignant ainsi le caractère ritualisé des prises de paroles qui ont lieu dans ce cadre et dont chacun connaîtrait d'avance l'ordonnance et la finalité (Abélès 2000 : 141). Cet auteur met principalement en avant la fonction de renforcement du sentiment d'appartenance des membres de l'Assemblée que ce rituel permettrait, en réaffirmant le bien-fondé des positions initiales défendu par chacun des partis. Selon ma propre lecture, ce rituel pourrait également être plus généralement inscrit dans celui de la légitimité du fonctionnement de nos démocraties, dont l'Assemblée constitue très certainement l'une des institutions centrales. Ainsi, par leur validation au sein de cet espace, les mesures seraient en quelque sorte consacrées par le sceau de la démocratie. Si les sessions plénières de l'Assemblée n'apparaissent pas comme le lieu où pourraient le mieux être analysés pourquoi et comment sont prises de nouvelles mesures vis-à-vis d'une problématique particulière, ces sessions représentent selon moi un intérêt tout particulier lorsqu'il s'agit de faire ressortir la manière dont les décisions et leurs justifications, effectuées en amont au sein de l'administration, sont progressivement polies au travers du rituel parlementaire jusqu'à revêtir l'éclat nouveau de la légitimité démocratique.

Le dernier acteur du processus législatif qui a également été pris en considération dans le cadre de ce travail, au niveau de l'analyse de sa jurisprudence, consiste dans le pouvoir judiciaire représenté en Suisse par le Tribunal fédéral. Composé de 38 juges permanents élus pour 6 ans par le Parlement, le Tribunal fédéral représente l'instance juridique suprême au niveau national. Il est principalement chargé de statuer sur les recours contre les décisions rendues au niveau des tribunaux cantonaux. Par les décisions qu'il rend au travers de sa jurisprudence, cette instance juridique joue également un rôle important dans le processus d'élaboration légale, au travers du travail de définition et de précision du cadre légal adopté

par le Parlement et mis en œuvre par le Gouvernement. Dans ses jugements relatifs à la bonne application d'une loi, le Tribunal fédéral prend fréquemment en point de référence les débats parlementaires ayant conduit à son adoption pour mieux préciser le sens de son application. Il arrive aussi que les décisions prises par le Tribunal fédéral amènent à adapter le cadre légal en vigueur afin de le faire mieux correspondre à la volonté du législateur ou encore à un cadre légal supranational. Les raisonnements qui sont tenus au sein de la jurisprudence cherchent à mettre en évidence les motifs ayant présidé à l'adoption de normes légales, afin de statuer sur les éventuels écarts avec lesquels celles-ci sont mises en œuvre par l'administration.

3.2 Sélection des données

Le choix de se concentrer sur la détention administrative d'étrangers et les procédures d'exécution du renvoi d'étrangers en Suisse s'est fait sur la base de plusieurs considérations. La décision d'accorder une place particulière à l'analyse des politiques d'expulsion était motivée par l'importance qui était donnée à ces politiques au sein de la littérature afin d'attester des processus de sécuritisation ou des criminalisations de la migration. Les auteurs précités, comme Teresa Miller et Juliet Stumpf, avaient généralement fait recours à l'analyse de ces instruments dans le cas des USA afin de souligner les processus de convergence entre droit pénal et droit administratif à l'œuvre dans le gouvernement des populations étrangères. Le recours à la privation de liberté dans le cadre d'une simple procédure administrative a, par ailleurs, amené la détention administrative d'étrangers à être considérée, à elle seule, comme attestant du recours à des « moyens extraordinaires » de type sécuritaire. De manière similaire, le recours à des formes extrêmes de coercition physique dans le cadre de l'exécution des décisions de renvoi pour des motifs de plus en plus étendus a également été considéré comme attestant du caractère exceptionnel des mesures mises en place dans le cadre des procédures administratives de régulation migratoire. Du fait de la place qu'a pris le discours relatif aux instruments de l'« aide au retour » au sein du discours légitimant la « politique suisse de retour » dans son ensemble, il nous a paru nécessaire d'étendre notre analyse à une technique de gouvernement qui ne reposerait pas, selon le discours officiel, fondé sur la contrainte. La prise en compte de l'« aide au retour » nous a ainsi permis d'effectuer une analyse de l'ensemble des instruments de la « politique suisse de retour » à destination des migrants eux-mêmes.

Une fois ce domaine d'investigation circonscrit, l'ensemble des prescriptions légales au sein du droit fédéral des étrangers y étant relatives a été collecté. Du fait de notre volonté de comprendre l'émergence de la pratique dans un contexte donné et son évolution au fil du temps, ces bases légales ont fait l'objet d'une analyse diachronique depuis l'adoption de la première ordonnance fédérale sur la police des étrangers de 1917 jusqu'à l'adoption de la nouvelle loi fédérale sur les étrangers entrée en vigueur en 2008. Nous nous sommes donc attelés à l'analyse de l'ensemble des documents juridiques portant sur ces domaines depuis leur introduction au sein du droit fédéral des étrangers jusqu'à leur plus récentes réformes. L'inscription de formes de détention administratives d'étrangers et d'expulsion d'étrangers au sein des premières ordonnances fédérales relative au contrôle des étrangers, nous a amené à faire remonter nos analyses jusqu'au début du 20^e siècle. Depuis cette période, l'évolution de

la détention et de l'expulsion d'étrangers a donné lieu à l'analyse : de trois ordonnances fédérales ; d'une initiative populaire rejetée par le peuple ; de l'élaboration de la loi sur le séjour et l'établissement d'étrangers et des trois révisions fédérales qui l'ont touchées ; de l'introduction de la loi sur les mesures de contraintes en 1994 soumise à votation populaire ; de l'adoption des Accords sur la Libre Circulation des Personnes (ALCP) en 1999 ; de l'introduction de la nouvelles loi sur les étrangers entrée en force en janvier 2008 ; des modifications relatives à la Directive Retour transcrite dans le droit national en 2010 ; et enfin d'une initiative populaire acceptée par leur peuple portant « sur le renvoi des étrangers criminels ». On peut par ailleurs remarquer que le nombre d'articles de loi concernant les mesures d'expulsions au sein du droit suisse des étrangers n'a cessé de croître au fur et à mesure du temps. A titre d'exemple, alors que la détention administrative d'étrangers ne consistait qu'en un article au sein de l'ancienne loi sur le séjour et l'établissement d'étrangers, il concernait tout un chapitre de la nouvelle loi sur les étrangers.

Dans chaque bases légales, les projets de lois accompagnés du message du Conseil fédéral à destination du Parlement, les discussions au sein du Parlement et les articles de loi finalement adoptés ont été soigneusement compilés. Sur cette base, l'ensemble des débats ayant eu cours au sein du Parlement concernant l'adoption de ces normes légales a été compilé. Tous les débats parlementaires sont en effet retranscrits en intégralité au sein du Bulletin officiel de la Confédération, numérisés et mis à disposition du public sur internet au travers du moteur de recherche du Parlement fédéral. Les rapports des Commissions préparatoires n'étant, quant à eux, pas retranscrits dans leur intégralité ni mis à disposition du domaine public, ils ont également été obtenus auprès de l'administration fédérale afin de combler d'éventuelles zones d'ombres demeurant après l'analyse des débats parlementaires ayant lieu à l'Assemblée. Par ailleurs, la jurisprudence portant sur l'ensemble des décisions significatives du Tribunal fédéral au sujet de la détention administrative et l'expulsion d'étranger a également été insérée au sein de ce corpus d'analyse. Tous ces documents sont disponibles par internet sur les différents sites et moteurs de recherches de la Confédération, du Parlement et du Tribunal Fédéral. N'étant à l'origine pas familier avec les divers instruments de recherche juridique, une juriste avait été engagé pour plusieurs mois au sein du projet de recherche FNS afin de nous aider à recueillir le matériel nécessaire à nos analyses afin de nous assurer que nous ne laisserions pas échapper un article de loi ou un arrêt du Tribunal Fédéral fondamental pour le domaine traité. Pour la période récente, les rapports officiels concernant la mise en œuvre et l'évaluation de ces mesures, ainsi que les déclarations des responsables de ces politiques (lors de conférences, communiqué de presse ou d'entretiens aux médias) ont également été intégrés au sein du corpus d'analyse. Enfin, quelques « entretiens d'experts » (Meuser et Nagel 2009) avec des membres du Tribunal fédéral, de l'administration et du Parlement sont venus compléter les analyses effectuées afin d'éclairer certains points spécifiques en lien avec le contexte général du débat.

3.3 Méthode d'analyse

L'ensemble de ce corpus, qui représente près de 900 pages de documents officiels, a été regroupé dans un logiciel d'analyse de données qualitatives (MaxQDA). Ce logiciel a facilité

la création d'un système de codage, basé sur la méthode d'analyse propre à la *grounded theory* (Strauss et Corbin 1996). Celle-ci vise à coller au plus proche des données afin de faire progressivement ressortir des catégories d'analyse, desquelles pourront émerger concepts et théories. L'ensemble de ces données a été analysé lors d'une première forme de « codage ouvert » visant à faire ressortir certaines catégories récurrentes au sein de l'analyse. Ce premier *round* d'analyse a toutefois également permis de faire émerger des moments clés dans l'histoire législative de ces mesures qui devrait faire l'objet d'une attention particulière. Tel a été notamment le cas pour la détention administrative de l'introduction des « mesures de contraintes dans le droit des étrangers » en 1994, et de l'initiative populaire portant sur le renvoi des étrangers criminels en novembre 2010 pour ce qui est de la législation relatives au renvoi.

Sur cette base, un deuxième *round* d'analyse a été effectué en faisant usage des catégories ayant émergée au premier tour, mais également en faisant usage d'outils d'analyse découlant de nos questions de recherches. Comme mentionné plus haut, deux principales questions nous ont occupé durant l'analyse des données recueillies : i) comment est problématisée la présence d'« étrangers indésirables » sur le territoire ? ii) quel est le type de mesures qui sont proposées en réponse à leur présence ?

Une première partie du codage a suivi l'approche « What's the problem represented to be ? » (WPR) proposée par Bacchi (2012b) afin d'identifier de quelles manières étaient pensées ou problématisées les questions relatives à la présence d'étrangers indésirables en Suisse. Selon Bacchi (2012a : 4), chaque proposition de loi est un texte normatif dont découle une pratique reposant sur une forme de problématisation particulière. L'approche WPR s'appuie sur l'idée selon laquelle ce que nous disons vouloir faire indique ce que nous pensons devoir changer et, de ce fait, ce qui d'après nous constitue le « problème » (Bacchi 2012a : 4). Cette auteure propose de soumettre les données analysées à une série de questions telles que :

« (1) What's the 'problem' represented to be in a specific policy or policy proposal? (2) What presuppositions or assumptions underpin this representation of the 'problem'? (3) How has this representation of the 'problem' come about? (Bacchi 2012b : 21-22) »

Les textes de loi peuvent effectivement nous renseigner sur la manière dont est pensé le problème auquel ils sont censés apporter une solution. Il nous a ici semblé encore plus fécond de commencer par analyser la manière dont le Conseil fédéral, chargé d'élaborer le nouveau projet de loi, justifiait, au sein de son « Message », les modifications apportées et leurs nécessités. Puis d'examiner, dans un deuxième temps, la manière dont les parlementaires reprenaient et discutaient - principalement lors du débat d'entrée en matière - ces formes de problématisations. Le processus d'analyse et de codage de ce matériel a consisté à catégoriser de manière assez grossière les différents types de problèmes (économique, social, politique, sécuritaire, identitaire) que représentait, selon les discours des pouvoirs exécutif et législatif, la présence de ces catégories de la population. Par la suite, une analyse plus fine de diverses lignes argumentatives au sein de ces grandes catégories a été effectuée afin d'entrer plus en profondeur dans la substance des principaux arguments présentés.

Dans une deuxième phase, ce sont les solutions proposées afin de remédier aux « problèmes » préalablement présentés qui ont été l'objet d'une analyse particulière, au travers d'un processus de codage spécifique. Informé par les cadres d'analyse de la sécuritisation et au système de contrôle crimmigratoire, une attention particulière a été portée sur la nature administrative ou pénale des réponses offertes, ainsi que sur le type de logique (sécuritaire, criminelle ou autre) qui les fondait. La prise en compte de ce niveau d'analyse a porté principalement en une analyse approfondie des nouveaux articles de loi proposés, et ainsi que des discussions détaillées auxquelles elles donnaient lieu au sein du Parlement. Les divergences qui pouvaient être notée entre la manière dont la question était problématisée et le type de mesures qui étaient effectivement mises en place nous a ainsi permis de chercher à expliquer les éventuels décalages existant entre ces deux niveaux. Le processus de codage établissant la manière dont sont problématisées les questions relatives à la présence d'« étrangers indésirables », ainsi que le type de mesures proposées afin d'y apporter une solution, nous ont paru particulièrement à même de mettre en lumière les stratégies de gouvernement ayant pour cible les catégories d'« étrangers indésirables ». Par ailleurs, la perspective diachronique adoptée dans cette recherche ayant conduit à retracer l'évolution, nous a également rendu possible l'analyse de l'émergence ou la résurgence de diverses techniques de gouvernement des « étrangers indésirables » et la manière dont celles-ci ont évolué au fil du temps. La dimension historique des analyses présentées dans le cadre des trois articles qui constituent le corps de cette recherche ayant dû être passablement limitée, je conclurai cette introduction - après une brève revue de la littérature existante - en offrant une mise en contexte historique des différentes mesures qui seront ensuite approfondies.

4. Etat de la recherche

4.1 L'expulsion d'étrangers

Selon Coutin (2014), le champ des études sur l'expulsion (*deportation studies*) est né, au début des années 2000, du croisement entre les études sur les migrations (*migration studies*) et les études sur la sécurité (*security studies*). Un des articles fondateurs de ce champ d'études est certainement celui rédigé par Walters (2002), intitulé *Deportation, Expulsion and the International Police of Aliens*. Dans cette contribution, l'auteur prend une perspective historique très large des différentes formes d'expulsion ayant eu cours depuis l'antiquité jusqu'à aujourd'hui. Il définit la pratique contemporaine de l'expulsion d'étrangers par les Etats-Nations en utilisant le terme de *deportation*.

« In what follows I shall be taking deportation to refer generally to the removal of aliens by state power from the territory of that state, either 'voluntarily', under threat of force, or forcibly (Walters 2002 : 268) ».

Cette définition des politiques d'expulsion contemporaines d'étrangers est assez large pour qualifier les différentes mesures prises en considération dans le cadre de ce travail, puisqu'elle ne se limite pas aux renvois pour lesquels les autorités font un usage direct de la contrainte physique, mais permet aussi de qualifier les expulsions s'effectuant sous la menace du recours à la force, comme c'est le cas de la grande majorité des départs qualifiés de

« retours volontaires ». Par ailleurs, Walters (2002) emploie également cette définition des politiques d'expulsions afin de traiter la question de la « détention administrative d'étrangers » (ou, selon son propre vocabulaire, des « camps »), à laquelle il consacre la dernière partie de son article. Néanmoins, deux limites peuvent être soulignées concernant ce travail de définition. La première ne concerne pas tant le contenu de la définition que le terme choisi pour l'illustrer. En effet, du fait de l'association du terme de « déportation » (en français tout du moins) avec le déplacement de populations au sein de camps d'extermination nazis durant la Seconde Guerre mondiale, il apparaît plus à propos dans le cadre de ce travail de conserver en français le terme d'« expulsion » pour parler des phénomènes qualifiés par Walters à l'aide du terme de « deportation ». En outre, la définition de cet auteur n'est pas entièrement satisfaisante puisqu'elle se contente d'utiliser un synonyme de la notion d'expulsion - à savoir renvoi (*removal*)⁸ - pour qualifier le processus dont il est question plutôt que de le définir plus précisément. A ce titre, il serait probablement plus judicieux de faire usage de la réflexion autour des formes d'exclusion qu'instaurent ces diverses pratiques, telle que réalisée par Bloch et Schuster (2006) ou Achermann (2007, 2013), afin de qualifier le phénomène d'expulsion comme une forme d'« exclusion spatiale » du territoire de l'Etat. A l'aide de ces différents éléments, nous parvenons à une définition de l'expulsion en tant qu'ensembles de politiques mises en œuvre par le gouvernement avec pour fonction explicite l'exclusion spatiale de ressortissants étrangers de son territoire. L'idée de « fonction explicite » de ces politiques est employée dans cette définition en référence notamment à l'article de Leerkes et Broeders (2010) qui distinguent – comme nous le verrons plus tard de manière plus approfondie - les « fonctions explicites » des « fonctions implicites » que pourraient également remplir ces politiques.

Dans l'article de Walters (2002), l'expulsion d'étrangers y est analysée comme une pratique fondée sur le principe de souveraineté des Etats, dont découlerait leur droit à contrôler les individus qui peuvent ou ne peuvent pas demeurer sur le territoire national (Walters 2002 : 277). Cette pratique permettrait ainsi de renforcer l'image d'un monde divisé entre Etats-nations, en opérant une distinction claire entre les membres (les nationaux) et ceux qui n'en font pas partie, les étrangers (Walters 2002 : 282). Cette lecture de l'expulsion sera reprise et approfondie lors une contribution coécrite par Anderson, Gibney et Paoletti (2011), où la pratique d'expulsion est alors considérée comme étant au centre des processus de définition de la citoyenneté, agissant comme marqueur des frontières d'appartenance à l'Etat qu'elle institue.

L'un des principaux arguments que Walters (2002) soutient dans sa contribution porte par ailleurs sur le processus de « gouvernementalisation » de l'expulsion d'étrangers. Walters note à ce propos que, si l'expulsion d'étrangers concernait, au cours du 19^e siècle, principalement des « ennemis politiques » de l'Etat (agitateurs, révolutionnaires, etc.), cette

⁸ Le recours au qualificatif de « renvoi » me semble en outre inadéquat du fait de son caractère dépersonnalisant et euphémisant, qui explique certainement qu'il soit généralement préféré au sein des discours politiques et catégories administratives. Le terme de « renvoi » peut en effet également se référer à un objet inanimé (tel qu'un colis postal), et semble ainsi mal adapté pour illustrer une pratique pouvant avoir un impact aussi dramatique sur la vie des personnes et de leurs proches.

technologie de gouvernement a commencé à être employée au cours du 20^e siècle à l'encontre d'« ennemis sociaux » de l'Etat, représentés par différentes catégories d'« indésirables » et considérées comme une menace pour le bien-être de la population au travers du système économique et social du pays.

Les publications de Kanstroom (2000, 2007, 2012) ont également contribué à renforcer l'analyse de la pratique d'expulsion en tant que technique de gouvernement des populations étrangères. Cet auteur a en effet contribué à considérer le cas de l'expulsion d'étrangers dans le cadre plus général d'une réflexion sur la convergence entre droit pénal et droit des étrangers. Aux côtés d'autres auteurs tels que Pauw (2000) ou Barnes (2009), Kanstroom a plaidé pour que soit reconnue, dans le cas des USA, la nature punitive de l'expulsion d'étrangers (Kanstroom 2000, 2012). Dans son article *Deportation, Social Control and Punishment*, cet auteur commence par noter la convergence presque complète entre le système de justice criminelle et le régime d'expulsion aux USA (Kanstroom 2000 : 1891). Selon lui, l'expulsion d'étrangers consiste en effet en une forme de punition qui sert les fonctions d'incapacitation, de dissuasion et de rétribution propres au système pénal (Kanstroom 2000 : 1894). En effet, le caractère souvent disproportionné des mesures mises en œuvre à partir de la fin des années 1980 aux USA – rendant notamment « obligatoire » l'expulsion d'étrangers établis de longue date ayant commis des infractions sur le territoire (*mandatory deportation*) - aurait pour principale fonction de neutraliser la menace constituée par ces personnes, ainsi que de dissuader d'autres de commettre des délits similaires. Plutôt que de représenter un changement dans l'ouverture traditionnelle des USA face à l'immigration, Kanstroom considère que ces nouvelles politiques témoignent d'une volonté de condamnation morale (fonction rétributive) d'une catégorie indésirable de la population étrangère, dont l'Etat chercherait à débarrasser la société (Kanstroom 2000 : 1892). Sans remettre en cause l'objectif se trouvant derrière ce type de politiques, Kanstroom questionne, d'un point de vue légal et constitutionnel, la légitimité de mesures qui empruntent les méthodes et rationalités au système pénal tout en privant les individus des mêmes formes de protections constitutionnelles et procédurales incluses en son sein (2000 : 1892).

Par ailleurs, au travers de la distinction qu'il opère entre les fonctions de contrôle migratoire (*border control deportation*) et de contrôle social (*social control deportation*) que remplit l'expulsion d'étrangers aux USA, cet auteur apporte une clarification conceptuelle importante à ce débat. Ainsi, les réglementations instituant une expulsion de type « contrôle des frontières » correspondent à celles qui autorisent l'expulsion de personnes entrées illégalement sur le territoire, ou encore celle de personnes ayant violé les conditions liées à l'octroi de leur permis. Tout comme Walters (2002), Kanstroom (2000 : 1910) note un changement dans la réglementation liée à l'expulsion d'étrangers instaurée dans le cadre légal américain à partir du début du 20^e siècle. Ces nouvelles réglementations ont introduit un type d'expulsion qui consisterait, non plus tellement en une forme de contrôle des frontières, mais en un instrument de « contrôle social » des populations étrangères. Ces expulsions viseraient en effet à sanctionner la « mauvaise conduite » – et notamment l'accomplissement de délits – d'étrangers après leur établissement sur le territoire. Alors que le premier type d'expulsion (*border control deportation*) représente effectivement, selon Kanstroom, une forme de

régulation administrative de la présence d'étranger sur le territoire de l'Etat, la seconde (*social control deportation*) consiste en un instrument répressif visant à sanctionner le comportement de ressortissants étrangers sur le territoire, par le biais d'un régime administratif qui n'est pas soumis aux garanties et protections individuelles incluses au sein du droit pénal. A ce titre, l'auteur estime qu'il serait temps de reconnaître que l'expulsion employée à des fins de contrôle social s'apparente à une sanction, à laquelle devraient par conséquent être adjointes des garanties procédurales similaires à celle du droit pénal.

L'analyse de l'expulsion comme forme de contrôle des populations étrangères a également bénéficié de l'apport du concept de *deportability* (De Genova 2002 ; De Genova et Peutz 2010), qui a encore développé l'analyse réalisée au sujet des « techniques disciplinaires de gouvernement » des étrangers en se fondant là encore sur le cas des Etats-Unis. Selon cette analyse, la condition d'étrangers « expulsable » dans laquelle se trouveraient ainsi réduits les millions d'étrangers en situation de séjour irrégulier présents sur le territoire américain aurait pour principale fonction de garantir la docilité de ces travailleurs aux conditions d'exploitations économiques dans lesquelles ils sont ainsi maintenus. Des publications plus récentes au sein du champ d'études sur l'expulsion ont toutefois également cherché, en se fondant sur un travail ethnographique auprès des personnes concernées à remettre en question la toute-puissance des acteurs étatiques dans la mise en œuvre de ces pratiques, afin de mettre également l'accent sur l'autonomie et la marge de manœuvre des individus dans le cadre de ces politiques (voir notamment Achermann 2013, Drotbohm et Hasselberg 2015, Coutin 2015).

4.2 La détention administrative d'étrangers

L'intérêt académique pour les problématiques liées à la détention administrative d'étranger apparaît encore un peu plus récent que celui de l'expulsion. Des contributions de plus en plus nombreuses ont parues à partir de la seconde moitié des années 2000 dans diverses disciplines des sciences sociales et du droit (Silverman et Massa 2012 : 678). Il semble toutefois encore difficile d'affirmer qu'un champ d'études spécifique portant sur la détention administrative d'étrangers a émergé. En raison des liens forts avec la problématique de l'expulsion que la détention administrative chercherait à faciliter, les contributions sur cette thématique pourraient être considérées - au sein des sciences sociales en tout cas - comme une sous-branche des études sur l'expulsion.

Les articles et ouvrages portant sur la dimension juridique de la détention administrative d'étrangers ont notamment cherché à examiner la légalité de cette forme particulière de privation de liberté au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme (Teitgen-Colly 2007 ; Brian et Langford 2011 ; Bosworth 2011 ; Cornelisse 2012 ; Guild 2016). Cet examen a notamment conduit ceux qui s'y sont prêtés à tenter une définition de la détention administrative au travers des objectifs qu'elle poursuit et de ces modalités. Cornelisse définit ainsi largement la détention administrative d'étranger (ou *immigration detention*) comme une forme de privation de liberté relevant du droit administratif pour des motifs directement liés à la mise en œuvre de politiques migratoires (2010 : 6). En se fondant en partie sur un rapport

rédigé par Guild (2006 : 6) pour le compte du Parlement européen, Cornelisse (2010 : 8-22) distingue toutefois trois formes particulières de détention administrative d'étranger, en fonction de l'objectif particulier qu'elles remplissent. Les Etats auraient ainsi recours à la détention administrative d'étrangers, afin i) de contrôler l'arrivée des requérants sur le territoire (*pre-arrival detention*), ii) de garantir la présence des individus durant la procédure d'asile (*detention within the asylum system*), et enfin iii) de faciliter l'exécution d'une procédure de la procédure de renvoi (*pre-removal detention*). Bien que, comme le remarque Cornelisse (2010 : 8), ces distinctions se recoupent régulièrement dans la pratique, nous nous focaliserons, du fait de la problématique traitée dans ce travail, principalement sur la dernière forme de détention. Les chercheurs provenant de sciences juridiques, telles que le droit et la criminologie, ont toutefois également élargi leurs perspectives afin de couvrir plus largement les multiples questions que soulève cette problématique. Ainsi, ces auteurs en sont venus à également s'aventurer dans des domaines qui leur était moins familiers, tels que l'histoire (Wilsher 2012), les sciences et la philosophie politique (Cornelisse 2010 ; Wilsher 2012), où encore à prendre en compte le vécu des personnes en détention au travers d'une démarche ethnographique (Bosworth 2014).

Les recherches portant sur la détention administrative d'étranger au niveau des disciplines des sciences politiques et sociales (telle que les sciences politiques, la sociologie ou la géographie) ne sont toutefois pas non plus demeurées en reste. Dans un article fondateur sous-titré *The Rebirth of Immigration Prisons in the US*, Simon (1998) argue que depuis la naissance de la prison, aucune autre société que les USA ne s'était au préalable autant appuyée sur l'incarcération afin de gouverner une part aussi importante de sa population lors de ce dernier quart de siècle (1975-2000). Si dans ce contexte, la part des étrangers détenus sous régime administratif reste passablement marginale, l'auteur n'en estime pas moins que la détention administrative d'étrangers représente une mutation importante de l'enfermement en tant que technologie moderne de gouvernement (Simon 1998 : 599). La détention administrative apparaîtrait comme une tentative de renforcement du pouvoir souverain de l'Etat (Simon 1998 : 602). Il met à ce titre en évidence de nombreuses similitudes entre l'usage qui est fait de la détention administrative d'étrangers et des pratiques qui caractérisaient l'enfermement durant la période monarchique en France, telle que le fait de pouvoir être ordonné pour des périodes indéfinies. Comme dans le cas des lettres de cachet durant l'Ancien Régime permettant l'enfermement sans procès de personnes jugées indésirables par le pouvoir, la détention administrative résulterait d'une demande pour le maintien d'un ordre social outrepassant les procédures ordinaires. Bosworth et Kaufman (2011 : 430) notent avec étonnement le peu de travaux ayant suivi la piste tracée par Simon à la fin des années 1990. Il doit néanmoins être fait ici mention de l'article de Leerkes et Broeders (2010) explorant les « fonctions informelles » de la détention administrative d'étrangers. En plus de l'objectif affiché de la détention administrative d'étrangers devant rendre possible l'exécution des renvois, ces auteurs arguent que la détention administrative pourrait de manière tacite notamment viser au contrôle d'une population étrangère précarisée, ainsi que de la réaffirmation symbolique du pouvoir souverain de l'Etat dans un contexte marqué par la crainte d'une immigration incontrôlable.

Au niveau de la littérature francophone, la question de la détention administrative d'étrangers a été principalement traitée sous l'angle de la question de la réapparition des « camps » et en tant qu'actualisation d'un « état d'exception » (Agamben 1998). Cet angle de vue a donné lieu à de nombreux ouvrages à partir de la moitié des années 2000 (voir notamment Caloz-Tschopp 2004 ; Valluy 2005 ; La Cour Grandmaison et al. 2007 ; Bernardot 2008). Selon Bietlot (2005 : 224), l'utilisation du terme de « camp » n'est pas effectuée en référence aux camps d'extermination nazis, ni à des camps de travaux forcés, mais afin d'illustrer - sans faire recours à des euphémismes employés par les gouvernements afin de banaliser le phénomène - une tendance actuelle de la politique migratoire européenne visant « au maintien sous contrôle d'humains indésirables ». La distinction entre les types de camps ayant existé par le passé et ceux de la période actuelle est généralement effectuée au travers de l'analyse des *fonctions* auxquelles sont dévolus ces espaces. Ainsi, d'autres fonctions que celles d'exploitation des « goulags » ou d'extermination des camps nazis sont mises en avant en ce qui concerne les « camps d'étrangers ». Un premier type de fonctions sont celles liées aux objectifs de contrôle migratoire. Valluy (2005 : 11) affirme à ce titre que les camps d'étrangers actuels se distinguent de ceux du passé du fait de l'objectif d'*expulsion* qu'ils poursuivent. Bernardot (2007 : 43) met quant à lui en avant la fonction d'*isolement* et de mise à l'écart des étrangers que poursuivraient ces politiques. Par ailleurs, cet auteur estime que, si les politiques de confinement spatial d'étrangers poursuivaient en France des objectifs d'assistance jusqu'au début des années 1960, des objectifs liés au contrôle et à la surveillance des individus auraient progressivement été introduits au sein de ces politiques, jusqu'à en faire des mesures d'ordre principalement sécuritaires (Bernardot 2007 : 8). La contribution de Bietlot (2005 : 22) complexifie le débat en empruntant à Merton (1957) la distinction entre « fonctions manifestes » et « fonctions latentes » de la détention d'étrangers. L'auteur considère que les fonctions manifestes des camps d'étrangers consistent principalement à prévenir l'entrée de migrants irréguliers et à favoriser l'exécution du renvoi de migrants indésirables présents sur le territoire. Il souligne également les *fonctions latentes* que rempliraient également les camps d'étrangers au niveau : *symbolique* (dissuasion de futurs migrants à venir et affirmation du contrôle exercé par l'Etat), *politique* (renforcement de la cohésion nationale), *économique* (flexibilisation de la main-d'œuvre étrangère) et *policière* (récolte de données nécessaires au contrôle). Si l'énumération de ces fonctions couvre la plupart de celles généralement mises en évidence au sein de la littérature, cette contribution n'offre malheureusement pas d'analyse approfondie permettant d'attester le recours à la détention administrative selon ces diverses logiques.

La discussion qu'ouvre Agamben au sujet des « camps » amène toutefois la discussion dans une direction un peu différente puisqu'elle permet de reconnaître, au-delà de différences évidentes, certaines similitudes concernant la logique qu'instaurent les camps en tant que localisation et matérialisation d'un « état d'exception » permanent (Agamben 1998), et ce aussi bien pour la période actuelle que durant la Seconde Guerre mondiale. Si la réflexion du philosophe s'initie sur l'instauration des camps de concentration nazis, l'intérêt de la question réside, selon lui, moins dans les horreurs qui y sont survenues, que dans les mécanismes politico-juridiques qui les ont rendus possibles (Agamben 1998 : 97). Cet auteur affirme que l'institution des camps découle en effet d'un « état d'urgence » proclamé dans des

circonstances exceptionnelles liées à la guerre, qui se serait par la suite généralisé au traitement de populations civiles. Il remarque à ce titre que la base légale de l'internement à l'origine de la création des camps de concentration n'a pas été instaurée par le régime nazi, mais par le gouvernement social-démocrate dans les années 1920, à la faveur d'une prolongation d'un état d'urgence maintenu pendant plusieurs années après la fin de la guerre. Cette mesure était décrite comme une « détention de sûreté » (*Schutzhaft*) qui permettait d'enfermer des individus - au-delà de la perpétration de crimes – en vue de prévenir d'éventuelles menaces envers l'Etat (Agamben 1998 : 95). Il en conclut que l'institution du camp représente alors le lieu où un « état d'exception » est transformé en règle.

« *The camp is the space that is opened when the state of exception begins to become the rule. In the camp, the state of exception, which was essentially a temporary suspension of the rule of law on the basis of a factual state of danger, is now given a permanent spatial arrangement, which as such nevertheless remains outside the normal order. (Agamben 1998 : 96) »*

La réflexion qu'Agamben mène sur l'institution politico-juridique du camp l'amène à reconnaître cette institution dans tous les cas où l'ordre juridique normal est suspendu permettant aux autorités d'agir comme bon leur semble, et cela indépendamment du fait que des atrocités y soient finalement commises ou non (Agamben 1998 : 99). Il prend à ce titre comme exemple l'utilisation d'un stade à Barri, où des immigrants albanais avaient été maintenus par les autorités en vue de leur renvoi, ou encore des « zones d'attente » où des étrangers peuvent être détenus pendant plusieurs jours avant l'intervention des autorités judiciaires. La réflexion initiée sur la base de la question du camp prendra par la suite une importance fondamentale dans la pensée d'Agamben, qui analysera l'état d'exception « comme le paradigme de gouvernement dominant dans la politique contemporaine » (Agamben 2003 : 12).

De nombreux auteurs feront (plus ou moins explicitement) référence à Agamben, dans leur analyse de l'institutionnalisation de la détention administrative d'étrangers. Ainsi, Bernardot (2008 : 78) démontre que l'internement administratif d'étrangers en France trouve son origine dans la gestion de la population civile en temps de guerre, lorsque prévalait un droit d'exception lié au décret d'un état d'urgence. Lhuilier (2007) - retraçant l'origine historique de l'internement administratif au sein de camps dans le droit français – affirme quant à lui que si les camps représentaient une « politique de l'exception » au début du 19^e siècle, cette exception a été instaurée en tant que politique usuelle dès la fin des années 1980. Enfin, Fischer (2013) interroge, toujours dans le cas de la France, la détention administrative d'étranger comme un « lieu d'exception » au sein de l'espace démocratique. D'autres contributions analysant l'origine de la détention administrative d'étrangers comme une mesure d'urgence légitimée par un contexte extraordinaire qui a été normalisée et généralisée par la suite ont également été faites dans d'autres contextes, tels que celui du Royaume-Uni (Silverman 2014) ou de la Suisse (Senarclens 2013).

Bien qu'encore relativement peu développé, une littérature émergente au croisement entre la perspective des sciences sociales et du droit prend en considération la détention administrative sous l'angle d'approches théoriques inspirées par la perspective foucauldienne, telles que la « nouvelle pénologie » (Feeley et Simon 1992), le « gouvernement par le crime » (*governing*

through crime) (Simon 1997, 2001, 2007), la « culture du contrôle » (Garland 2001), ou le « système crimmigratoire » (*crimmigration system*) (Stumpf 2007). La contribution de Welch et Schuster (2005) a, à ce titre, certainement ouvert la voie en offrant une analyse comparative de la détention administrative d'étrangers aux USA et dans différents pays européens en s'appuyant sur le cadre théorique développé par Garland (2001). L'article de Leerkes et Broeders (2010), mettant en évidence les « fonctions implicites » et « explicites » de la détention administrative (là encore en s'inspirant de la distinction de Merton 1957) à l'aide des concepts de « culture du contrôle » et de « nouvelle pénologie », a représenté une nouvelle avancée dans cette direction. Le numéro spécial coordonné et introduit par Fischer et Darley (2010) a, quant à lui, cherché à attester du rapprochement entre droit pénal et administratif en se focalisant sur l'analyse de la mise en œuvre de ces politiques dans le cas français. Enfin, l'apport de Bosworth (2007, 2008, 2012, 2013) à cette problématique doit également être souligné. Cette auteure s'appuiera en effet encore sur l'apport théorique de Garland (1996, 2001) et Simon (1998, 2007) afin d'analyser la manière dont le développement de la politique d'immigration et d'asile au Royaume-Uni est influencé par la rhétorique et la politique de la justice criminelle (Bosworth 2008). Elle s'appuie pour ce faire plus particulièrement sur la question de la détention administrative d'étrangers dont elle souligne l'objectif de gouvernement et de contrôle social des populations visées (Bosworth 2007, 2008). Dans une autre contribution, Bosworth et Guild (2008) chercheront à ouvrir une autre direction dans les analyses portant sur la convergence entre droit pénal et administratif en considérant plus largement les fonctions de renforcement de la cohésion identitaire nationale que rempliraient également ces politiques au travers de l'exclusion d'une catégorie de la population étrangère. Cette auteure continuera toutefois à souligner l'apport des contributions de Simon afin de mieux rendre compte de l'augmentation importante du nombre d'étrangers incarcérés aux USA et de la convergence entre droit pénal et contrôle migratoire (Bosworth et Kaufman 2011). Elle complètera par ailleurs l'analyse de ce phénomène en rendant compte de la subjectivité des personnes concernées pour qui leur incarcération – même sous régime administratif – fait office de sanction (Bosworth 2012, 2013).

4.3 « Assistance au retour »

Le dernier instrument de cette « politique de retour » consiste dans les mesures généralement qualifiées de « programmes d'assistance au retour volontaire ». La littérature scientifique portant spécifiquement sur ces questions au niveau international est encore très embryonnaire. Elle a principalement amené à remettre en question le caractère « volontaire » des départs ayant lieu dans ce cadre (Blitz et al. 2005 ; Weber 2011) en questionnant notamment les logiques et intérêts potentiellement contradictoires qui opposaient les migrants à ces politiques (Senarclens 2010 ; Sinatti 2014). Le cas français a toutefois également donné lieu à un certain nombre de contributions allant dans un sens similaire en interrogeant les politiques connues sous le terme de co-développement (Daum 2002 ; Ndione et Lombard 2004 ; Courtin 2007 ; Flahaux et Kabbanji 2013). Des informations pertinentes à ce sujet peuvent également être trouvées au sein de rapports portant sur cette problématique et ayant été effectués pour ou par diverses organisations internationales ou administrations (Koser 2001 ; Gibney et Hansen 2003 ; IOM 2004 ; Black 2004 ; Kaser et Schenker 2008).

Bien qu'elles aient souvent amené à remettre en question le caractère volontaire des départs ayant lieu dans ce cadre, rare sont les contributions ayant cherché à offrir une alternative au terme de « retour volontaire » afin de qualifier ces politiques. Une contribution récente de Leerkes *et al.* (2016) fait à ce titre encore une fois exception en proposant d'abandonner le terme de « retour volontaire » au profit de celui de « *soft deportation* ». Allant dans un sens similaire le premier chapitre de ce travail cherchera à faire un pas de plus dans cette direction en insérant l'analyse des « programmes d'assistance au retour » dans le dispositif d'exclusion spatiale d'étrangers, afin d'en faire ressortir la particularité en tant que techniques de gouvernement des étrangers indésirables. D'après les analyses réalisées dans le premier chapitre de ce travail, il semble toutefois que les « politiques d'aide au retour » permettent d'illustrer la manière dont peuvent être mise en œuvre et se concrétiser les stratégies de dissuasions - connue aux USA sous le terme d'*immigration enforcement through attrition* ou plus laconiquement *self-deportation* - visant à pousser les populations étrangères indésirables à quitter d'elle-même le territoire national (Kobach 2007, Banks 2012, Garcia 2013).

5. Les politiques suisses d'exclusion spatiale en perspective

5.1 La Suisse et l'Europe : vers la fin d'une « exception suisse » ?

Ce travail de doctorat se concentre principalement sur les politiques de contrôles et d'exclusion spatiales des étrangers au sein du contexte suisse. Avant de procéder à un bref survol historique de la politique migratoire suisse et des principales mesures d'exclusion spatiale, il m'apparaissait nécessaire de commencer par souligner que la politique migratoire suisse ne peut, à l'heure actuelle, que difficilement être appréhendée en dehors du contexte européen.

La Suisse a longtemps aimé se penser comme un îlot indépendant et libre des pressions extérieures de l'Europe (Walter 2008). Il est toutefois rapidement apparu, au cours de mes recherches, que les analyses portant sur le contrôle et l'exclusion d'étrangers ne pouvaient faire l'impasse du contexte européen auquel la politique migratoire suisse est intimement liée (Fibbi et Cattacin 2000). Le *Sonferfall Schweiz* (« cas particulier de la Suisse »), concept nourri des idées d'indépendance politique et de neutralité de la Suisse vis-à-vis de ses grands voisins, fait en effet partie de la construction identitaire nationale du pays (Eberle et Imhof 2007). Ce discours est toujours très présent parmi les partis conservateurs et nationalistes, au premier rang desquels se trouve de l'UDC (Union Démocratique du Centre, où - traduit littéralement de l'allemand - « Parti du Peuple suisse »). Le discours sur la nécessité de préserver la souveraineté et l'indépendance vis-à-vis de l'Europe a été fréquemment mobilisé par ce puissant parti politique lors des discussions relatives à l'intégration de la Suisse à l'Europe, tel qu'en 1992 lors du refus par référendum de l'adhésion de la Suisse à l'Espace Economique européen (EEE), ou encore lors du rejet de l'initiative populaire « Oui à l'Europe » en 2001.

Du fait de la non-intégration de la Suisse au sein de l'UE, le pays s'est engagé dans une voie de négociations bilatérales en signant en juin 1999 une première série d'accords bilatéraux, comprenant notamment l'Accord de Libre Circulation des Personnes (ALCP).⁹ Un deuxième paquet d'accords bilatéraux avec l'UE ont été signés en 2004 et validés en votation populaire une année plus tard. Ceux-ci comprenaient alors un accord d'association à l'espace Schengen¹⁰ - intégrant la Suisse au sein d'un espace européen dépourvu de contrôle aux frontières - et aux conventions de Dublin¹¹ - posant les bases d'une politique d'asile commune au niveau européen. En tant que signataire de l'acquis Schengen, la Suisse s'est également engagée à suivre les développements futurs de cet accord, et a ainsi repris et intégré au sein de son cadre légal la directive « Retour ».¹² On se doit enfin de noter, à un autre niveau, qu'en tant que signataire de la Convention européenne des Droits de l'Homme (CEDH), la Suisse est de ce fait soumise aux jugements de la Cour européenne des Droits de l'Homme.

Ainsi l'« européanisation des politiques migratoires » (Guiraudon 2010) entraîne un processus de délégation de la souveraineté nationale des Etats à une sphère supranationale, que cela soit en vue d'offrir des droits plus harmonisés aux personnes séjournant sur leur territoire ou d'exercer un contrôle plus effectif sur les migrants. Comme le démontre le succès de la votation populaire du 14 février 2012 « Contre l'immigration de masse » qui remet en question l'ALCP entre la Suisse et l'UE, ou encore de manière plus spectaculaire la sortie programmée du Royaume-Uni de l'Union européenne suite au référendum de juin 2016, ce processus n'est pas linéaire et provoque des levées de boucliers au sein de divers Etats. Il apparaît néanmoins assez clairement que la politique des Etats ne peut plus être pensée uniquement dans le cadre restreint de leur politique nationale, mais doit également prendre en considération les influences extérieures au niveau européen, voire - comme le démontreront certaines contributions au sein de ce travail - outre-Atlantique.

Un élément qui demeure toutefois particulier au système de la démocratie directe suisse consiste dans le rôle offert à la population, au travers de la possibilité de recours à des initiatives populaires, de proposer des modifications de la Constitution fédérale. Cette particularité explique, selon D'Amato (2010), l'important degré de politisation des questions migratoires en Suisse et a - comme nous pourrons le constater notamment dans le troisième chapitre de ce travail - des conséquences particulières lors de l'analyse des processus d'élaboration de la politique migratoire suisse.

⁹ Accord du 21 juin 1999 entre la Suisse d'une part, et la CE sur la libre circulation des personnes (RS 142.03).

¹⁰ 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 oeuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen (RS 0.362.31).

¹¹ Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un Etat membre ou en Suisse (RS 0.142.392.68).

¹² Directive européenne 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.

5.2 Origine et survol de la politique suisse d'immigration

La politique fédérale suisse en matière de « contrôle » ou de « police des étrangers » à une longue histoire. Ces origines prennent racine dans le contexte extraordinaire de la 1^{re} guerre mondiale où les pleins pouvoirs ont été octroyés au Conseil fédéral (CF) afin de prendre « toutes les mesures nécessaires à la sécurité, l'intégrité et la neutralité de la Suisse »¹³. C'est dans ce contexte que le CF édicte, en 1917, la première « Ordonnance concernant la police à la frontière et le contrôle des étrangers ». Avant cela, la réglementation de l'entrée et du séjour d'étrangers était du ressort des cantons. Le déplacement de la réglementation des questions relatives à l'immigration du niveau cantonal au niveau fédéral a donc été légitimé par le contexte exceptionnel dans laquelle se trouvait le pays, afin de protéger la Suisse contre d'éventuels « dangers » provenant de l'extérieur.

« Quand la guerre eut atteint son apogée, en 1917, il devint clair que la Suisse ne sortirait pas d'embarras sans une réglementation de la police des étrangers par la Confédération. (...) De tous côtés, on comprit qu'il s'agissait d'une défense contre l'extérieur, dans laquelle la Suisse devait se montrer unie. »¹⁴

Cette ordonnance établissait un contrôle strict de l'entrée de ressortissants étrangers à la frontière suisse, effectué par les polices des cantons et l'armée. Elle instituait également la création d'une « police fédérale des étrangers » au sein du Département fédéral de Justice et Police.

Malgré la fin de la guerre, le pouvoir du CF dans la réglementation de l'entrée et du séjour des étrangers sera maintenu cinq ans après la fin du conflit. En effet, l'« Arrêté fédéral limitant les pouvoirs extraordinaires du Conseil fédéral du 3 avril 1919 » autorisera le CF à continuer à « prendre les mesures d'urgence nécessaires pour protéger la frontière et assurer la police de la frontière et des étrangers, ainsi que pour maintenir la tranquillité et l'ordre et sauvegarder les intérêts économiques du pays »¹⁵. C'est la prévention de l'entrée d'« étrangers indésirables » sur le territoire qui justifiera, selon le CF, le maintien de compétences extraordinaires à l'exécutif, et ce malgré la fin des conflits armés.

« Aussi au point de vue militaire notre tâche n'est pas encore complètement accomplie. Il est vrai que nous n'avons plus à craindre d'attaques à main armée contre notre pays. La protection des frontières doit néanmoins encore être maintenue pour empêcher l'entrée d'étrangers indésirables (...). »¹⁶

Cette catégorie d'« étrangers indésirables », employée au début du siècle de manière explicite, concernait déjà à l'époque plus particulièrement des étrangers dont l'absence de papiers d'identification rendait l'expulsion particulièrement difficile (Arlettaz 2000). Il s'agissait

¹³ Arrêté fédéral sur les mesures propres à assurer la sécurité du pays et le maintien de sa neutralité du 3 août 1914, article 3, p. 347. (Cité par Arlettaz 1991 : 14).

¹⁴ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 2 juin 1924 concernant la réglementation du séjour et de l'établissement des étrangers en Suisse par le droit fédéral p. 513-514.

¹⁵ Art. 3 de l'Arrêté fédéral du 3 avril 1919 limitant les pouvoirs extraordinaires du Conseil fédéral.

¹⁶ Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant limitation des pleins pouvoirs du Conseil fédéral du 18 décembre 1918, p.739. FF 1918 V 733.

alors d'étrangers rendus apatrides par les bouleversements politiques liés à l'effondrement de l'empire austro-hongrois et de la guerre en Europe.

Lorsqu'en 1923 seront finalement abrogées les ordonnances sur le contrôle des étrangers promulguées par le CF en vertu des pleins pouvoirs, celui-ci proposera une modification de la Constitution afin que puisse être maintenu le règlement des questions migratoires au niveau fédéral au-delà de la situation d'urgence qui l'avait vu naître. Ainsi dans son Message au Parlement, le CF justifiera l'extension de cette compétence au niveau fédéral en arguant que le contrôle migratoire, présenté comme une « lutte contre l'envahissement des étrangers », ne pouvait être dissocié de la mission première confiée à la Confédération consistant à assurer l'indépendance du pays contre l'étranger.

« D'autre part, les expériences faites pendant la guerre et depuis ont créé dans les cercles les plus étendus de la Suisse, la conviction que la lutte contre l'envahissement des étrangers est une tâche de la Confédération, et touche de très près le but de cette dernière : assurer l'indépendance de la patrie contre l'étranger, maintenir la tranquillité et l'ordre à l'intérieur (art. 2 de la constitution fédérale) et qui, en outre, ne saurait être sérieusement remplie sur le terrain cantonal. »¹⁷

C'est suite à l'acceptation de cette modification constitutionnelle et dans le cadre de ce débat très marqué par la crainte de l'*Überfremdung*¹⁸ que naîtra la première loi fédérale réglementant l'immigration en Suisse. Celle-ci sera adoptée en mars 1931 et restera en vigueur – au prix de nombreuses modifications - jusqu'en décembre 2007.

La nouvelle loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005, qui entrera en force en janvier 2008, consacrera le système d'immigration dual mis en place à partir des années 1990 et formalisé dans le cadre de l'Accord de Libre Circulation des Personnes (ALCP). L'entrée et le séjour des personnes provenant des pays de l'UE seront ainsi réglementés par l'ALCP, tandis que la loi sur les étrangers concernera les ressortissants extra-européens, afin de limiter leur entrée aux travailleurs hautement qualifiés. La restriction des canaux légaux d'immigration aux seuls ressortissants européens ou ressortissants d'Etats tiers hautement qualifiés entraînera l'illégalisation d'une partie de la migration de travailleurs non qualifiés, à qui il ne restera dans la grande majorité des cas plus que les voies d'entrée de l'asile ou de l'immigration clandestine afin d'accéder au territoire.

Si l'objectif n'est pas ici de retracer l'histoire de l'ensemble de cette politique, il peut être utile de considérer brièvement le développement de divers instruments et la manière dont ceux-ci ont récemment été regroupés afin de constituer ce qui est aujourd'hui présenté sous le

¹⁷ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la réglementation du séjour et de l'établissement des étrangers en Suisse par le droit fédéral du 2 juin 1924, p. 533.

¹⁸ Cette notion, difficilement traduisible en français signifiant littéralement « excès de ce qui est étranger », a fortement marqué le débat sur la politique migratoire suisse depuis ses origines (Kury 2003). Traduite par « infiltration étrangère », « altération de l'identité nationale », ou plus récemment « surpopulation étrangère », cette notion a été déclinée suivant les périodes et contextes en lien avec de multiples dimensions : économique, politique, démographique et culturelle. Si les années 1960 avec les initiatives populaires « contre la surpopulation étrangère » marquent la fin de son utilisation explicite dans le débat politique et médiatique commun, cette idée n'en continue pas moins à apparaître en filigrane de nombre de débats relatifs à l'immigration en Suisse, telle que dans le cas de l'initiative populaire de février 2012 « contre l'immigration de masse ».

terme euphémisant de « politique suisse de retour ». J'arguerai ici que cette politique est le fruit de l'assemblage de diverses mesures d'exclusion de catégories « indésirables » d'étrangers qui sera présentée au cours des années 2000 comme un ensemble cohérent visant à rendre possible l'expulsion des étrangers n'ayant plus d'autorisation de séjour ou encore ayant commis des infractions sur le territoire. Cette politique comprend ainsi les lois et mesures relatives à l'expulsion d'étrangers en tant que telle, mais également les diverses mesures dont l'objectif est de contraindre ou d'amener les étrangers en question à se soumettre à l'obligation de quitter le territoire qui pèse sur eux.

L'expulsion d'étrangers

Les lois relatives à l'expulsion des étrangers représentent les mesures fédérales les plus anciennes parmi celles constituant la « politique suisse de retour ». Avant même l'élaboration d'une politique fédérale en matière d'immigration, la Constitution fédérale de 1874 prévoyait à son article 70 que : « *La Confédération a le droit de renvoyer de son territoire les étrangers qui compromettent la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse.* » Cet article permettait au Conseil fédéral d'ordonner l'expulsion d'étrangers lorsque ceux-ci présentaient une menace pour la sécurité de l'Etat, sans qu'aucune possibilité de recours n'existe face à cette décision.¹⁹ Du fait de son caractère exceptionnel, cette forme d'expulsion – qualifiée d'« expulsion politique » - a surtout été employée dans des périodes de troubles (Malinverni 1987). Près de cinq cents étrangers avaient été expulsés par l'entremise de cet article durant la Seconde Guerre mondiale, alors qu'on en dénombre guère plus d'une dizaine depuis lors (Nguyen 2011).²⁰ Malgré cela, l'expulsion politique a été conservée dans la Constitution fédérale jusqu'à aujourd'hui.²¹ Une forme d'expulsion très similaire, mais contre laquelle il est possible de faire recours, a par ailleurs été introduite dans le droit des étrangers par l'introduction de l'article 68 de la loi sur les étrangers.²² C'est d'ailleurs la seule mesure qui devrait - selon l'acceptation officielle - être qualifiée d'« expulsion », les décisions relatives au départ d'étrangers n'ayant plus d'autorisation de séjour étant qualifiée de « renvoi ». Comme stipulé précédemment, nous privilégierons lors de ce travail l'emploi du terme d'« expulsion d'étrangers » en tant que catégorie d'analyse (voir notamment note de bas de page 6). Nous emploierons néanmoins le terme de « renvoi » pour faire référence aux catégories administrativo-légales émiques.

A ce premier type d'expulsion est venue s'ajouter une forme d'« expulsion administrative » inscrite au sein de la première loi fédérale réglementant l'immigration datant de 1931. Cette forme d'expulsion pouvait être prononcée par les autorités en charge du contrôle migratoire

¹⁹ Cette absence de voie de recours a amené la Suisse à émettre une réserve sur ce point lors de la Convention européenne des Droits de l'Homme (CEDH) du fait de son incompatibilité avec l'article 1 de son protocole additionnel n°7. Malgré cette incompatibilité, cet article a été maintenu lors des dernières révisions constitutionnelles.

²⁰ La dernière en date remonte à l'expulsion de Maurice Papon en 1999.

²¹ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Etat le 1er janvier 2016). Article 121 : Législation dans le domaine des étrangers et de l'asile : « Les étrangers qui menacent la sécurité du pays peuvent être expulsés de Suisse (RO 1999 2556). »

²² Loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (Etat le 1er octobre 2016). Article 68 : Expulsion : « Fedpol peut, après avoir consulté le SRC, expulser un étranger pour maintenir la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse (RO 2007 5437). »

pour des motifs liés à une condamnation pour des crimes ou délits, à la dépendance à l'assistance sociale ou encore, comme il sera formulé lors d'une révision de la loi en 1948 : « *Si sa conduite, dans son ensemble, et ses actes permettent de conclure qu'il [l'étranger] ne veut pas s'adapter à l'ordre établi, dans le pays qui lui offre l'hospitalité, ou qu'il n'en est pas capable* ». Cette formulation a le mérite de rendre particulièrement évident le type d'expulsion portant sur le contrôle social des étrangers (*social control deportation*) qui a été également mis en place également au début du 20^e siècle aux USA (Kanstroom 2000 : 1910, 2010). A ce titre, Walters (2002) constate également que le passage d'« expulsions politiques » (pouvant être ordonnées à titre exceptionnel par le Conseil Fédéral en cas de menace à la sécurité de l'Etat) vers des « expulsions administratives » (prononcées par la « police des étrangers » pour des motifs de sécurité et d'ordre public) représente un tournant dans la pratique des Etats ayant eu lieu à un niveau plus général entre le 19^e et le début du 20^e siècle.

Un dernier type d'expulsion devant être signalé est celui de l'« expulsion judiciaire » qui pouvait être prononcé au titre de l'article 55 du Code pénal suisse. L'évolution de l'« expulsion judiciaire » et son recoupement avec l'« expulsion administrative » faisant l'objet d'un chapitre spécifique de ce travail, je ne développerai pas ces points lors de cette introduction. Je voudrais simplement constater ici que les mesures fédérales liées à l'expulsion d'étrangers ont une histoire longue et complexe derrière elles. Ce n'est que beaucoup plus récemment que ces mesures ont été encadrées de tout un dispositif permettant aux autorités de recourir aussi bien à des formes de mesure de privation de liberté et à divers degrés de coercition physique qu'à des programmes visant à favoriser des départs qualifiés de « volontaires ». C'est à l'analyse de ce dispositif de contrôle, de mise à l'écart et d'éloignement des « étrangers indésirables » qu'est consacré le présent travail. La prise en compte de l'ensemble de ce dispositif dans sa totalité, en se focalisant sur les liens que les diverses mesures entretiennent, à laquelle se livre le premier chapitre de ce travail apparaît à ce titre essentiel.

Privations de liberté relevant du droit des étrangers

Le deuxième instrument compris au sein de ce dispositif de contrôle et d'exclusion des étrangers indésirables consiste dans le régime administratif de privation de liberté des « étrangers indésirables ». La privation de liberté de ressortissants étrangers au titre du droit administratif des étrangers possède, tout comme l'expulsion d'étrangers, une longue histoire au sein de la politique migratoire suisse. La première trace que l'on en trouve dans le droit fédéral des étrangers remonte là encore à l'Ordonnance sur le contrôle des étrangers de 1917 promulguée par le CF en vertu du régime des pleins pouvoirs. L'article 29 de cette ordonnance stipule en effet que « *si l'expulsion ne peut être exécutée, les expulsés sont internés (...) dans un établissement approprié à cette destination.* » Les restrictions ou privations de liberté de ressortissants d'étrangers au titre de mesure de l'« internement » étaient alors justifiées par l'impossibilité d'exécuter la décision d'expulsion de l'étranger concerné et par le contexte exceptionnel lié au conflit mondial au milieu duquel la Suisse se trouvait alors plongée. C'est de ce contexte particulier que découlait la menace potentielle de laisser circuler sur le territoire des ressortissants « indésirables » de pays voisins en guerre,

qui légitimait alors le recours à la restriction de liberté. Néanmoins, lorsque sera discutée la pérennisation de cette mesure d'exception au sein de la loi fédérale relative au contrôle des étrangers de 1931, il ressort des débats parlementaires de l'époque que cette mesure est alors conçue comme un instrument visant à contraindre les catégories d'étrangers indésirables d'alors (ces étrangers devenus apatrides suite au conflit mondial) de collaborer activement à l'obtention de documents d'identité nécessaires à l'exécution de leur renvoi.

« Quel est le but de cette mesure d'internement ? M. le conseiller fédéral Häberlin nous dira que l'internement a pour but de forcer l'étranger à faire un effort considérable, tout l'effort possible, pour obtenir un passeport. (M. le conseiller fédéral Häberlin fait des signes affirmatifs.) Je constate que nous sommes d'accord. Mais si tel est le cas, j'estime que l'épreuve d'une année est largement suffisante. » Jacques Dicker, Parti Socialiste, Conseil national, 29.09.1930, p. 632.

A ce titre, l'internement administratif d'étrangers peut bel et bien être considéré comme étant à l'origine des formes de détention qui seront introduites au sein du droit des étrangers bien des années plus tard. Ce n'est qu'en 1986 que sera introduite la « détention administrative d'étrangers » dans le contexte d'un débat sur l'augmentation du nombre des demandes d'asile et des difficultés liées à l'exécution des décisions de renvoi, qui ne cessera de gagner en relief. Cette mesure autorisait alors les autorités à détenir pour une durée maximale de 30 jours des personnes dont la décision de renvoi était exécutoire, s'il existait de fortes présomptions qu'elles cherchaient à se soustraire à leur renvoi.²³ Ce ne sera d'ailleurs que lors de cette même révision de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE) de 1931, que sera finalement explicitement stipulé dans la loi que l'internement d'un étranger ne peut être ordonné que dans le cas où celui-ci représente une menace pour la sécurité de l'Etat ou l'ordre public.²⁴

Durant une courte période allant de 1986 à 1994, il existe donc dans le droit suisse des étrangers deux mesures clairement différenciables pouvant amener à priver de leur liberté des ressortissants étrangers suite à une décision administrative du droit des étrangers. La première, l'internement, peut être ordonnée pour une durée maximale de deux ans lorsque l'expulsion d'un étranger représentant une menace pour la sécurité ne peut pas être exécutée. La seconde – la détention en vue du renvoi – peut quant à elle être ordonnée pour une durée maximale de 30 jours lorsque la décision de renvoi est exécutoire, mais qu'il existe de forte présomption que la personne concernée entende se soustraire aux autorités empêchant celle-ci de pouvoir effectivement la mettre à exécution.

Cette distinction claire entre ces deux formes de privations de liberté relevant du droit des étrangers se verra toutefois mise à mal par l'introduction de la loi fédérale sur mesures de contraintes au sein du droit des étrangers (LMC) de 1994. Le deuxième chapitre de ce travail

²³ Loi fédérale sur le séjour et l'établissement d'étrangers (LSEE) du 26 mars 1931 (Etat le 1^{er} janvier 1988). Article 14 al. 2-3: «2. Si le renvoi ou l'expulsion de l'étranger est exécutoire et s'il y a de fortes présomptions que celui-ci entend se soustraire au renvoi, il peut être mis en détention. L'autorité cantonale ordonne la mise en détention. 3. Une détention ne peut être prolongée au-delà de 48 heures que sur l'ordre d'une autorité judiciaire cantonale. La détention ne doit en aucun cas excéder 30 jours. »

²⁴ *Ibid.* Article 14. a) «Si le renvoi n'est ni possible, ni raisonnablement exigible, l'Office fédéral de la police décide d'une admission provisoire ou d'un internement c) al. 2: L'Office fédéral de la police interne un étranger dans un établissement approprié, s'il a. compromet la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse ou la sûreté intérieure d'un canton; b. met gravement en danger l'ordre public par sa présence. »

offrant une discussion approfondie de l'évolution de la détention administrative d'étrangers à partir de cette période, je ne m'étendrai pas sur cette question dans le cadre de cette introduction. J'arguerai néanmoins ici que l'introduction des mesures de contraintes dans le droit des étrangers a amené – en même temps qu'elle a formellement supprimé l'internement du droit des étrangers – à réintroduire les moyens et objectifs poursuivis par cette mesure au sein de la détention administrative d'étrangers. En effet, l'internement d'étrangers, fondant la privation de liberté sur l'impossibilité du renvoi, apparaissait alors comme difficilement compatible avec l'article 5 lettre f de la Convention européenne des Droits de l'Homme (CEDH)²⁵ autorisant la détention d'étrangers dont le renvoi est en cours d'exécution (Zünd 2007 : 98). Néanmoins, la durée maximale particulièrement longue,²⁶ l'objectif consistant à contraindre les requérants à se soumettre à l'obligation de collaborer qui sous-tend l'ensemble du projet de loi,²⁷ ainsi que le contexte du débat relatif à la criminalité des requérants d'asile et à la menace à la sécurité et à l'ordre public qu'ils représentaient dans lequel ces nouvelles mesures avaient été introduites²⁸ rendent difficiles de ne pas faire le rapprochement entre la détention administrative d'étrangers et la mesure d'internement qui l'avait précédée.

Il serait à ce titre intéressant de pouvoir poursuivre une analyse diachronique et comparative entre les formes d'enfermement ayant eu cours en Suisse durant la première moitié du 20^e siècle et connue sous le nom d'internement. Si le manque de sources et de recherches historiques sur l'application de ces formes d'enfermement rend mal aisée la conduite de ce type d'analyse, la prise en considération du régime légal et de son évolution a permis de mettre en évidence certaines modifications mais aussi certaines survivances entre le régime de l'internement et celui de la détention administrative. Ainsi, la prise en considération du régime légal des droits humains a contraint la Suisse à supprimer le régime de l'internement autorisant l'enfermement de personne ne pouvant pas être renvoyé mais constituant une menace pour l'Etat. La logique sécuritaire sur lequel il se fondait s'est retrouvée au sein des mesures qui ont été introduites au même moment que sa suppression formelle, mais ne pouvant être prononcé qu'à l'encontre de personnes dont la procédure de renvoi était en cours. On peut toutefois constater à l'aide des débats parlementaire portant sur l'introduction de la mesure d'internement au sein du régime normal du droit des étrangers que l'objectif consistant à contraindre l'individu à collaborer dans le cadre de sa procédure de renvoi était déjà bien présent dans la mesure d'internement. Le type de menace visée par ces mesures était

²⁵ Convention européenne des Droits de l'Homme. Article 5 §1: «Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales : (...) f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours. »

²⁶ La durée maximale de détention avait été fixée à une année en 1994, mais sera étendue à deux ans lors de l'adoption de la nouvelle loi sur les étrangers de 2004, avant d'être finalement raccourcie à 18 mois du fait de la transcription de la directive « Retour » au sein du droit national.

²⁷ «*Le but de l'exercice n'est pas que les personnes restent jusqu'à la fin de cette période. (...) il consiste plutôt à ce que les personnes acceptent de partir plus tôt parce qu'elles savent qu'elles peuvent rester si longtemps en détention.* » Conseiller fédéral Blocher (UDC), Conseil des Etats, 17.03.2005, p. 377. (Traduction de l'auteur.)

²⁸ «*Ce sont les polémiques suscitées par le problème des requérants d'asile coupables d'infractions en rapport avec les milieux de la drogue qui ont déclenché l'élaboration du présent projet de loi.* » Message du Conseil fédéral à l'appui d'une loi fédérale sur les mesures de contrainte en matière de droit des étrangers du 22 décembre 1993, p. 317.

toutefois bien moindre, passant de menace à la sécurité nationale à des atteintes à la sécurité et l'ordre public.

Politique suisse d'« aide au retour »

Enfin, la dernière et la plus récente des mesures comprises dans l'analyse de la constitution d'une « politique suisse de retour » consiste dans les différentes mesures ayant pour objectif d'inciter les catégories d'« étrangers indésirables » à quitter le territoire sans que les autorités aient à faire un usage de la coercition physique. Le premier chapitre de cette thèse de doctorat développe l'argument selon lequel ces mesures ne devraient en réalité pas être limitées à ce qui est connu en Suisse sous le nom de politique d'« aide au retour » ou encore selon le vocabulaire des organisations internationales de « programme d'assistance au retour volontaire ». Il y est en effet argué que ces formes d'assistance et d'incitations matérielles au retour s'imbriquent dans un étau de contraintes juridiques (illégalisation du séjour), matérielles (suppression de l'aide sociale) et psychologiques (menaces de recourir à la détention et aux procédures d'expulsion) sans lesquelles ces programmes d'assistance au départ « volontaire » n'auraient simplement aucun caractère incitatif (Koser 2001). Cette introduction ne vise, encore une fois, pas à répéter ce qui sera développé par la suite, mais offre néanmoins la possibilité de replacer ce qui sera discuté plus en détail au sein du contexte national et historique qui a présidé à son élaboration.

La politique suisse d'« aide au retour » s'est progressivement développée à partir du milieu des années 1980 afin de favoriser le retour de personnes relevant du domaine de l'asile. Il est intéressant de remarquer que c'est également en 1986 - parallèlement aux révisions introduisant la détention administrative au sein du droit des étrangers et toujours en lien avec les discussions relatives à l'augmentation du nombre de demandes d'asile et aux difficultés de l'exécution du renvoi des requérants déboutés - que sera introduite une première disposition sur l'octroi de l'aide au retour au sein de la loi fédérale sur l'asile (Rüko 2009 : 10). En 1987 sera lancé le premier programme fédéral d'assistance au retour à l'égard de ressortissants chiliens, réalisé en collaboration avec l'actuelle Organisation internationale pour les migrations (OIM). Ce n'est toutefois que dix ans plus tard que sera institutionnalisé l'octroi d'une aide au retour accessible – sous certaines conditions - à l'ensemble des personnes relevant du domaine de l'asile (Kaser et Schenker 2008). C'est suite au « succès » (évalué en fonction du nombre de retours ayant eu lieu dans ce cadre) du programme d'aide au retour pour les ressortissants de Bosnie et Herzégovine (1997-1999) que sera pérennisée cette politique avec la création d'une section « Aide au retour » au sein de l'Office fédéral des réfugiés (ODR). Le bien-fondé de cette politique se verra encore confirmé par la mise en place du programme à destination des ressortissants du Kosovo (1999-2001). Celui-ci, d'une ampleur inégalée, visait quelques 60'000 personnes, dont l'admission provisoire collective avait été levée à la fin des conflits dans la région. Le programme était pensé de manière à offrir une assistance deux fois plus importante si les personnes quittaient la Suisse avant un premier délai, alors qu'ils ne pourraient plus bénéficier que d'une assistance particulière une fois de date de la levée de l'admission provisoire dépassée (OIM-Bern 2007 : 5). Par ailleurs, des projets de développement et de reconstruction des infrastructures du pays avaient été

financés dans le cadre de ce programme de retour par la Direction de la Coopération et du Développement (DDC) à hauteur de plus de 100 millions de francs suisses. Selon les estimations d'un rapport de la Commission fédérale des Finances, 32'000 personnes seraient rentrées à la faveur d'un programme d'un budget total de 184 millions de francs, qui aurait néanmoins permis à la Suisse des économies d'au moins 100 millions de francs dans le domaine social (EFK 2003). Néanmoins, des conditions similaires ne se reproduiront plus après cela et le nombre de personnes rentrées dans le cadre de la politique suisse d'aide au retour a drastiquement diminué à partir du début des années 2000 pour ne concerner plus qu'environ un millier de personnes par année (Rüko 2009 : 15).

J'arguerai que, suite à la diminution drastique du nombre de personnes rentrant dans le cadre de l'« aide au retour », une réorientation de cette politique a été opérée afin de se focaliser désormais plus particulièrement sur les requérants dont la demande d'asile avait été rejetée. Ainsi, comme le remarque Eric Kaser - ancien chef de la section « Aide au retour » du Secrétariat d'Etat aux Migrations (SEM) – « *si à l'origine seules les personnes dont la procédure d'asile était en suspens avaient droit à l'aide au retour, aujourd'hui les personnes dont l'a procédure d'asile est close et le délai de départ échu peuvent également bénéficier de l'aide au retour* » (OIM-Bern 2007 :2). Ce changement d'orientation s'est par ailleurs traduit au niveau institutionnel par le transfert de la section « Aide au retour », en octobre 2008, de la « Division Séjour » du SEM vers la « Division Retour » en charge des procédures d'expulsion.

Suppression de l'aide sociale aux requérants déboutés

Il est frappant de constater que c'est parallèlement à cette réorientation de la politique d'« aide au retour » que sera généralisée la suppression de l'aide sociale à l'ensemble des requérants déboutés. Cette mesure qui s'articulait en effet parfaitement avec la nouvelle orientation de la politique d'aide au retour consistant à chercher à mettre en œuvre l'exécution des renvois sans avoir à faire recours à la coercition physique.

Cette mesure consistait en l'illégalisation du séjour des requérants déboutés et à la suppression de l'assistance sociale, qui leur était alors accordé jusqu'à ce que leur renvoi puisse effectivement être mis à exécution. Avant cela, les requérants d'asile dont la demande d'asile avait été rejetée pouvaient néanmoins continuer à percevoir l'assistance sociale offerte aux personnes en cours de procédures jusqu'à ce que la décision de renvoi puisse être mise à exécution.

L'exclusion des requérants déboutés de l'assistance sociale avait été pensée en deux temps, en raison notamment des craintes de la part des partis de gauche quant aux conséquences que pourraient avoir la précarisation des conditions de vie d'un nombre important de personnes, notamment en terme d'augmentation de la criminalité. Pour calmer ces craintes, un système de « monitoring » est mis en place afin de « déterminer les conséquences, d'apprécier rapidement l'évolution de la situation et de procéder, le cas échéant, à des modifications

[...] »²⁹. Lorsque la Conseillère fédérale chargée des questions migratoires de l'époque justifie la première phase de la suppression de l'aide sociale, son argument porte déjà sur la mise en place d'une stratégie politique visant à favoriser le départ « volontaire » des requérants d'asile déboutés en raison des coûts trop élevés qu'engendrerait la mise en œuvre systématique de procédure d'expulsion.

« Unser System basiert heute auf der freiwilligen Ausreise und nicht darauf, dass alle abgewiesenen Asylsuchenden von den Kantonspolizeien aktiv ausgeschafft werden. Die Ressourcen in den Kantonen wären gar nicht gross genug, um eine Ausschaffung aller abgewiesenen Asylsuchenden auch tatsächlich zu realisieren. » Ruth Metzler, Conseillère fédérale, Conseil National, 30.09.2003, p. 1598.

A la suite de cette période d'essai - et après des conclusions rassurantes du groupe de suivi concernant une éventuelle hausse de la criminalité et l'augmentation des coûts attribués aux cantons - la suppression de l'aide sociale a été généralisée au 1^{er} janvier 2008 à l'ensemble des demandeurs d'asile déboutés dans le cadre d'une révision partielle de la loi sur l'asile (LAsi)³⁰.

A partir de janvier 2008, tous les requérants déboutés ont ainsi été assimilés à des étrangers en situation de séjour illégal et ne pouvaient dès lors plus bénéficier de l'assistance sociale qui leur était jusqu'alors octroyée.³¹ Lorsque Christophe Blocher, ancien leader de l'UDC alors promu au rang de Conseiller fédéral en charge des questions migratoires, défendra en 2005 l'extension de la suppression de l'aide sociale à tous les requérants d'asile débouté, il reprendra le même argument en affirmant que du fait du nombre important de requérants déboutés en Suisse et des ressources nécessaires à l'exécution des procédures d'expulsion, il est nécessaire de trouver une manière afin de les « renvoyer autrement ». ³² La stratégie proposée consiste donc à employer le système des droits sociaux comme outil de contrôle migratoire devant servir à dissuader les requérants déboutés à partir. Il s'agit de rendre le quotidien des déboutés de l'asile si précaire qu'ils se décident d'eux-mêmes à quitter le territoire sans que les autorités aient à recourir à la contrainte physique (Bank 2005). La logique ayant donc présidé à la suppression de l'aide sociale consiste en une « méthode [...] mise en œuvre pour agir sur la subjectivité des personnes tenues de quitter le territoire, afin qu'elles se résolvent d'elles-mêmes à partir (Sanchez-Mazas 2011 : 15). » C'est bel et bien cette stratégie - que nous avons ici intitulée de politique d'« expulsions volontaires », mais qui est également connue dans le contexte des USA sous le terme de *self-deportation* - que nous avons cherché à mettre à jour dans le premier chapitre de ce travail.

²⁹ Message du Conseil fédéral concernant le programme d'allègement 2003 du budget de la Confédération du 2 juillet 2003 (FF 2003 5091), p. 5170.

³⁰ Loi sur l'asile (Lasi) du 26 juin 1998. Modification du 16 décembre 2005 (RO 2006 4745).

³¹ Néanmoins, du fait de l'article 12 de la Constitution fédérale stipulant que « *Quiconque est dans une situation de détresse et n'est pas en mesure de subvenir à son entretien a le droit d'être aidé et assisté et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine* », un système dit « d'aide d'urgence » sera progressivement mis en place au sein des cantons afin de fournir l'assistance minimale aux personnes jusqu'à l'exécution de leur renvoi.

³² « Wir haben 15 000 solche Leute - und die Antwort, *man solle sie anders ausschaffen (...)*. » Christoph Blocher, Conseiller fédéral, Conseil des Etats, 17.03. 2005, p. 357. (Italique ajouté.)

II. La « politique suisse de retour »

Le premier chapitre de ce travail se focalise sur les processus de légitimation de l'usage de la contrainte physique au sein du régime administratif de droit des étrangers. En tant que chapitre d'ouverture, cet article offre une vue d'ensemble sur la « politique suisse de retour ». Du fait de son focus sur les processus de légitimation de la contrainte, il porte une attention particulière sur les programmes d'assistance au retour « volontaire » et sur le discours qui les entoure.

Ce chapitre se focalise par ailleurs plus particulièrement sur la problématisation de la présence d'une catégorie d'« étrangers indésirables », à savoir celle des requérants d'asile déboutés. Celle-ci qui apparaît en effet actuellement comme la principale population visée par ce qui forme aujourd'hui la « politique suisse de retour ». La présence de cette catégorie de la population n'est pas problématisée sous l'angle de la menace que représenteraient ces personnes pour la sécurité de la population au travers d'un discours criminalisant. C'est dans ce contexte l'atteinte à la « crédibilité de la politique d'asile », et plus implicitement du gouvernement en charge de la mettre en œuvre, qu'entraînerait la présence de ces « étrangers indésirables », qui est employée afin de justifier la nécessité d'exécution des décisions de renvoi. Cette problématisation amène une forme de légitimation de la contrainte, qui ne porte pas tant sur les dangers que représentent la population ciblée, mais sur une tentative de minimisation du recours aux diverses formes de contraintes employées dans le cadre de cette politique. On constatera donc, à l'aide de ce premier chapitre, que même sans recours à un discours de type sécuritaire, des nouvelles mesures faisant un usage particulier de diverses formes de contraintes sont introduites et légitimées au sein d'un système administratif de régulation de l'immigration.

Cet article argue que, sous une apparence a priori neutre et descriptive, le discours entourant la « politique de retour » vise à légitimer l'usage de la coercition physique au sein d'un régime administratif de régulation de l'immigration. Ces processus de légitimation s'appuient sur une catégorisation binaire entre « retour volontaire » et « retour contraint ». Toutes les exécutions des décisions de renvois étant effectuées sans qu'il soit fait recours effectif à la coercition physique étant présenté comme « volontaire ». Ce mode de catégorisation occulte diverses formes de contraintes (juridiques, matérielles et psychologiques) présidant à l'expulsion de personnes lorsqu'un usage direct des formes de coercitions physiques. Constituant le point de départ de toute la « politique de retour », l'importance cruciale de l'obligation légale de quitter le territoire et les différentes formes de contraintes qui en découlent est ainsi occultée, tandis qu'est justifié le recours à la coercition physique dans le cas où l'individu refuserait de quitter « volontairement » le territoire. Par la « pression » qu'elle met sur les personnes soumises à une décision de renvoi, cette analyse fait clairement ressortir la place fondamentale qu'occupe la coercition physique au sein du dispositif d'éloignement des « étrangers indésirables », et ce même lorsqu'il n'est au final pas fait directement recours à la force. En se fondant sur un examen du discours tenu par les responsables fédéraux en charge de l'élaboration de cette politique, ainsi que sur les

catégories sur lesquels il se fonde, la première partie de ce chapitre offre donc une analyse des modes de légitimation de la contrainte au travers de la construction du discours officiel entourant la « politique de retour ».

Sur la base des ces analyses, ce chapitre permet par ailleurs de mettre à jour une technique de gouvernement - dénommée « expulsion volontaire » - visant à exécuter les décisions de renvois des requérants d'asile déboutés sans que les autorités aient à faire un recours effectif à la contrainte physique (détention administrative ou procédures de rapatriement sous contrainte). Au travers de l'analyse du cadre légal, d'entretiens auprès des responsables cantonaux en charge de l'exécution de cette politique et avec des requérants d'asile déboutés, la seconde partie de ce chapitre permet de souligner la manière dont est pensée la « politique suisse de retour ». Ces analyses nous ont permis de mettre en lumière un mode particulier de gouvernement des « étrangers indésirables » que nous qualifions ici de stratégie d'« expulsions volontaires ». Le rapprochement de deux qualificatifs aussi éloignés qu'« expulsion » et « volontaire » permet ainsi d'illustrer le caractère paradoxal de cette stratégie, ainsi que de remettre en question le discours qui vise à la rendre plus légitime.

L'usage du concept de « gouvernementalité » (Foucault 1994a, 1994b, 2004) offre un cadre d'analyse générale permettant de questionner les processus par lesquels le gouvernement cherche à influencer sur les conduites de certaines catégories de la population. Il revêt par ailleurs une utilité particulière dans la mesure où il se prête tout particulièrement à l'analyse de formes de domination dans lesquelles la coercition est employée afin de pousser les individus à se soumettre d'eux-mêmes aux obligations qui pèsent sur eux. Dans ce cas particulier, les autorités en charges de l'immigration visent au travers de l'usage de multiples formes de contraintes à influencer sur la conduite d'« étrangers indésirables » afin qu'ils se résolvent d'eux-mêmes à quitter le territoire sans qu'il soit fait un usage direct à la coercition. Au-delà de la forme de problématisation particulière, cette rationalité de gouvernement se retrouvera dans l'analyse de l'usage de la privation de liberté auquel ce second chapitre est consacré.

Il n'est dans le cadre de cet article pas fait usage du concept de « système de contrôle crimmigratoire » étant donné que ni les formes de contraintes sur lesquelles se focalise plus spécifiquement ce chapitre, ni les arguments employés pour les justifier, ne sont pas assimilables à des techniques ou rationalité de gouvernement propre au système de justice criminelle. Cette analyse permet néanmoins de dessiner les premiers contours d'un dispositif de contrôle des populations étrangères se fondant sur un usage combiné de multiples formes de contraintes, dont celles de la détention administrative et de l'expulsion qui seront l'objet d'une analyse approfondie au sein des chapitres suivant de ce travail.

Article 1. Les « expulsions volontaires » : un mode de gouvernement des étrangers indésirables ?³³

Co-automé avec Ibrahim Soysuren

Résumé

Cet article analyse le dispositif d'éloignement des « étrangers indésirables » en se fondant sur le cas des requérants d'asile déboutés en Suisse. Il remet en question le discours selon lequel la « politique de retour » suisse reposerait avant tout sur des mesures d'incitation au départ pour ne faire usage de la contrainte qu'en dernier recours. L'analyse effectuée permet en effet de souligner le rôle de diverses formes de contraintes (juridiques, matérielles et psychologiques), dont usent les autorités dès l'annonce de la décision de renvoi. Ces formes de contraintes président à l'éloignement de ces étrangers même lors de retours qualifiés de « volontaires ». Elle démontre par ailleurs que la contrainte physique apparaît comme l'outil indispensable sur lequel repose l'ensemble du dispositif d'éloignement des étrangers indésirables, et cela même lorsqu'un recours effectif n'y est pas fait. Sur la base de cette analyse, l'article vise à mettre en lumière l'existence d'une forme de gouvernement des étrangers indésirables, articulant différentes formes de contraintes et d'incitations en vue d'amener les individus à se soumettre à la décision de renvoi sans que les autorités n'aient à faire un recours effectif à la contrainte physique. Nous désignerons cette gouvernementalité des « étrangers indésirables » par le terme d'« expulsions volontaires ».

Mots clés : Expulsion ; aide au retour ; gouvernementalité ; requérants d'asile déboutés ; Suisse.

1. Introduction³⁴

L'expulsion³⁵ des requérants d'asile déboutés est devenue un sujet de préoccupation croissante au sein des pays européens à partir du début des années 1980 (Gibney et Hansen, 2003). L'augmentation du nombre de requérants déboutés et les difficultés liées à l'exécution de leur renvoi ont amené les Etats européens à élaborer divers instruments et stratégies visant à faciliter la mise en œuvre de l'éloignement de cette nouvelle catégorie d'étrangers

³³ L'article présenté ici comporte de légères modifications par rapport à l'article original à paraître au sein du volume 33 de la Revue Européenne pour les Migrations Internationales (REMI). Cette revue scientifique à comité de lecture compte publie des « travaux de recherche, empiriques et théoriques, des différentes disciplines concernées par les migrations internationales et les relations interethniques ». Les articles de plus de trois ans paraissant dans cette revue sont en libre-accès et répertoriés par l'index Open Edition (revues.org).

³⁴ Cet article est le fruit d'une collaboration entre deux projets de recherche financés par le Fond National Suisse de recherche scientifique (FNS) : « L'expulsion des sans-papiers et des étrangers délinquants. Pour une sociologie comparative de l'expulsion des étrangers indésirables en Suisse, France et Turquie » dirigé par François Hainard et « Migration and Security in Switzerland » dirigé par Christin Achermann.

³⁵ Selon le cadre juridique suisse, l'usage du terme d'expulsion devrait être limité aux décisions d'éloignement prononcées pour des motifs politiques liés à la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse au titre de l'article 68 de la loi fédérale sur les étrangers du 16.12.2005 (RS 142.20). Les autres formes d'éloignement devraient, selon cette acception, être qualifiées de « renvoi ». Du fait de l'euphémisme que comporte ce terme, nous avons généralement préféré d'employer le terme d'« expulsion » pris dans son sens général. Nous avons toutefois conservé les termes juridiques, tels que « décision de renvoi », « exécution de renvoi » ou « procédure de renvoi » qui ont des sens spécifiques dans le droit suisse.

« indésirables » (Noll, 1999). Parmi ceux-ci, figure le recours à la contrainte physique au travers de l'usage de la détention administrative et des procédures de renvoi. Les difficultés d'ordre pratique (liées à l'identification et à l'obtention de documents de voyage), le coût très élevé de ces mesures³⁶, ainsi que les nombreuses critiques qu'elles soulèvent au sein de la société civile ont toutefois amené les Etats à développer un certain nombre de mesures afin de favoriser les départs dits « volontaires ». Cette préoccupation des pays de l'Union européenne (UE) ressort clairement des textes juridiques européens, tels que la Directive 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 (2008/115/CE). Ce texte, transposé dans le droit des pays membres et pays associés comme la Suisse³⁷, oblige à accorder un délai de départ « volontaire » d'au moins sept jours (sauf exceptions) aux étrangers qui font l'objet d'une décision d'expulsion. En tant que pays associé à l'UE par le biais d'accords bilatéraux, le cas de la Suisse, sur lequel porte notre analyse, ne constitue donc pas, loin s'en faut, une exception. Bien que cela n'entre pas en droite ligne de l'objectif du présent article, cette contribution pourra, dans un deuxième temps, servir de base afin de mettre en lumière d'éventuelles tendances d'uniformisation des discours et des pratiques d'expulsion à l'échelle européenne³⁸.

Diverses contributions ont remis en question le caractère « volontaire » des départs ayant lieu dans le cadre des « programmes d'assistance au retour », en soulignant l'absence de décision librement consentie de la part des individus rentrant dans ce cadre (Gibney et Hansen, 2003 ; Blitz *et al*, 2005 ; Webber, 2011). Cet article propose d'effectuer un pas de plus dans cette direction en mettant en relief la manière dont les mesures d'incitations offertes dans le cadre de ces programmes s'articulent avec diverses formes de contraintes (juridiques, matérielles, psychologiques et physiques). Cette articulation aurait selon notre analyse pour but d'amener les requérants déboutés à se plier à l'obligation légale de quitter le territoire qui pèse sur eux, sans qu'il soit fait un recours effectif à la contrainte physique.

Nous proposons de nommer ces départs, et les politiques qui les sous-tendent, par le terme d'« expulsion volontaire » afin de faire ressortir le caractère paradoxal d'un discours qui qualifie de « volontaire » le départ d'étrangers soumis à l'obligation légale de quitter le territoire et, où la potentialité du recours à la contrainte physique joue un rôle prépondérant. Cette notion permet également d'illustrer l'articulation existant entre les incitations matérielles des « programmes d'assistance au retour volontaire » et les diverses formes de

³⁶ Les chiffres démontrent, en effet, que le recours à la contrainte physique lors de la procédure de renvoi est une pratique particulièrement coûteuse. Selon un article du *Temps*, la Suisse dépense 200000 CHF (192 000 €) pour un vol spécial vers l'Afrique australe et, l'ancien Office fédéral des migrations (ODM), désormais dénommé Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM) depuis le 1^{er} janvier 2015, parle d'un coût moyen variant entre 7 000 CHF (6 700 €) et 10 000 CHF (9 600 €) par personne expulsé (*Le Temps*, Des expulsions forcées délicates et coûteuses, 2.10.2010).

³⁷ Voir Arrêté fédéral portant sur l'approbation et la 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) (Développement de l'acquis de Schengen) du 18 juin 2010 (Recueil Officiel 2010 : 5925).

³⁸ Cela constitue d'ailleurs l'objet d'une recherche en cours, financée par le FNS, menée par Ibrahim Soysüren sous la direction de Mihaela Nedelcu, intitulée « Usages institutionnels des instruments technologiques européens d'identification et stratégies de contournement des étrangers à expulser en France et en Suisse. Vers une européanisation de l'expulsion des étrangers indésirables? »

contraintes qui président à ces départs. Nous désignerons par le terme d'« étrangers indésirables » les ressortissants étrangers soumis à une obligation légale de quitter le territoire³⁹. Si la présente contribution se focalise sur la catégorie des requérants d'asile déboutés, l'un de nos objectifs vise cependant d'offrir un cadre d'analyse qui pourra également servir à l'étude de cas d'autres catégories de migrants.

Les politiques et mesures visant à l'exécution du renvoi des requérants déboutés seront analysées à l'aide du concept de « gouvernementalité », élaboré par Foucault (1994a ; 1994b ; 2004), puis repris et développé par divers auteurs au sujet des politiques migratoires (voir notamment Walters, 2002 ; Fassin, 2011 ; Geiger et Pécoud, 2013 ; Inda et Dowling, 2013). La gouvernementalité, ou « art de gouverner », a été définie comme l'étude des formes plus ou moins réfléchies et systématiques de penser et d'agir qui ont pour but d'influer, de réguler ou de contrôler les comportements d'individus (Inda et Dowling, 2013). Bien que son élaboration ait été effectuée dans un cadre plus général, le concept de gouvernementalité apparaît particulièrement adapté afin de mettre en évidence la manière dont sont articulées diverses formes de contrainte et d'incitation dans l'optique de pousser les individus à se conformer « d'eux-mêmes » aux injonctions des autorités. Ce concept amène en effet une « correction » ou un « raffinement » (Bröckling *et al.*, 2011) dans une analyse foucauldienne du pouvoir « *qui dépasse la problématique du consensus et de la volonté, d'une part, et de la conquête et de la guerre, d'autre part* » et permet ainsi « *d'étudier la capacité de l'individu 'autonome' à se contrôler* » (Lemke, 2004 : 20). Le concept de gouvernementalité nous permettra d'« *explorer les rapports entre les techniques de soi et les techniques de domination* » (Lemke, 2004 : 20).

Il convient de signaler dès à présent que l'objet de cet article n'est pas tant d'évaluer l'efficacité des mesures mises en œuvre afin d'exécuter le renvoi d'« étrangers indésirables », que de commencer par mettre en évidence la manière dont cette politique est pensée par l'administration. Selon Foucault (1994a), la première étape nécessaire à la remise en cause d'une technique de gouvernement consiste en effet en un travail d'objectivation. Si selon lui, l'absence de formulation des rationalités de gouvernement rend difficile leur remise en question, c'est dans notre cas l'existence d'un discours officiel très élaboré, qui rend la remise en question de ces politiques particulièrement ardue. Afin de réaliser ce travail d'objectivation, nous commencerons donc par décrypter les discours et catégories de la politique suisse d'exécution des renvois, tels qu'ils ressortent de l'étude de divers matériaux (discours et rapports officiels sur la « politique de retour », site Internet de l'administration suisse, articles de journaux et émissions de télévision, etc.). Cette première partie mettra en évidence le dispositif par lequel ce discours crée une catégorisation binaire entre « retours volontaires » et « contraints », qui légitime le recours à la contrainte physique, tout en minimisant l'usage qui en est fait. Dans un deuxième temps, nous confronterons ces discours au processus de mise en œuvre de ces politiques dans la pratique à la lumière de l'analyse des textes juridiques et administratifs, d'entretiens réalisés avec des requérants

³⁹ Nous avons toutefois décidé d'employer cette catégorie (en l'entourant toutefois des guillemets pour indiquer clairement qu'il ne s'agit pas là d'une catégorie analytique) pour illustrer la manière dont ces individus sont considérés par les autorités.

d'asile déboutés et des membres des administrations responsables de l'exécution des renvois. Cela nous permettra de remettre en question le discours préalablement analysé, en démêlant la manière dont s'articulent dans la pratique les différentes formes d'incitation et de contraintes (légalles, matérielles, psychologiques et physiques) placées sur les requérants déboutés. Cette analyse nous permettra de faire ressortir en guise de conclusion un mode de gouvernement des « étrangers indésirables » que nous qualifierons d'« expulsions volontaires ».

2. Discours et catégories de la « politique de retour » suisse

La politique d'exécution des renvois généralement connue en Suisse sous le terme de « politique de retour » comprend diverses mesures de contrainte et d'incitation visant en particulier le départ des requérants d'asile déboutés. Suivant le discours émanant du gouvernement, cette politique se fonderait en premier lieu sur des mesures d'incitation visant à favoriser des « retours » qualifiés de « volontaires » ou « autonomes » lorsque le départ a lieu sans recours direct à des formes de contrainte physique. Toujours selon ce même discours, si - en dépit de l'injonction à quitter le territoire et de l'offre d'« assistance au retour » - la personne refusait obstinément de quitter le territoire, les autorités seraient alors obligées de recourir à la contrainte.

Ainsi, lors d'un symposium consacré au droit et à la politique suisse des migrations, la directrice adjointe de l'Office fédéral des migrations (ODM)⁴⁰, présentait la « politique suisse de retour » comme étant fondée sur deux principales composantes⁴¹. La première consisterait en la promotion des « retours volontaires » au travers de diverses mesures d'incitation. Ces mesures incitatives – détaillées dans la partie suivante – comprennent une somme d'argent et un projet de réinsertion qui peut être financé dans le pays d'origine par l'intermédiaire de l'Organisation Internationale pour les Migrations (OIM). La seconde composante de cette politique consisterait à faire recours à la contrainte au travers de l'usage de la détention administrative et des procédures de renvoi sous contraintes. Selon le discours entourant cette politique, il ne serait donc fait usage de forme de contraintes qu'en dernier recours dans le cas où les requérants déboutés refuseraient obstinément de collaborer avec les autorités. Dans ce contexte, la « contrainte » n'est toutefois entendue que sous ses formes les plus manifestes, à savoir la contrainte physique ayant cours dans le cas de la détention administrative ou de l'exécution des procédures « retour sous contrainte ».

Il est ainsi souvent réaffirmé par les autorités qu'il ne serait fait recours à la « contrainte » qu'en ultime recours, lorsque la personne concernée refuserait de quitter « volontairement » le territoire. Ainsi, lors d'un entretien paru dans *Le Temps*, la ministre Simonetta Sommaruga en charge des questions de migration, affirmait que : « *C'est la pire des situations pour tout le monde et surtout pour les principaux concernés. (...) Il ne faut pas oublier que ces vols*

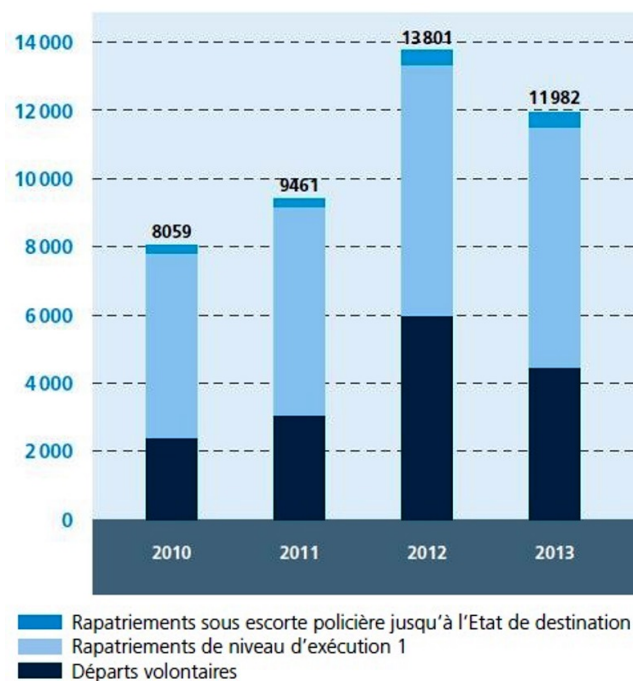
⁴⁰ Cet organisme fédéral a été rebaptisé au 1^{er} janvier 2015 Secrétariat d'Etat aux Migrations (SEM). Comme le matériel sur lequel s'appuie cet article est plus ancien, et afin de ne pas créer de confusion pour le lecteur, nous avons continué à utiliser son ancien nom.

⁴¹ Evelyn Gugger Bruckdorfer, *Vollzug der Wegweisung: Aktueller Stand und Perspektiven aus Sicht des BFM*, 7^e journées du droit suisse des migrations, 5-6 septembre 2011.

spéciaux n'interviennent qu'en dernier recours : un requérant débouté a d'abord le choix de rentrer de son plein gré, avec un soutien financier de la Confédération. »⁴²

Par ailleurs, il est également fréquemment rappelé que le nombre de « départs forcés » pour lesquels les forces de police doivent escorter l'individu jusqu'à son pays de destinations (en bleu foncé dans le graphique ci-dessous) demeure très faible en comparaison avec les autres formes de départs pour lesquels les autorités n'ont pas à faire pareil recours à la contrainte physique.

Graphique 1 : Eloignements par voie aérienne 2010-2013 selon l'ODM



Illustrée dans le graphique repris du rapport annuel de l'ODM (2014 : 29), l'insistance sur le faible pourcentage de personnes expulsées dans le cadre de « vols spéciaux » est employée afin de suggérer que la contrainte physique serait un « mal nécessaire », qui occuperait fort heureusement une place très marginale au sein de la politique de retour.

Bien que le recours direct à des formes de contraintes physiques apparaisse en effet relativement limité, nous arguerons ici que c'est la potentialité d'y faire recours qui représente en réalité la pierre angulaire de cette « politique de retour ». Cela ressort en fait très explicitement de diverses déclarations des membres de l'administration affirmant que toute la « politique de retour » s'effondrerait sans la possibilité du recours à la force physique pour les personnes refusant de partir d'elles-mêmes.

⁴² *Revois forcés: «La solution idéale n'existe pas »*, entretien avec Simonetta Sommaruga, ministre de Justice et Police, *Le Temps*, le 17.09.2011.

Lors d'une émission télévisée consacrée à la question de l'expulsion d'étrangers en Suisse, la ministre Sommaruga déclarait ainsi :

*« On fait tout avec toutes les possibilités de recours, avec la protection juridique, avec la possibilité de faire un recours une deuxième fois et à la fin vous avez vraiment une décision et à la fin les gens disent : 'Moi je pars pas !'. Comment est-ce que vous pouvez garder un système crédible ? Comment vous pouvez dire à la population ? (...) Moi, je ne veux pas ces vols spéciaux, il faut essayer de les éviter. Moi, je soutiens de les éviter, pour avoir encore le retour volontaire. L'aide au retour, ça m'est très précieux. Mais si vous avez pas ce tout dernier élément, le système, il coule. Vous n'avez plus de crédibilité. » (Simonetta Sommaruga, lors de l'émission *Infrarouge* après la diffusion du film « *Vol spécial* », TSR1, le 28 mars 2012)*

L'argument central justifiant le recours à la coercition physique dans le cadre de la mise en oeuvre de « vols spéciaux » (ou selon le vocabulaire administratif de « procédures de rapatriement de niveau 4 ») porte sur le maintien de la crédibilité du système d'asile auprès de la population suisse. Ce qui dans les mots de la ministre en charge des questions migratoires est présenté comme un manque potentiel de crédibilité de la politique d'asile auprès de la population devrait également être compris comme un risque de perte de crédibilité de la part du gouvernement en charge de son application. L'application des décisions de renvoi au travers du recours potentiel à des formes de coercitions physiques extrêmes servirait ainsi à donner au gouvernement les moyens d'asseoir, auprès de la population, la souveraineté de son pouvoir sur son territoire.

Par ailleurs, le fait que la « politique de retour » ne puisse se maintenir en l'absence des formes les plus extrêmes de coercition démontre ainsi bel et bien l'importance que revêt la contrainte physique pour l'ensemble des retours ayant lieu dans ce cadre. Ainsi, même si le recours effectif aux formes les plus extrêmes de coercition apparaît relativement restreint, cela ne devrait pas pour autant amener à négliger que la contrainte physique - par les autres formes de contraintes qui en découlent - constitue effectivement le fondement de cette politique.

En résumé, le discours officiel institue une distinction binaire entre les formes de « retours » pouvant avoir lieu dans le cadre de cette politique. Il existerait, d'une part, des « retours volontaires » lorsque les personnes rentreraient dans le cadre de l'aide au retour ou sans que les autorités aient à intervenir et, de l'autre, des « retours contraints » lorsque les autorités auraient à faire recours à la contrainte physique. Ces catégories permettent, selon nous, de véhiculer un discours « positif » à l'égard de la politique de retour en minimisant le rôle joué par la coercition physique, et en masquant les autres formes de contraintes qui sont à l'oeuvre lors de l'exécution de décisions de renvoi présentée en tant que « retour volontaire ».

Avant de passer en revue les diverses formes de contraintes à l'oeuvre lors des différentes procédures d'expulsion et de souligner comment celles-ci s'articulent pour former une technique de gouvernement des « étrangers indésirables », nous présenterons d'abord brièvement la catégorisation de ces différentes formes d'expulsion, non plus au sein du discours officiel auprès du public, mais au sein même de l'administration et des textes légaux.

La prise en compte des différences dans les critères employés afin de fonder les diverses catégories nous permettra ainsi de mieux comprendre les enjeux qu'elles sous-tendent.

Catégorisation légale des différentes formes de retour

Si, comme nous venons de le voir, une catégorisation binaire entre « retour volontaire » et « retour contraint » est opérée dans le discours du gouvernement, les textes légaux opèrent quant à eux des distinctions supplémentaires. Avant même d'entrer dans une analyse plus approfondie des qualificatifs employés, on peut déjà noter qu'il est plus fait référence au terme de « départ » que de « retour » pour caractériser les procédures d'exécution d'une décision de renvoi. Bien que ce premier élément puisse *a priori* paraître anodin, il indique toutefois que le focus premier de la politique porte clairement sur le « départ » du territoire suisse, et non sur le processus de « retour » dans le pays d'origine.

En ce qui concerne maintenant la manière de qualifier ces « départs », on constate d'abord une différence - inexistante dans le discours à destination du public - établie entre les départs « volontaires » et « autonomes ». Ainsi, l'ancien chef de la « Section Aide au retour » de l'ODM précisait que : « *Un départ volontaire, dans l'acceptation suisse, correspond à un retour dans le pays d'origine exempt d'obligation juridique, les étrangers en question ayant un statut qui leur donne le droit de séjourner en Suisse. Le départ est considéré comme autonome lorsque le droit de séjourner en Suisse expire et que l'étranger en question quitte le pays dans le délai prescrit et sans que l'on doive recourir à des mesures policières.* » (Kaser et Schenker, 2008 : 211). On constate donc que dès le moment où des personnes sont soumises à une obligation légale de quitter le territoire, il ne devrait plus être possible de qualifier leur départ de « volontaire ». Ces départs pourraient au mieux être considérés comme « autonome » dans le cas où il n'est pas fait recours à des mesures de contraintes (entendue selon l'acception légale restreinte d'usage de la coercition physique).

L'Ordonnance relative au financement de l'asile précise par ailleurs, à l'article 62, que « *Par retour autonome, on entend tout départ de Suisse effectué par une personne de son propre chef ou suite à une décision de renvoi prononcée à son égard* ». La catégorie de « retour volontaire » dont il est couramment fait usage dans le débat public se rapporte par conséquent plutôt en terme légal à celle d'un « départ autonome », qui met en avant l'absence de recours à la contrainte physique lors de l'exécution de la décision de renvoi.

On peut d'ores et déjà remarquer que si le discours public, par son recours à la catégorie de « retour volontaire », oriente le débat vers la question de la part de choix (ou de décision librement consentie) que comporte un départ où il n'est pas fait un recours direct à la coercition physique, les catégorisations légales et administratives se concentrent, quant à elles, plus pratiquement sur le degré de contrainte nécessaire à l'exécution du renvoi.

L'Ordonnance relative à l'usage de la contrainte (OLUsC) liste ainsi, à l'article 28, les quatre niveaux de contrainte qui peuvent être déployés lors de l'exécution des renvois.

Encadré 1 : « Niveaux d'exécution des rapatriements » selon article 28 de l'Ordonnance sur l'usage de la contrainte et de mesures policières dans les domaines relevant de la compétence de la Confédération (OLUSC, R.S. 364.3)⁴³

1 L'autorité ordonne les modalités du rapatriement en fonction du comportement probable de la personne à transporter et des circonstances concrètes. Les niveaux d'exécution des rapatriements suivants sont prévus :

Niveau 1 : la personne à rapatrier a donné son accord à un retour autonome ; elle est escortée par la police jusqu'à l'embarquement, mais poursuit son voyage seule ;

Niveau 2 : la personne à rapatrier n'a pas donné son accord à un retour autonome ; elle est en principe escortée par deux agents de police en civil. Au besoin, elle est menottée ;

Niveau 3 : la personne à rapatrier est susceptible d'opposer une résistance physique, mais l'embarquement à bord d'un vol de ligne reste possible ; elle est en principe escortée par deux agents de police en civil ; au besoin, des menottes ou d'autres liens peuvent être utilisés et le recours à la force physique est envisageable⁴⁴ ;

Niveau 4 : la personne à rapatrier est susceptible d'opposer une forte résistance physique ; elle ne peut être transportée qu'à bord d'un vol spécial ; elle est escortée par deux agents de police au moins ; les moyens de contrainte prévus pour le niveau 3 peuvent être utilisés. »

Il ressort donc de l'analyse des catégories légales portant sur l'exécution des décisions de renvoi que le cadre juridique catégorise les départs, non pas en fonction du caractère librement consenti ou contraint de la décision de l'individu à se plier à l'injonction qui lui est faite de quitter le territoire, mais du degré de coercition physique auquel les autorités font recours afin d'exécuter la décision de renvoi.

La citation suivante permet de remarquer comment le discours des fonctionnaires en charge de l'exécution des renvois cherche à faire le lien entre le degré de consentement ou de résistance qu'oppose l'individu à son obligation de quitter le territoire, et le degré croissant de contrainte auquel l'Etat fera recours.

« Ça peut arriver que la personne dise : “OK, j'ai pris note de mon obligation de quitter la Suisse”, et puis [qu'elle] parte de manière volontaire, sans intervention aucune de nos services. Ce n'est pas très souvent, mais ça peut arriver. Le stade suivant, c'est de convoquer la personne ici et de faire un entretien de départ. On va lui expliquer qu'il doit quitter la Suisse, que la décision est en force et exécutoire. Voir si on arrive à le faire adhérer, à le faire collaborer à ce renvoi-là, à ce départ-là, voire même lui proposer une aide au retour, la possibilité de financer un projet, de donner un peu d'argent pour faciliter la réintégration dans le pays. (...) Et puis, si cette personne ne collabore pas, alors, on peut envisager de faire un départ accompagné, forcé, de raccompagner ces gens dans leur pays sur des vols de ligne normaux avec un accompagnement policier ou au moins les amener à la frontière, enfin à l'aéroport pour qu'il

⁴³A noter que le terme de rapatriement ne correspond pas à la définition donnée par l'OIM (2007 :68) : « Opération consistant à assurer le retour de réfugiés, de prisonniers de guerre et d'internés civils sur le territoire de leur Etat d'origine ». L'usage qui en est fait ici semble être guidé par le souci d'utiliser les termes les moins choquants possible. Ainsi au lieu d'expulsion, renvoi ou éloignement forcé, l'ordonnance parle de rapatriement.

⁴⁴ Dû aux réticences des compagnies aériennes et des résistances de la part des passagers de voyager en présence de personnes entravées, ce niveau n'est de fait pas appliqué.

prenne l'avion. Et puis, si ça ne marche toujours pas, s'il refuse de prendre l'avion, de partir, on peut envisager les mesures de contrainte. Donc, on a une graduation dans le processus pour faire quitter la Suisse » (Responsable d'un service cantonal de migration, entretien du 12 juin 2013).

On remarque par ailleurs que ce discours continue à alimenter la confusion existant au sein du discours public entre les départs « volontaires » - ou les individus décident librement de quitter le territoire sans être soumis à une décision de renvoi - et les départs qui devraient être qualifiés d'« autonomes » - dans le cas où le départ intervient sans que les autorités aient à faire usage de la force. On note également l'idée d'un recours graduel à la contrainte que feraient les autorités en fonction du comportement de la personne concernée.

« C'est toujours l'individu qui s'oppose au renvoi et qui nous pousse à passer au degré supérieur et puis on va arriver jusqu'au vol spécial à cause de ça » (Responsable d'un service cantonal de migration, entretien du 28 mai 2013).

Comme cela ressort particulièrement clairement de cette dernière citation, ce discours permet également de légitimer l'usage de la force auquel les autorités « devraient » faire recours en rejetant la responsabilité sur le comportement de l'individu.

3. L'articulation des formes de contraintes et d'incitation en vue du gouvernement des étrangers indésirables

Nous avons jusqu'ici mis en évidence la manière dont la politique suisse de retour est légitimée au travers de discours et des catégories discursives, administratives et légales sur lesquels elle repose. En nous fondant sur des observations de terrain et des entretiens effectués avec des requérants déboutés et des membres de l'administration, nous allons à présent mettre en évidence le décalage existant entre ces discours et le processus de mise en œuvre de cette politique. Cette analyse nous permettra de mieux saisir les formes de contraintes juridiques, matérielles, psychologiques et physiques s'exerçant sur les requérants déboutés et les modalités de leur articulation avec les incitations au départ proposées dans le cadre de l'aide au retour.

Nous commencerons par présenter les diverses formes de contraintes exercées à l'encontre des requérants déboutés de manière distincte. Ce découpage de la réalité observée est toutefois d'ordre principalement heuristique, puisque nous arguerons en conclusion que c'est précisément sur la base des liens entre ces diverses formes de contraintes et d'incitations que les autorités se fondent pour tenter de gouverner les conduites de cette catégorie d'étrangers.

Incitations matérielles au retour

Au-delà de l'organisation et de la prise en charge des frais du voyage, les prestations offertes dans le cadre des programmes dits d'« aide au retour » consistent premièrement en une « assistance financière » d'un montant de 1 000 CHF (900 €) par adulte et 500 CHF (450 €) par enfant. Ces prestations comportent également une « assistance matérielle » pour la réalisation d'un projet de réintégration financé sur place, par l'intermédiaire de l'OIM,

jusqu'à un montant de 3 000 CHF (2 700 €) par famille⁴⁵. Il est à noter que le montant de ces prestations peut être revu à la hausse dans le cas de la mise en œuvre d'un programme visant les ressortissants d'un pays spécifique⁴⁶. Ces prestations étaient à leur origine uniquement destinées aux personnes dont la demande d'asile était en cours (ODM et OIM Berne, 2007). Elles peuvent aujourd'hui bénéficier à toute personne ayant effectué une demande d'asile en Suisse, n'ayant pas été l'objet d'inculpation pour des délits graves ou répétés.

Les statistiques existantes démontrent néanmoins que c'est en tout premier lieu aux personnes dont la demande d'asile a été rejetée que s'adresse en réalité l'aide au retour. Ainsi, selon le dernier rapport d'évaluation de l'aide au retour, 70% des participants aux programmes d'aide au retour avaient reçu une décision d'asile négative, 29% avaient une demande d'asile pendante⁴⁷ et seul 1% des participants avaient reçu une demande d'asile positive (Kessler *et al.*, 2013 : 12). Une autre évaluation réalisée par l'ODM datant de 2005 concernant l'aide au retour démontrait, quant à elle, que le pourcentage de personnes ayant bénéficié d'une aide au retour était constitué à plus de 80% par des requérants d'asile déboutés en 2003 et 2004 (ODM, 2005 : 12). Ainsi, même si l'aide au retour peut également bénéficier à des personnes ayant obtenu l'asile en Suisse, la très grande majorité des retours ayant lieu dans ce cadre est le fait de requérants d'asile déboutés.

Le « slogan » de l'aide au retour figurant sur l'entête des documents de présentation des programmes – « Asile : si c'est non que faire ? » - signifie par ailleurs clairement la nouvelle orientation de l'aide au retour à l'égard des requérants déboutés. Cette réorientation de l'aide au retour à l'égard des personnes dont la demande d'asile avait été rejetée s'était d'ailleurs traduite au niveau institutionnel en octobre 2008, par le transfert de la « Section aide au retour » de la « Division Séjour » de l'ODM, à la « Division Retour » responsable des de l'exécution des décisions de renvoi.

L'orientation très claire de l'aide au retour à l'égard de personnes n'ayant pas le droit de demeurer sur le territoire suisse nous rappelle que les départs ayant lieu dans ce cadre ne devraient - dans leur très grande majorité - pas être qualifiés de « volontaire ». L'emploi abusif de ce qualificatif permet de maintenir l'idée selon laquelle l'assistance matérielle représente – pour les personnes concernées - une véritable alternative aux « départs sous contrainte ». Cela facilite à son tour la communication au sujet des pratiques gouvernementales controversées, impliquant un recours à la coercition.

Un autre enjeu permettant d'expliquer la prégnance de la catégorie de « retour volontaire » dans le cadre de « l'aide au retour » est l'implication de l'OIM, dont les bureaux nationaux coordonnent le retour des requérants déboutés. Cette organisation est également

⁴⁵ Voir <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/migration/rueckkehr/rueckkehrfoerderung/factsheet-rkh-f.pdf>, consulté le 19.06.2014.

⁴⁶ Dans le cas du programme destiné aux ressortissants nigériens, le montant de l'assistance matérielle avait été doublé. Actuellement, des programmes spécifiques d'aide au retour sont en cours pour les ressortissants de Guinée, du Nigeria et de Tunisie.

⁴⁷ Parmi ce pourcentage relativement élevé figurent toutefois également les personnes ayant fait un recours après un premier rejet de leur demande d'asile.

responsable de la mise en œuvre et du suivi des micro-projets individuels de réinsertion. La charte constitutive de l'OIM limite en effet les activités de cette organisation à fournir des services aux Etats dans le cadre de « retour volontaire ». Elle a de ce fait adopté une définition extrêmement large des « retours volontaires » en qualifiant de « retours volontaires sous contraintes » le retour de personnes « n'ayant plus de droit au séjour dans le pays d'accueil et choisissant de rentrer dans leur pays d'accueil de leur propre volonté » (OIM, 2004 : 10).⁴⁸ L'inclusion du retour des personnes ne bénéficiant pas d'autorisation de séjour à l'intérieur de la catégorie de « retour volontaire » permet de ce fait à l'OIM d'être la principale organisation chargée de la mise en œuvre - et bien souvent de l'évaluation - des « programmes de retours volontaires assistés ».

Contrainte juridique

Il semble premièrement nécessaire de rappeler que, malgré le discours mettant en avant le caractère « volontaire » d'une majorité de départs, c'est le rejet de la demande d'asile et la décision de renvoi concomitante qui fondent le point de départ de l'ensemble de la « politique suisse de retour ». Ainsi, le fait que les départs aient lieu sans qu'il ne soit fait un recours effectif à la contrainte physique, tel que dans le cadre d'un programme d'assistance au retour, ne peut en aucun cas faire oublier l'obligation légale de quitter le territoire qui pèse sur les individus et les différentes formes de contraintes qui en découlent.

Dès lors que les ressortissants étrangers ne disposent pas d'une autorisation légale de séjour sur le territoire, la contrainte légale qui les enjoint à quitter le territoire devrait donc exclure tout emploi du qualificatif de « volontaire ». Même si les modalités par lesquelles la décision de renvoi est exécutée peuvent impliquer un certain degré de consentement de l'individu, celui-ci ne peut en aucun cas être considéré comme une décision librement consentie de retourner dans leur pays d'origine. Le fait qu'une contrainte légale préside à l'ensemble des procédures mises en œuvre par les autorités devrait, selon la définition même qu'en donnent les responsables de cette politique, exclure l'usage d'un terme qui véhicule l'idée d'une décision librement consentie.

Il est de ce fait important de rappeler que ce n'est – pour l'immense majorité des cas - qu'une fois que les personnes ont épuisé toutes les voies légales leur permettant de demeurer en Suisse, qu'elles sont prêtes à considérer l'option d'un retour assisté. On constate donc aisément l'importance de la contrainte juridique pour l'ensemble des personnes concernées par la politique de retour, y compris celles qui finissent par accepter de rentrer dans le cadre d'un programme de retour assisté. Il apparaît donc nécessaire de « replacer l'église au milieu du village » en soulignant que l'obligation de quitter le territoire constitue le point de départ, dont découleront les autres formes de contraintes.

⁴⁸ Traduction des auteurs.

Contraintes matérielles

L'importance que revêt la contrainte juridique liée à l'obligation de quitter le territoire est par ailleurs intimement liée aux contraintes matérielles qui pèsent sur les requérants déboutés. En ne considérant que des facteurs purement économiques, l'assistance proposée dans le cadre de l'aide au retour ne peut avoir un caractère incitatif que dans la mesure où les personnes estiment avoir de meilleures perspectives en rentrant dans leur pays d'origine à la faveur d'un programme de retour assisté qu'en demeurant sur le territoire. Partant de cette perspective particulièrement étroite, diverses mesures ont été prises afin de péjorer les conditions de vie des requérants déboutés.

La première porte sur l'interdiction de travailler faite aux requérants d'asile déboutés. Une assistance d'un montant de 4 000 CHF (3600 €) - ou même dans le meilleur des cas de 7 000 CHF (5600 €), comme c'est le cas pour les programmes spécifiques à destination du Nigéria - n'a vraisemblablement qu'un effet incitatif très limité pour des personnes disposant d'une autorisation de séjourner et de travailler en Suisse, et pour qui cette somme ne représente *a priori* guère plus de deux salaires mensuels⁴⁹. Même pour des individus pouvant espérer trouver un travail au noir, l'aide au retour ne peut constituer qu'une incitation relativement modeste, représentant l'équivalent de deux à quatre mois de salaires⁵⁰. On peut donc ici clairement constater que ces mesures ne peuvent vraisemblablement avoir un effet incitatif que pour des personnes n'ayant pas ou peu de perspectives de trouver un emploi en Suisse et se trouvant par conséquent dépendantes de l'assistance qui leur est fournie dans le cadre de l'asile⁵¹.

Selon la logique dissuasive visant à péjorer les conditions de vie des requérants déboutés afin de les pousser à quitter le territoire, une série de mesures ont été prises au cours des années 2000. En effet, jusqu'en 2004, tous les requérants d'asile dont la demande avait été rejetée bénéficiaient de la même assistance sociale que celle à laquelle ils avaient droit durant leur procédure d'asile, et ce jusqu'à leur éloignement effectif⁵². Certains des bénéficiaires attachés à la procédure d'asile perduraient ainsi au-delà de la décision négative pour ne se terminer en réalité qu'avec l'expulsion du territoire. Il apparaissait alors logique, d'un point de vue pragmatique, de continuer à fournir une assistance à des personnes dépourvues de ressources et d'autorisation de travailler, et cela tant que durerait leur présence en Suisse.

⁴⁹ Selon l'Office fédéral de la statistique suisse, en 2012, le salaire brut au-dessous duquel se trouvent 25% des personnes les moins bien payées (interquartile 1) se situe en effet à 4 450 CHF (4 011 €).

⁵⁰ Dans leur étude Fluckiger et Pasche (2004 :15) font en effet état d'un salaire brut moyen pour les travailleurs sans-papiers de l'économie domestique équivalant à 2 176 CHF par mois (3734 €).

⁵¹ Bien que les coûts liés à l'exécution d'une procédure de renvoi ou du maintien des personnes au sein des structures d'assistance soient beaucoup plus onéreux, les autorités sont réticentes à augmenter les montants octroyés par peur de créer un « appel d'air » auprès des requérants d'asile potentiels. Le paradoxe de la politique d'aide au retour consiste donc dans le fait qu'elle devrait constituer une incitation au départ, mais ne devrait pas pour autant inciter à venir demander l'asile en Suisse dans le seul but de pouvoir en bénéficier.

⁵² L'assistance sociale attribuée aux personnes du domaine de l'asile est d'un tiers inférieure aux prestations d'aide sociale dont peuvent bénéficier les Suisses et les étrangers ayant une autorisation de séjour en Suisse (Efionayi *et al.* 2012).

Cette logique pragmatique d'assistance fera place à une logique dissuasive lorsqu'en 2004, il sera décidé de supprimer l'aide sociale aux requérants déboutés. Le raisonnement sous-jacent à cette décision politique consistait à penser que les requérants déboutés seraient incités à retourner dans leur pays d'origine si les conditions matérielles qui leur étaient offertes en Suisse ne correspondaient pas à leurs attentes. Cet « effet dissuasif » sur les requérants déboutés est le plus souvent véhiculé au travers du discours sur la « réduction de l'attractivité » de la Suisse pour les personnes n'ayant pas un réel besoin de protection (DFJP, 2005 : 4). La suppression de l'assistance sociale a donc été explicitement présentée comme ayant un caractère dissuasif dont le but avoué était d'inciter les personnes n'ayant pas de réels besoins de protection à quitter d'elles-mêmes la Suisse.

La logique dissuasive de réduction de l'attractivité du système d'asile suisse a été quelque peu contrecarrée par la Constitution fédérale suisse, dont l'article 12 garantit à toute personne présente sur le territoire un minimum vital pour pouvoir vivre dans la dignité⁵³. Suite à la suppression de l'assistance sociale, des dispositifs d'« aide d'urgence » au sein des cantons se sont alors mis en place (Sanchez-Mazas *et al.* 2011). Toutefois la même logique de dissuasion a prévalu à l'instauration de cette aide comme le démontrent les propos d'un responsable cantonal : « *L'aide d'urgence, c'est quand même une mesure qui a pour but de les précariser pour les amener à collaborer à leur départ* » (Responsable d'un service cantonal de migration, entretien du 12 juin 2013).

Les cantons ont ainsi institué des systèmes qui – tout en fournissant une aide minimale garantie par la Constitution – permettaient malgré tout de dissuader les requérants déboutés à demeurer sur le territoire. Le canton de Genève a choisi, par exemple, de ne pas délivrer une assistance en espèces, mais en nature sous forme de « plateau repas » ôtant par conséquent aux individus jusqu'à leur capacité de décision quant à la nourriture qu'ils pourront ingérer durant leur séjour en Suisse. Lorsqu'une aide en espèces est versée, elle s'élève en moyenne à 9 CHF (8 €) par jour⁵⁴.

La logique dissuasive de précarisation des conditions de séjour se retrouve également au niveau des conditions d'hébergement offertes aux requérants déboutés. Le canton de Lausanne optait, par exemple, pour loger les individus dans des abris souterrains de la protection civile au sein desquels les personnes ne pouvaient demeurer que de 17 heures à 8 heures du matin. Le canton de Zürich optait, quant à lui, pour un « système de rotation » visant à empêcher les individus de nouer des liens au sein des centres ou en dehors en exigeant de la part de requérants déboutés de changer de centre d'hébergement chaque semaine. D'autres cantons, tels que le canton de Berne ou des Grisons, choisiront des zones montagneuses et difficilement accessibles pour y placer les centres d'aide d'urgence.

⁵³ « Quiconque est dans une situation de détresse et n'est pas en mesure de subvenir à son entretien a le droit d'être aidé et assisté et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine. »

⁵⁴ A titre indicatif, un café vaut en Suisse environ 3 CHF (2,7€).

La détérioration des conditions de vie des requérants déboutés vise donc à dissuader les personnes qui n'auraient pas de réels besoins de protection à préférer quitter le territoire que d'y rester vivre les conditions qui leur sont offertes. Cette « réduction de l'attractivité » de la Suisse et de son système d'asile permettrait également aux prestations offertes dans le cadre de l'aide au retour de constituer une incitation au retour. La logique dans laquelle est pensée l'incitation matérielle au départ se rapporte donc bel et bien à ce double mouvement consistant, d'une part, à détériorer les conditions d'existence des requérants déboutés, pour, de l'autre, leur offrir une assistance matérielle, qui sans cela ne pourrait pas constituer une quelconque incitation.

Contraintes psychologiques ou le recours indirect de la contrainte physique

En parallèle à cette combinaison de contraintes et d'incitations d'ordre matériel, les autorités usent également de moyens de contraintes psychologiques consistant à menacer la personne d'un recours à la contrainte physique si elle ne partait pas d'elle-même. Ainsi, après le rejet de leur demande d'asile, les autorités cantonales informent les déboutés qu'ils font l'objet d'une décision de renvoi et qu'ils sont par conséquent dans l'obligation légale de quitter le territoire suisse. Afin d'inciter les requérants déboutés à ne pas opposer de résistance lors de l'exécution de leur décision de renvoi, les autorités leur expliquent que s'ils collaborent avec les autorités, ils pourront quitter le territoire au bénéfice d'une aide au retour. Toutefois, en cas d'absence de collaboration, il sera alors fait recours aux forces de police afin de placer la personne en détention administrative, puis de la mettre dans un avion spécialement affrété (« vols spéciaux ») où les individus peuvent être entièrement entravés. L'usage de cette stratégie de la « carotte et du bâton » est explicitement admis par les responsables de l'exécution du renvoi, qui admettent également que l'aide au retour n'aura pas d'effet, sans l'éventualité du recours à la coercition. « *C'est vrai que si on a la carotte du départ volontaire, ça marche pas mal si on a le bâton du renvoi sous contrainte, ça marche mieux. On peut dire à la personne : Ecoutez soit vous rentrez librement avec une aide au retour, ou bien le renvoi forcé sans rien du tout !* » (Responsable d'un service cantonal de migration, entretien du 05 août 2013).

Les requérants déboutés sont par conséquent informés le plus rapidement et clairement possible que, dans le cas où ils refuseraient de rentrer « volontairement » dans le cadre des programmes d'aide au retour, ils seront inmanquablement renvoyés par la force. Concomitamment aux informations dispensées sur les formes d'assistance disponibles dans le cadre de l'aide au retour, les autorités cantonales insistent donc également sur les mesures qui seront prises à leur égard dans le cas où elles n'accepteraient pas de rentrer. L'administration fédérale informe, notamment à l'aide du dépliant reproduit ci-dessous, les requérants fraîchement déboutés sur les procédures progressivement mises en œuvre au cas où ils refuseraient de quitter le pays de manière « volontaire ».

Figure 1 : Dépliant remis aux requérants d'asile lors de la réception d'une décision négative⁵⁵



Ce dépliant illustre la manière dont la gradation de la contrainte est présentée aux étrangers faisant l'objet d'une décision de renvoi. Il démontre ainsi particulièrement bien l'effet d'incitation au départ « autonome » que cherchent à produire les autorités en illustrant ce qui attend les personnes qui refuseraient de quitter le territoire. Il ne constitue que la première annonce des conséquences d'un refus de collaboration dans le cadre de leur procédure de renvoi. Une pression de plus en plus forte sera mise sur les requérants déboutés afin qu'ils effectuent des démarches en vue de leur départ. Ainsi, si après quelques semaines la personne n'a toujours pas entrepris les démarches en vue d'un retour « volontaire », les autorités cantonales commenceront alors à menacer l'individu de recourir à la détention administrative et aux forces de police afin de mettre le renvoi à exécution. De nombreux témoignages de requérants déboutés font état de la pression croissante que les autorités exercent sur les individus, et de ce que cela provoque chez ces personnes :

« La dernière fois, ils m'ont retenu avant de me donner le tampon⁵⁶, et m'ont fait monter au bureau. Là-bas, ils m'ont dit que je n'avais plus rien à faire ici, que j'étais illégal, que je devais quitter la Suisse... que si je n'organisais pas mon départ en allant à la Croix-Rouge Genevoise et à mon ambassade, ce serait la police qui allait me renvoyer ! Ce jour-là, j'ai cru que ma tête allait exploser. Et la prochaine fois, je suis sûr qu'ils vont me retenir encore... » (Requérant d'asile débouté attribué au canton de Genève, entretien réalisé en août 2007).

⁵⁵ Pour des questions de lisibilité nous reproduisons ici la légende du dépliant:

A. *Retour autonome* : Retour au pays en tant que passager normal.

B. *Rapatriement sans escorte policière* : Escorte policière jusqu'à l'embarquement. Documents de voyage en possession de l'équipage.

C. *Rapatriement sous escorte policière* : Escorte policière sur vol de ligne. Usage des menottes si nécessaire. Remise aux autorités du pays de provenance.

D. *Rapatriement sous escorte policière* : Rapatriement sur vol spécial. Usage de menottes, de liens et de force physique si nécessaire. Remise aux autorités du pays de provenance.

⁵⁶ Il s'agit du tampon effectué par les autorités cantonales, qui permet aux individus d'avoir accès à l'aide d'urgence.

L'usage indirect des formes de contraintes en tant que « moyen de pression » sur les requérants déboutés est loin d'être une pratique officieuse à laquelle recouraient certains fonctionnaires peu scrupuleux au sein des services cantonaux. La citation suivante démontre au contraire que cet usage indirect de la contrainte est explicitement admis comme l'une des principales fonctions des mesures de contraintes.

« Les représentants des autorités ainsi que les autres personnes interrogées ont souligné que les systèmes d'incitation peuvent contribuer à motiver les personnes en situation irrégulière à retourner dans leur pays. Dans ce contexte, les mesures de contrainte servent essentiellement de moyen de pression pour les personnes qui préfèrent séjourner illégalement en Suisse plutôt que de faire appel à l'aide au retour » (Contrôle parlementaire de l'administration, 2005 : 40).

Ainsi, nous pouvons constater que malgré un usage direct limité de la contrainte physique par les autorités suisses, la place que celle-ci occupe au sein de la politique de retour est en réalité primordiale. En effet, plus encore que son usage effectif, c'est la potentialité d'y faire recours qui constitue la pierre angulaire de l'ensemble de la politique de retour. Le fait que, d'après les déclarations mêmes des plus hauts responsables de l'administration, l'ensemble de la politique de retour repose sur la possibilité d'user la contrainte physique amène encore une fois à remettre en question le caractère volontaire des retours après une décision de renvoi. Même lorsque le départ intervient sans qu'il soit fait un usage direct de la contrainte physique, c'est la menace d'y recourir qui permet, en partie au moins, d'expliquer que les requérants déboutés acceptent de rentrer de manière « volontaire » ou « autonome ». C'est ce qui ressort de nombreux entretiens effectués avec des requérants déboutés rentrés dans le cadre d'un programme d'aide au retour.

« I had no intention to come back, but the authorities told me to come back. (...) I even said that I won't sign for this return assistance, but they told me: look, you better sign and take return assistance, or we will arrest you, chain you hands to your back and move you to the country where you come from » (Requérant d'asile débouté rentré au Nigéria dans le cadre d'un programme d'aide au retour, entretien réalisé en janvier 2010).

La potentialité de l'usage de la contrainte physique, dans le cas des expulsions « niveau 4 », constitue donc avant tout une technique de gouvernement permettant aux autorités de faire pression sur les requérants d'asile déboutés afin de les contraindre à quitter la Suisse de manière « autonome ». On constate donc la manière dont diverses formes de contraintes légales, matérielles et psychologiques sont combinées avec l'incitation matérielle que représente l'aide au retour afin d'inciter les individus à collaborer à leur renvoi, ou du moins à ne pas opposer de résistance physique.

Un entretien effectué par Estelli (2015 : 91) avec Karl Lorenz⁵⁷, un ancien responsable lors de la mise en place de l'aide au retour dans les années 1990 par la Confédération, montre clairement que la stratégie consistant à favoriser les retours « volontaires » en posant le retour sous contrainte comme unique autre alternative a été pensée comme telle dès l'origine de la politique :

⁵⁷ Ancien chef de la section aide au retour à l'ODM et ex-directeur du bureau national de l'OIM à Berne.

« On était de l'avis, comme aujourd'hui, que le retour volontaire marche uniquement s'il y a aussi la possibilité de retour sous contrainte. Si les gens peuvent choisir entre rentrer volontairement et rester en Suisse, je pense que le choix est plutôt clair, on va plutôt opter pour le séjour en Suisse, pour rester en Suisse. Si le choix est plutôt de rentrer volontairement ou d'être renvoyé sous contrainte, je pense que là on a la chance que les gens acceptent un retour volontaire. » (Entretien du 23 octobre 2014)^{ss}

Ainsi, le choix qui est offert aux individus ne porte évidemment pas sur le fait de savoir s'ils veulent demeurer sur le territoire ou non, mais uniquement sur la manière par laquelle leur renvoi sera effectivement mis à exécution. Cela équivaut en réalité à ne laisser aux requérants déboutés qu'une décision qui devrait *a priori* s'imposer d'elle-même, à savoir s'ils préfèrent quitter la Suisse avec une assistance ou des menottes.

C'est donc dans l'articulation de différentes formes de contraintes (juridiques, matérielles, psychologiques et physiques) combinées à l'incitation matérielle que représente l'aide au retour que réside la stratégie mise en œuvre par les autorités suisses afin de dissuader les personnes à demeurer sur leur territoire. Il apparaît dès lors clairement que le fait que l'exécution des décisions de renvoi intervienne sans qu'il ne soit finalement fait recours effectif à la coercition physique ne peut pas pour autant amener ces retours à être considérés comme « volontaires » ou même « autonomes ». Plutôt qu'une alternative au retour sous contraintes, les instruments des programmes d'« aide au retour » devraient être clairement identifiés comme faisant partie intégrante de l'ensemble d'une politique visant à gouverner le comportement d'« étrangers indésirables », afin de les pousser à se plier à l'obligation légale de quitter le territoire. La rationalité de gouvernement que nous qualifions d'« expulsions volontaires » consiste donc à mettre en place des conditions telles que les étrangers se soumettent d'eux-mêmes à l'injonction de quitter le territoire qui leur est faite, sans que les autorités aient à faire un usage (coûteux et contesté) de la coercition physique.

4. Conclusion

L'objectif de cette contribution résidait dans la mise en évidence d'une rationalité de gouvernement des « étrangers indésirables » désignée sous le terme d'« expulsions volontaires ». Cette logique de gouvernement vise à exécuter les renvois d'étrangers en les amenant à se plier à la décision des autorités de renvoi, afin d'éviter (autant que possible) de faire un recours direct à la coercition physique.

Pour mettre en évidence cette gouvernementalité, nous avons commencé par remettre en question le discours officiel entourant et légitimant ce qui est connu en Suisse sous le terme de « politique de retour ». Comme cela a été démontré, l'objectif avoué de cette politique consiste à mettre à exécution les décisions de renvoi des personnes se trouvant illégalement en Suisse, avec un focus particulier sur les requérants d'asile déboutés. Si le qualificatif de

^{ss} A noter que cet extrait illustre parfaitement une confusion qui existe dans l'usage du terme « retour volontaire » qu'on retrouve souvent. Dans un premier temps, l'interviewé le met en relation avec la possibilité de pouvoir rester en Suisse et par la suite avec le renvoi forcé. Ce faisant, il omet clairement que le fait d'opter pour le retour dit « volontaire » sous la menace ou la pression d'un renvoi forcé ne relève pas d'une décision librement consentie.

« politique d'exécution des renvois » apparaîtrait déjà nettement plus fidèle au but poursuivi, le concept d'« expulsion volontaire » nous semble utile afin de souligner plus spécifiquement la manière dont la mise en œuvre des décisions d'expulsion est pensée.

Nous avons mis l'accent sur la catégorisation binaire entre « retours volontaires » et « contraints » sur laquelle repose en bonne partie le discours officiel légitimant cette politique. En nous appuyant sur les autres formes de catégorisation légales et administratives, ainsi que sur des observations et entretiens avec les acteurs concernés, nous avons pu démontrer comment cette catégorisation binaire amène à masquer les diverses formes de contraintes légales, matérielles, et psychologiques qui sous-tendent toutes procédures d'exécution de renvoi, et cela même lorsque le départ intervient sans qu'il soit fait usage de la force.

Nous espérons que cette analyse contribue à faire définitivement renoncer à l'emploi de la catégorie de « retour volontaire », afin de qualifier tout départ ayant lieu après qu'une décision de renvoi ait été prononcée, et ce même s'il intervient dans le cadre d'un programme d'assistance. Le maintien de cette terminologie semble, au moins partiellement, consciemment entretenu par des instances gouvernementales et intergouvernementales souhaitant véhiculer une image plus favorable d'une politique suscitant de nombreux débats au sein de la société civile. Il est indéniable qu'un départ ayant lieu dans le cadre d'un « programme d'aide au retour » est préférable pour l'ensemble des acteurs concernés. Le choix offert aux personnes concernées par une décision d'expulsion ne porte toutefois pas sur le fait de rester ou non sur le territoire, mais uniquement sur les conditions du déroulement de l'exécution du renvoi. A ce titre les départs ayant lieu dans ce cadre ne peuvent pas être considérés comme des « alternatives » aux renvois, mais bien comme la moins « mauvaise » des formes de « départs sous contraintes ». Le fait que ces départs ne puissent pas être considérés comme une alternative au renvoi devrait également amener à renoncer à légitimer le recours à la coercition physique à l'encontre de personnes en mettant en avant un rejet de l'offre d'un « retour volontaire » qui leur aurait été faite.

Un dernier élément du discours sur la politique de retour, afin de mettre en évidence un mode de gouvernement particulier des « étrangers indésirables », porte sur la manière dont ce discours légitime l'usage de la contrainte physique en insistant, d'une part, sur la nécessité absolue de son maintien pour l'ensemble de la politique, et de l'autre, sur l'usage très restreint qui en est fait. En effet, même dans le cas où il n'est pas fait un recours direct à des formes de contraintes physiques, nous avons fait ressortir la manière dont la potentialité d'y faire recours constitue le socle sur lequel repose toute cette politique d'exécution des renvois.

La considération de l'ensemble de ces éléments permet au final de révéler une rationalité de gouvernement visant à produire le comportement désiré de la part d'une catégorie de la population, à savoir la collaboration des requérants déboutés à leur procédure de renvoi. Ainsi, l'illégalisation du séjour, l'interdiction de travail, la suppression de l'aide sociale et les menaces du recours à la détention administrative et aux « vols spéciaux » constituent autant de contraintes, qui – en conjonction avec l'incitation matérielle que représente l'aide au retour

– visent à procéder à l'exécution des renvois, en évitant autant que possible faire un recours effectif aux formes de contraintes physiques. Ce mode de gouvernement consiste donc en une articulation de différentes formes de contraintes et d'incitations visant à pousser les « étrangers indésirables » à quitter le pays. Ces dernières sont associées les unes aux autres avec l'objectif de produire le comportement désiré, à savoir le départ de l'étranger « indésirable ».

Avant de conclure, il est nécessaire de préciser que si cette contribution a cherché à mettre en lumière une rationalité de gouvernement des « étrangers indésirables », elle ne s'est toutefois pas attachée à évaluer dans quelle mesure cette gouvernementalité est effectivement efficace afin de produire le comportement attendu. Bien qu'il n'existe pas en Suisse de statistiques sur le taux de non-exécution des décisions de renvoi, de nombreux éléments semblent toutefois suggérer que la politique mise en œuvre par la Confédération se heurte à de nombreux obstacles. Une étude portant sur les requérants d'asile déboutés en Suisse a notamment souligné les mécanismes psychosociaux de résistance (en particulier ceux de « réactance » et de « résilience ») qu'induisait chez les requérants l'état de contraintes dans lesquelles l'administration les place (Sanchez-Mazas *et al.*, 2011). En outre, alors que la grande majorité des instruments de la « politique de retour » décrite ici porte sur l'objectif de contraindre l'étranger aux décisions du gouvernement suisse, l'aboutissement de l'exécution du renvoi dépend d'une multiplicité d'acteurs et de facteurs, sur lesquels les autorités suisses n'ont parfois que peu d'influence⁹⁹. Si l'importance de la collaboration des Etats d'origine des étrangers dans le cadre de cette procédure a été relevée (Ellerman, 2008) et que les Etats européens cherchent également à prendre des mesures pour s'assurer leur collaboration, les résultats demeurent en dessous de leur attente. Les difficultés d'exécution des décisions de renvoi ne sont d'ailleurs pas spécifiques à la Suisse. La non-application des décisions d'expulsion est un phénomène répandu, qui a donné lieu à diverses analyses, telles que celle du *deportation gap* (Gibney, 2008), interprétant l'écart entre le nombre de décisions d'expulsions notifiées et celui d'expulsions effectives. Il s'agit également d'un problème qui préoccupe de plus en plus la Commission européenne (2014) comme le montre son livre vert sur la politique de l'UE en matière de retour. Selon son commissaire chargé de la migration, Dimitris Avramopoulos (2014), le taux d'application des décisions d'expulsion prises par les pays de l'UE n'était que 39% en 2014.

Il pourrait être particulièrement intéressant à l'avenir d'analyser quelles sont les résistances qu'opposent les personnes menacées d'expulsion ou encore les Etats d'origine des migrants à la mise en œuvre effective de cette gouvernementalité. Par ailleurs, il serait également opportun de chercher à voir s'il est possible de retracer l'origine de cette forme de gouvernement des « étrangers indésirables » au sein d'autres pays d'Europe ou d'Amérique du Nord.

⁹⁹ « Les résultats de l'enquête ont également montré qu'un renvoi ne dépend pas seulement de l'application ou du durcissement des mesures de contrainte, mais également de facteurs externes, non influençables, tels que le refus de certains États de reprendre leurs ressortissants rapatriés sous contrainte Contrôle parlementaire de l'administration (2005 : 2) ».

5. References

- Avramopoulos Dimitris (2014)** Letter to Home Affairs and Ministers of the EU countries, Brussels, le 1er juin 2015, Ares(2015) 2397724, <http://www.statewatch.org/news/2015/jun/eu-AVRAMOPOULOS-migration-letter-to-eu-ministers.pdf>, consulté le 15 septembre 2015.
- Blitz Brad K., Sales Rosemary et Lisa Marzano (2005)** Non-Voluntary Return? The Politics of Return to Afghanistan, *Political Studies*, 53, pp. 182-200.
- Bröckling Ulrich, Krasmann Susanne et Lemke Thomas (2011)** From Foucault's lectures at the Collège de France to the studies of governmentality, in Governmentality, in Bröckling Ulrich, Krasmann Susanne et Lemke Thomas Eds. *Current Issues and Future Challenges*, New York et London, Routledge, pp. 1–33.
- Contrôle parlementaire de l'administration (2005)** *Evaluation des mesures de contrainte en matière de droit des étrangers*, Berne, 76 p.
- Commission européenne (2014)** Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la politique de l'Union européenne en matière de retour, COM(2014) 199 final, Bruxelles.
- Contrôle parlementaire de l'administration (2005)** Evaluation des mesures de contrainte en matière de droit des étrangers, Rapport final du Contrôle parlementaire de l'administration à l'attention de la Commission de gestion du Conseil national du 15 mars 2005, Berne.
- DFJP (2012)** Guide DFJP Rapatriements dans les domaines des étrangers et de l'asile, Office fédéral des migrations Division Procédure à la centrale et retour, Berne-Wabern, 34 p.
- Efionayi-Mäder Denise, Stünzi Robin et de Senarclens Clément (2012)** *Soumettre tous les requérants d'asile au régime de l'aide d'urgence ? Données utiles au débat public*, Centre de droit des migrations, Neuchâtel.
- Ellermann, Antje (2008)** The limits of unilateral migration control: Deportation and inter-state cooperation, *Government and Opposition*, 32(2), pp. 168–89.
- Estelli Mélanie (2015)** *La politique d'aide au retour. L'exemple de la Suisse*, Mémoire de licence, Institut de géographie de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel, 128 p.
- Fassin Didier (2011)** Policing Borders, Producing Boundaries. The Governmentality of Immigration in Dark Times, *Annual Review of Anthropology*, 40, pp. 213–226.
- Flückiger Yves et Pasche Cyril (2004)** *Analyse du secteur clandestin de l'économie domestique à Genève*, Observatoire Universitaire de l'Emploi, Genève, 39 p. dernière consultation : 13/04/2015.
- Foucault Michel (1994a)** La « gouvernementalité », in Foucault Michel, *Dits et Ecrits*, Paris, Gallimard, Vol. III, pp. 635-657.
- Foucault Michel (1994b)** Les techniques de soi, in Foucault Michel, *Dits et écrits*, Vol. IV, Paris, Gallimard, pp. 783-813.
- Foucault Michel (2004)** *Sécurité, territoire, population*, Cours au Collège de France, 1977-

1978, Paris, Gallimard/Seuil, IX + 435 p.

Geiger Martin et Pécoud Antoine, Eds. (2013) *Disciplining the Transnational Mobility of People*. New-York: Palgrave Macmillan, 271 p.

Gibney Matthew J. (2008) Asylum and the Expansion of Deportation in the United Kingdom. *Government and Opposition*, 43(2), pp. 146–167.

Gibney Matthew J. et Hansen Randall (2003) Deportation and the liberal state: the forcible return of asylum-seekers and unlawful migrants in Canada, Germany and the United Kingdom, *New Issues in Refugee Research*, Working Paper 77, Genève: UNHCR, 21 p.

Inda Jonathan et Dowling Julie (2013) *Governing Immigration Through Crime*. Stanford, Stanford University Press, 320 p.

Kaser Eric et Schenker Saskia (2008). L'aide au retour de la Suisse : bilan et perspectives, *Annuaire suisse de politique de développement*, 27 (2), pp. 199-212.

Kessler Daniel, Zürcher Dieter et Wigger Fiona (2013) Assisted Voluntary Return and Reintegration : An External Evaluation. KEK-CDC and BSS Consultants, in *Bericht des Bundesrats in Erfüllung des Postulats Müller Philipp 11.3062 vom 8. März 2011 Wirksamkeit und Kosten der Rückkehrhilfe*, dernière consultation : 13/04/2015.

Koser Khalid (2001) *The return and reintegration of rejected asylum seekers and irregular migrants: an analysis of government assisted programs in selected European countries*, Genève, IOM, 47 p.

Lascoumes Pierre (2004) La Gouvernamentalité : de la critique de l'État aux technologies du pouvoir, *Le Portique*, <http://leportique.revues.org/index625.html>, consulté le 09 mai 2012.

Lemke Thomas (2004) « Marx sans guillemets » : Foucault, la gouvernamentalité et la critique du néolibéralisme. Traduit de l'anglais par Chemali Marc, *Actuel Marx*, 36, pp. 13-26.

Noll Gregor (1999) Rejected Asylum seekers: The Problem of Return. *International Migration*, 37 (1), pp. 267-288.

ODM (2005) *Evaluation de l'aide individuelle (directive asile 62.2) : Période du rapport 2001-2004*, Berne-Wabern, ODM, 25 p.

ODM et OIM Berne (2007). 10 ans d'Aide au retour suisse : édition spéciale à l'occasion de l'anniversaire. *Going Home : la newsletter de l'aide au retour de l'ODM et de l'OIM Berne*. Juin 2007.

OIM (2007) Glossaire de la migration, *Droit international de la migration International*, 9, Genève, OIM, 104 p.

OIM (2004) *Return Migration: Policies and Practices in Europe*, Genève : OIM, 402 p.

Sanchez-Mazas Margarita et al. (2011) *La construction de l'invisibilité : suppression de l'aide sociale dans le domaine de l'asile*, Genève, IRES Editions, 304 p.

Webber Frances (2011) How voluntary are voluntary returns ?, *Race&Class*, 52(4), p. 98-107.

III. La détention administrative d'étrangers

Le premier chapitre de ce travail nous a permis de commencer à voir se dessiner une technique particulière de gouvernement des étrangers indésirables visant à forcer les individus à se soumettre à la décision de renvoi qui pèse sur eux sans avoir, si possible, à recourir aux formes les plus extrêmes de coercition physique dont dispose les autorités. L'analyse de cette technique de gouvernement sera approfondie et étendue dans ce deuxième chapitre au travers de la prise en compte des logiques qui président au recours de la détention administrative d'étranger en Suisse et en Europe.

Bien qu'elles ne soient pas au centre de l'argument présenté au sein de cet article, les formes de problématisation et de légitimation sur lesquels se basent l'usage de la détention administrative ressortent clairement des analyses effectuées pour le cas de la Suisse. Il est à ce titre particulièrement intéressant de noter que - comme le démontre le message du Conseil fédéral cité à la page 93 - c'est une polémique relative à la criminalité de requérants d'asile qui a constitué le point de départ de l'introduction de nouvelles mesures de détention administrative d'étrangers en Suisse. La justification de ces nouvelles mesures en tant qu'instrument de lutte contre la criminalité avait été écartée lors de débats parlementaires. La question de l'exécution des décisions de renvoi et celle de la lutte contre la criminalité avaient néanmoins été mêlées l'une à l'autre au travers de la rhétorique consistant à réclamer plus de moyens en vue d'exécuter le renvoi d'étrangers dont la présence apparaissait doublement problématique en raison de leur absence de droit de séjour et de leur implication au sein d'activités criminelles. Le point de départ relatif à la menace pour la sécurité et l'ordre public que pourrait représenter ce type particulier de population a eu une influence déterminante sur le type de réponse qui a été élaboré afin de répondre aux problèmes posés par cette catégories d'« étrangers indésirables ».

Deux principaux arguments sont faits lors de ce chapitre en ce qui concerne l'analyse des mesures élaborées et des rationalités de gouvernement qui les sous-tendent. Le premier porte sur l'usage de la détention en tant qu'instrument disciplinaire de contrôle migratoire. Selon une logique très similaire au dispositif de contrôle mis à jour lors du premier chapitre de ce travail, cet article présente la détention administrative comme un instrument visant à offrir un moyen de pression suffisant pour amener les individus à se soumettre à l'obligation de quitter le territoire qui pèsent sur eux. La logique disciplinaire de la détention administrative en Suisse est explicitement reconnue par le ministre défendant, au début des années 2000, le nouveau projet de loi sur les étrangers (citée à la page 94). Il déclare alors ouvertement que l'objectif de l'extension de la durée de la détention administrative à 24 mois n'est pas que les individus restent toute cette durée en détention, mais que la possibilité de les y maintenir durant une si longue période les amène à collaborer avec les autorités en vue leur propre expulsion. Ainsi, bien que le recours à la détention amène les autorités à renoncer à qualifier ces départs de « volontaire », la manière dont le gouvernement pense influencer sur la conduite de populations étrangères indésirables, au travers de l'introduction de formes extrêmes de coercition demeurent en réalité très similaire.

Le deuxième argument amène toutefois à élargir l'analyse des dispositifs de contrôles des étrangers indésirables. Les analyses effectuées suggèrent en effet que la détention administrative d'étrangers n'est pas uniquement être pensé comme un instrument de contrôle migratoire au travers de l'objectif d'exécution des décisions de renvoi qu'il servirait. Comme le suggère en faisceau de preuve présentée dans la dernière section de cet article, la détention administrative d'étrangers semble également assumer une fonction punitive visant à dissuader les requérants d'asile déboutés, pour lesquels le système pénal est jugé insuffisant, à commettre des infractions mineures.

Ce chapitre amène par conséquent à compléter l'analyse des dispositifs de contrôles des « étrangers indésirables » en mettant en évidence l'introduction au sein du droit des étrangers d'outils, qui emploient la privation de liberté non seulement avec des visées disciplinaires afin de contraindre les étrangers à se conformer aux décisions administrative des autorités, mais également - comme dans le cas de la justice criminelle - à des fins dissuasives. Cette contribution démontre ainsi que la détention administrative d'étrangers n'est pas uniquement pensée en temps qu'instrument de contrôle de la migration, mais plus généralement comme un *dispositif de contrôle des populations étrangères*. Au lieu de ne chercher qu'à faciliter l'exécution du renvoi en garantissant la présence de l'individu lorsque la décision peut être finalement mise à exécution, la détention administrative s'est progressivement transformée en un instrument disciplinaire et répressif visant non seulement à forcer l'individu à se conformer aux ordres des autorités administratives, mais à les dissuader de commettre d'éventuelles infractions. Cette utilisation de la détention administrative à des fins disciplinaires et dissuasives implique un recours à des périodes potentiellement beaucoup plus longues de privations de liberté et se rapproche de forme de sanctions pénales qu'en une simple procédure administrative.

Cet article démontre ainsi une intrication croissante entre les moyens et objectifs employés entre le système de justice pénale et le système administratif de régulation de l'immigration. L'analyse de l'évolution de la détention administrative en Suisse nous a ainsi conduit à faire recours au concept de « crimmigration law » (Stumpf 2006), qui postule l'émergence d'un système de contrôle crimmigratoire de contrôle des populations étrangères au travers de la fusion croissante entre les logiques et moyens propre au système pénal et ceux du droit des étrangers. Cette tendance, ayant été jusqu'ici mis en lumière par divers auteurs dans le cas des USA, peut donc être attestée dans le cas de la Suisse au travers du renforcement au sein du droit administratif des étrangers de logique et d'instrument propre au système pénal.

L'apport de l'analyse portant sur la détention administrative en Suisse en relation avec le débat portant sur la question des « camps » et de l'instauration d'un « état d'exception » au sein du droit des étrangers n'a pas été approfondi dans le cadre de ce chapitre, notamment en raison d'une autre contribution (voir Senarclens 2013) y étant plus particulièrement consacré. Les résultats présentés dans ce cadre amène néanmoins à clarifier les questions relatives aux fonctions que remplirait le régime légal de détention administratif en tant qu'instrument disciplinaire et punitif. L'usage de la privation de liberté comme outil employé en vue soumettre les individus aux décisions d'expulsion et à les dissuader de commettre des

infractions pénales peut également attester de l'instauration d'un « régime d'exception » au sein du droit des étrangers. A ce titre, une analyse des liens entre l'émergence d'un système crimmigratoire et celui d'un « état d'exception » mériterait très certainement d'être encore approfondie.

Article 2. Discipline and Punish ? The Purpose of Immigration Detention in Europe⁶⁰

Co-écrit avec Izabella Majcher

Abstract

Pre-removal detention is usually considered an administrative measure aimed at the facilitation of the removal of irregular migrants by preventing them from absconding during removal proceedings. The administrative nature of immigration detention implies that persons subject to this measure do not have access to the fair trial guarantees that criminal detainees are entitled to. However, the assessment of pre-removal detention under European Union and Swiss legislation demonstrates the penal nature of such detention despite its formal administrative classification. The penal nature of immigration detention is most easily revealed by the explicit deterrent—if not punitive—function it is supposed to fulfill in order to force foreigners to cooperate in their own removal procedure. Moreover, this penal nature may also be deducted from the more implicit purpose of immigration detention to punish irregular migrants and asylum seekers for criminal offences. The discrepancy between the administrative label of immigration detention and its punitive nature should be remedied. Arguably, the use of pre-removal detention should be limited to a truly administrative purpose, i.e. for very short periods of time allowing the state to prevent concrete risks of absconding once removal is about to be enforced. Alternatively, if the existing legal framework fails to prevent the use of immigration detention according to disciplinary or punitive functions, immigration detainees should be afforded guarantees comparable to those applied in criminal proceedings.

1. Introduction

Legal scholars and researchers describe immigration detention as deprivation of liberty under administrative law for reasons that are directly linked to the administration of immigration policies⁶¹. Immigration detention is thus a form of administrative detention that, to the contrary of criminal incarceration, refers to deprivation of liberty ordered by the executive

⁶⁰ Article paru en novembre 2014 au sein du volume 11 (numéro 2) de la revue scientifique à comité de lecture *AmeriQuest : Narrative, Law and Society*. *AmeriQuest* est une revue américaine interdisciplinaire dont les contributions, portant sur la relation entre le droit et les sciences sociales, sont accessibles en ligne.

⁶¹ Galina Cornelisse, *Immigration Detention and Human Rights*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff, 2010, p.6. Immigration detention can be also defined as “deprivation of liberty of non-citizens because of their undocumented or irregular status,” see Global Detention Project, Glossary, <http://www.globaldetentionproject.org/resources/glossary.html>.

branch of government—rather than the judiciary—without charges or trial.⁶² Immigration detention constitutes one of the permissible exceptions to the right to liberty under article 5 of the European Convention on Human Rights (ECHR). Under article 5(1)(f) the ECHR allows “the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorized entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.”⁶³ In this context it has been usually presented as an inevitable element of the policies aimed at enforcing the return of irregular migrants, in particular by preventing the non-citizen from absconding during the preparation of their removal.⁶⁴ As a result, immigration detention should constitute a preventive measure that is by no means a punitive one.⁶⁵

The qualification of immigration detention as administrative has far reaching implications on the level of procedural protection offered to detainees. As noted above, administrative detention does not require charges or trial. In fact, the fair trial guarantees set out in or derived from article 6 of the ECHR—such as presumption of innocence, personal hearing, right to legal advice and translation, time and facilities to prepare one’s defense, and the right to remain silent—are restricted to criminal law proceedings.⁶⁶ Thus it may be convenient for states to label detention of penal nature as administrative in order to avoid respecting these safeguards.

⁶² International Commission of Jurists, *The Definition and Scope of Arbitrary Deprivation of Liberty in Customary International Law: International Commission of Jurists (ICJ) Submission to the Working Group on Arbitrary Detention*, February 2012, p. 10.

⁶³ Two main kinds of immigration detention derive from this provision: *pre-admission detention* and *pre-removal detention*. Although this contribution will focus only on pre-removal detention, the terms “pre-removal detention” and “immigration detention” will be used interchangeably.

⁶⁴ Stephanie J. Silverman, “Regrettable but Necessary?” A Historical and Theoretical Study of the Rise of the U.K. Immigration Detention Estate and Its Opposition,” *Politics and Policy*, 2012, 40(6): 1131–1157; Gregor Noll, “Rejected Asylum Seekers: The Problem of Return.” *International Migration*, 1999, 37(1): 267–288; Matthew J. Gibney, “Asylum and the Expansion of Deportation in the United Kingdom.” *Government and Opposition*, 2008, 43(2): 146–167.

⁶⁵ By “preventive” it is understood that such a detention serves merely to prevent the person concerned from absconding during the preparation of their removal. The paper uses the terms “preventive”, “administrative” or “non-punitive” interchangeably to distinguish administrative detention from penal incarceration which pursues punitive objectives.

⁶⁶ Traditionally, under the ECHR, the due process guarantees under article 6 are restricted to civil disputes and criminal processes; the majority of administrative proceedings, including those concerning return and immigration detention, are excluded from the scope of guarantees under article 6, see ECtHR, *Maaouia v. France*, 39652/98, (October 5, 2000), para. 39–41. As a result, both European states and the EU legislation (the Returns Directive, see below) dealing with pre-removal detention provide for less guarantees than criminal detainees are entitled to under article 6. For a more in-depth discussion on the difference between guarantees afforded to immigration detainees and criminal detainees, see Izabella Majcher, ““Crimmigration” in the European Union through the Lens of Immigration Detention,” Global Detention Project Working Paper No. 6, September 2013. Likewise, the Court of Justice of the European Union (CJEU) does not require a fully-fledged set of fair trial guarantees to be afforded to immigration detainees under the Returns Directive. In its ruling in the *G and R* case, the Luxembourg judges found that not every irregularity in the exercise of the rights of defence (such as the right to be heard) in an administrative procedure extending pre-removal detention will constitute infringement of those rights, see CJEU, *M.G. and N.R.*, Case C-383/13 PPU, (September 10, 2013), para. 39 and 46. Arguably, the European Union Charter on Fundamental Rights may trigger changes in this double-standard practice, since the right to a fair trial under its article 47, to the contrary of article 6 of the ECHR, is not restricted to civil and criminal litigations, see Angela Ward et al., “Article 47: Right to an Effective Remedy,” in *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, ed. Steve Peers (Oxford: Hart Publishing, 2014), 1197–1275.

In its jurisprudence on article 6, the European Court of Human Rights recognized that states could easily avoid fair trial guarantees by defining an infraction or procedure as administrative rather than criminal in their domestic legislations.⁶⁷ It thus acknowledged that there might be proceedings that are formally administrative but that are in fact criminal in nature. In *Engel v. the Netherlands*, the Court established three criteria to distinguish criminal proceedings from administrative ones. These criteria are not cumulative but each of them may reveal the criminal nature of the proceedings at stake. Accordingly, the Court assesses the formal classification of the proceedings under domestic law, the nature of the offence, and the nature, severity, and purpose of the penalty.⁶⁸ This contribution will focus more specifically on the last *Engel* criterion (nature, severity, and purpose of the penalty) that has been considered as the most relevant one to determine the penal nature of a penalty. As regards the nature of a penalty, deprivation of liberty most easily represents the criminal character of a sanction.⁶⁹ The severity of the penalty has been assessed through the maximum permissible length of detention, rather than the one actually imposed.⁷⁰ Finally, regarding the purpose, the Court found, in *Öztürk v. Germany*, that the “the purpose of the penalty, being both deterrent and punitive, [suffices] to show that the offence in question was, in terms of Article 6 (art. 6) of the Convention, criminal in nature.”⁷¹ Although the Court never acknowledged the penal nature of immigration detention, this paper will apply its line of reasoning in *Engels* by analogy to assess whether immigration detention may be considered as having a penal nature.

Several proponents of the theoretical framework of the “cimmigration system of control”⁷² have already highlighted a growing convergence between immigration and criminal law. This

⁶⁷ European Court of Human Rights, *Engel and Others v. the Netherlands*, 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, (June 8, 1976), para. 81.

⁶⁸ *Ibid.*, para. 81-82. Jacques Velu and Rusen Ergec, *La Convention européenne des droits de l'homme*. Bruylant, 1990, p.445, quoted in Alain Macaluso, “Vers un véritable droit pénal des affaires,” *Revue Suisse du Droit des Affaires*, 2008, Vol.80(3), p. 252.

⁶⁹ According to the Court, “[in] a society subscribing to the rule of law, there belong to the ‘criminal’ sphere deprivations of liberty liable to be imposed as a punishment, except those which by their nature, duration, or manner of execution cannot be appreciably detrimental.” European Court of Human Rights, *Öztürk v. Germany*, 8544/79, (February 21, 1984), para. 82.

⁷⁰ European Court of Human Rights, *Ezeh and Connors v. the United Kingdom*, 39665/98 and 40086/98, GC, (October 9, 2003), para. 120 and 126–129.

⁷¹ European Court of Human Rights, *Öztürk v. Germany*, 8544/79, (February 21, 1984), para. 53. The legal philosophy identifies deterrence (as the prevention of further crimes) and retribution (the moral principle of retaliation according to which bad deeds have to be negatively rewarded) as two main objectives or functions of penal detention (see i.e.: André Kuhn and Joëlle Vuille, *La justice pénale: Les sanctions selon les juges et selon l'opinion publique*. Presses polytechniques et universitaires romandes, 2010, p. 23–25). Other functions such as incapacitation (which consist in neutralizing the threat represented by criminal offenders by isolating them in prisons) or, on a symbolic level, *denunciation* (expressing the society’s disapproval of the violation of law) have also been pointed fleshed out in the literature, see i.e. Malcom Feely and Jonathan Simon, “The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and its Implications,” *Criminology*, 1992, 30(4): 449-474; Arjen Leerkes and Dennis Broeders, “A Case of Mixed Motives? Formal and Informal Functions of Administrative Immigration Detention,” *British Journal of Criminology*, 2010, 50: 833.

⁷² The term “cimmigration” was used for the first time by Juliet P. Stumpf, see Juliet P. Stumpf, “The Cimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power,” *American University Law Review* 56, no. 2 (2006): 367–419. See also Juliet P. Stumpf, “Social Control and Justice: Cimmigration in the Age of Fear: Introduction,” in *Social Control and Justice: Cimmigration in the Age of Fear*, ed. Maria João Guia, Maartje van der Woude, and Joanne van der Leun (The Hague: Eleven International Publishing, 2013), 7–16, p. 8. Among many scholars who observed the convergence between criminal law and immigration law, without however explicitly referring to it as “cimmigration”, see Teresa A. Miller, “Citizenship & Severity: Recent

approach can be more generally related to Foucault's "techniques and rationalities of government", defined as "all those more or less calculated and systematic ways of thinking and acting that aim to shape, regulate, or manage the comportment of others".⁷³ Borrowing from Foucault, Simon developed the concept of "governing through crime" to describe the situation in which "crime and punishment become the occasion and institutional context for shaping the conducts of others".⁷⁴ Applied to migration control, Miller used this concept to "characterize the recent trend to increasingly construct problems of regulation [of immigration] as problems of crime, and in so doing to make available a whole host of tools and techniques of criminal punishment that would otherwise be inappropriate and unavailable."⁷⁵

Addressed extensively in the doctrine, the convergence between immigration and criminal law embraces two distinct developments. The first one, already amply scrutinized by scholars, is usually referred to as the "criminalization of immigration law".⁷⁶ It consists in the use of criminal law to sanction violations of (administrative) immigration law, the most radical form of which is punishing irregular stay with imprisonment.⁷⁷ This paper will, however, focus on a second facet of crimmigration, understood as the incorporation of "greater criminal punitiveness" in the formally administrative regulation of migration through the adoption of techniques, mechanisms, practices, and priorities of the criminal law enforcement.⁷⁸ This

Immigration Reforms and the New Penology," *Georgetown Immigration Law Journal* 17 (2003): 611–66, p. 619; Daniel Kanstroom, "Criminalizing the Undocumented: Ironic Boundaries of the Post-September 11th 'Pale of Law,'" *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 29 (2004): 639–70, p. 653–655; Stephen H. Legomsky, "The New Path of Immigration Law: Asymmetric Incorporation of Criminal Justice Norms," *Washington and Lee Law Review* 64 (2007): 469–528, p. 471–472; Jennifer M. Chacón, "Managing Migration Through Crime," *Columbia Law Review Sidebar* 109 (2009): 135–48, p. 135–136.

⁷³ Jonathan X. Inda and Julie A. Dowling, "Introduction: Governing Migrant Illegality", in *Governing Immigration Through Crime*. Stanford: Stanford University Press, 2013, p. 2.

⁷⁴ Jonathan Simon, "Governing Through Crime", in Friedman, Lawrence and George Fischer (eds.) *The Crime Conundrum: Essays in Justice*, 1997, p. 173.

⁷⁵ Teresa Miller, "Citizenship and Severity: Recent Immigration Reforms and the New Penology." *Georgetown Immigration Law Journal*, 2003, 10, p.5.

⁷⁶ See for example Jennifer M. Chacón, "Managing Migration through Crime," *Columbia Law Review Sidebar* 109 (2009): 135–48; Ana Aliverti, "Making People Criminal: The role of criminal law in immigration enforcement", *Theoretical Criminology* (2012): 417–434.

⁷⁷ Interestingly—and in contrast with its implications on the second facet of crimmigration addressed in this paper—the EU pre-removal detention framework appears to restrict the scope of this trend to some extent. The interpretation by the Court of Justice of the EU of the Returns Directive (see below) suggests the Directive provides for some limits on states' prerogatives to punish status-related offences with imprisonment. Although in principle criminal legislation falls under the scope of the states' competence, domestic penal provisions must not jeopardize the achievement of the objectives pursued by EU law. On this basis, the Luxembourg judges found in *El Dridi* (CJEU, *Hassen El Dridi Alias Soufi Karim*, Case C-61/11 PPU, (April 28, 2011), para. 58–59 and 63.) and *Achughbabian* (CJEU, *Alexandre Achughbabian*, C-329/11, (December 6, 2011), para. 39, 45 and 51.) that imprisonment for the failure to comply voluntarily with the return decision or for irregular stay itself—imposed during or prior to return proceedings—is not compatible with the Directive because criminal prosecution leading to imprisonment would delay removal. While laudable, these rulings only have a limited impact on the criminalization of migration in the EU because states are free to impose a sentence of imprisonment if removal has failed. See also on this subject Valsamis Mitsilegas, "The Changing Landscape of the Criminalisation of Migration in Europe: The Protective Function of European Union Law," in *Social Control and Justice: Crimmigration in the Age of Fear*, ed. Maria João Guia, Maartje van der Woude, and Joanne van der Leun (The Hague: Eleven International Publishing, 2013), 87–113, p. 98–110.

⁷⁸ Miller, "Citizenship & Severity: Recent Immigration Reforms and the New Penology", p. 619.

trend has usually been illustrated through the case of deportation with several scholars already stressing that formally administrative removal may pursue criminal law objectives and thus be punitive in practice.⁷⁹ While Mary Bosworth considers that immigration detention was a particularly interesting domain to explore this trend,⁸⁰ she also notes that surprisingly few contributions had taken this direction since Simon's work on "Refugees in a Carceral Age".⁸¹

The few existing contributions rely on two main methods to stress the punitive character of immigration detention. The first consists in the analysis of the material conditions in places where migrants are detained and the way it is experienced by them. Relying on such data for the UK, Bosworth highlighted striking similarities between the conditions of detention, the staff, and the methods employed in penal jails and in immigration detention centers, reinforcing the interconnection between the criminal and immigration systems.⁸² In a recent contribution addressing the US, García Hernández opted for another approach used by the Supreme Court to determine the penal purpose of a detention. Instead of focusing on the effect on immigration detention, this author analyzed the intent of the legislator in setting up an immigration detention regime. Since immigration detention became completely interrelated with the measures taken in the "war on drugs" during the 1980s and 1990s, he claims that the legislative intent behind the elaboration of the US detention regimes clearly demonstrates that immigration detention has been conceived and employed as a punitive instrument against non-citizens deemed as dangerous for society.⁸³ Finally, Leerkes and Broeders have relied on evidence from both approaches in order to distinguish between the different functions assumed by immigration detention.⁸⁴ As they have observed, besides its explicit objective of enforcement of removals, immigration detention may also tacitly fulfill punitive functions, such as *deterrence* of would-be migrants, *incapacitation* of irregular migrants committing (petty) crimes, and *denunciation* by symbolically reasserted state control.

This contribution will not focus on the effect of immigration detention by examining the conditions of detention and how detainees perceive them. Rather, it will adopt the approach developed by the European Court in the *Engel* case and apply its third *Engel* criterion—the nature, severity, and purpose of the penalty—to the immigration detention regime under the European Union (EU) and Swiss law. In order to do so, the paper will mainly focus on the grounds for detention, its maximum length, and the categories of people subject to this

⁷⁹ Annemarie Barnes, "Displacing Danger: Managing Crime through Deportation." *Migration & Integration*, 2009, 10: 431–445; Robert Pauw, "A New Look at Deportation as Punishment: Why At Least Some of the Constitution's Criminal Procedure Protections Must Apply." *Administrative Law Review*, 2009, 52(1): 305–345; Daniel Kanstroom, "Deportation, Social Control and Punishment: Some Thoughts about Why Hard Laws made Bad Cases." *Harvard Law Review*, 2000, 113: 1890–1935.

⁸⁰ Mary Bosworth, "Subjectivity and Identity in Detention: Punishment and Society in a Global Age," *Theoretical Criminology*. 2012, 16(2), p. 125.

⁸¹ Mary Bosworth, "Foreigners in a Carceral Age: Immigration and Imprisonment in the US," *Legal Research Paper Series*. University of Oxford, 2011, p. 102.

⁸² Mary Bosworth, "Immigration Detention in Britain" in Maggy Lee (eds) *Human Trafficking*, 2007, p.163.

⁸³ César Cuauhtémoc García Hernández, "Immigration Detention as Punishment", *UCLA Law Review*, Vol. 61, No. 5, 2014.

⁸⁴ Arjen Leerkes and Dennis Broeders, "A Case of Mixed Motives? Formal and Informal Functions of Administrative Immigration Detention," *British Journal of Criminology*, 2010, 50: 833.

measure. As in the García Hernández's contribution, it will also take into consideration the legislative intent behind the introduction and development of immigration detention. For the EU law, the paper will analyze the Return Directive that regulates pre-removal detention in the Schengen countries.⁸⁵ The findings will be deepened by the assessment of the evolution of the domestic law in one specific country—Switzerland.⁸⁶ As it will be shown, the evolution of the legal framework on immigration detention since the 1980s, coupled with the debates in the Swiss parliament, provides meaningful insights into the objective pursued by immigration detention. This contribution will thus analyze the evolution of the provisions regulating pre-removal detention in the Federal Act on the temporary and permanent Stay of Foreigners (ASF) of 26 March 1931 and, following its complete revision, in the Federal Act on Foreign Nationals (FNA) of 16 December 2005. Besides the legal provisions, the paper will also examine the specific context and justifications that led to the evolution of these measures, as well as the Swiss Federal Court's rulings.

Our analysis suggests that the European and Swiss legal framework may leave space for authorities to extend the use of pre-removal detention beyond non-punitive purpose. Formally, preventive detention is allowed not only in order to prevent absconding. Arguably, both the European and Swiss legislation fail to preclude that authorities rely on the penal function of deterrence in order to subject non-citizens to administrative orders and to enforce removals. Moreover, in the Swiss context, it can be demonstrated that the deterrent effect of immigration detention is used not only in relation to enforced removals, but also to deter unwanted foreigners from committing crimes. In this perspective, pre-removal detention should not be understood merely as an instrument of immigration control, but rather as a wider instrument of control of “undesirable foreigners”. The use of deprivation of liberty with the specific purpose of deterrence in order to control immigration but also, perhaps in a lesser extent, to control crimes, unveils the penal nature of immigration detention. The problem of using immigration detention for deterrence is that it entails much longer periods of detention and a broader use of detention than would be necessary to prevent concrete risk of absconding. Besides confirming the trends already highlighted in the literature on the convergence between immigration and criminal law, this conclusion calls, at a practical level, either for a limitation of the use of immigration detention to the objectives of preventing absconding or a recognition of the whole set of procedural guarantees typical for penal proceedings.

The structure of the article will follow three main sets of grounds justifying pre-removal detention under EU and Swiss law. First, the risk of absconding will be discussed. As it will be demonstrated, in Switzerland it was originally considered the only legitimate ground for detention that implies a relatively short period of detention and restricted categories of

⁸⁵ 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, Official Journal of the European Union L 348, 24 December 2008, p. 98–107. The Returns Directive is applicable in all the EU countries except for the UK and Ireland, as well as in the Schengen Associate countries (Iceland, Liechtenstein, Norway, and Switzerland).

⁸⁶ Although Switzerland is not part of the EU, it is subject both to the ECHR (ratified in 1974) and, as part of the Schengen agreement, to the ‘Return Directive’, that was transposed in the national law in 2010.

persons concerned. At the EU level it is argued that imprecise terms used in the legislation allow authorities to rely on this ground also for non-administrative purposes. Further, the focus will be placed on detention on account of the lack of cooperation of the migrants, as provided for both in Swiss and EU legislation. This ground may allow detention with a deterrent purpose in order to force cooperation and enforce immigration control. The last section will demonstrate that pre-removal detention may also in practice constitute a punitive instrument aimed at preventing crimes committed by “unwanted” migrants. The Returns Directive does not exclude the use of detention for public order objectives and the issues of crime control have been very present in the Swiss debates regarding immigration detention. Finally, the conclusion will put forward some recommendations in order to restrict the use of immigration detention to the administrative purpose of preventing removal or to increase the level of procedural guarantees.

2. Detention as an administrative tool to prevent absconding

Under international human rights law, pre-removal detention is bound by the principles of necessity and proportionality. As the case-law by the UN Human Rights Committee indicates, detention must be necessary to execute a removal order taking into account all circumstances of the particular case and proportionate to the ends sought by the authorities.⁸⁷ In light of this interpretation, the UN Working Group on Arbitrary Detention and the UN Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants reiterate that immigration detention should only be imposed as a last resort when there are no less coercive ways to achieve the State’s objectives.⁸⁸ In particular, the Special Rapporteur stressed that “[governments] have an obligation to establish a presumption in favor of liberty in national law, first consider alternative non-custodial measures, proceed to an individual assessment and choose the least intrusive or restrictive measure.”⁸⁹

It can be argued that the principles of necessity and proportionality entail that the risk of absconding during return proceedings be the only reason justifying administrative pre-removal detention. Administrative—and thus preventive—detention would only aim at preventing the persons concerned from fleeing. Thus it would be imposed following the issue of a removal order and for the shortest period possible prior to removal. The absence of any punitive rationale would be confirmed by the fact that non-custodial measures have been assessed and discarded as insufficient to prevent absconding. Likewise, Cornelisse considers that the only legitimate aim of pre-removal detention is to enable the immigration authorities

⁸⁷ Human Rights Committee, *A. v. Australia*, 560/1993, (April 3, 1997), para. 9(2); Human Rights Committee, *Danyal Shafiq v. Australia*, 1324/2004, (October 31, 2006), para. 7(2).

⁸⁸ Working Group on Arbitrary Detention, *Report of the Working Group on Arbitrary Detention: Thematic Considerations: Detention of Immigrants in Irregular Situation*, A/HRC/13/30, (January 18, 2010), para. 59; Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, *Report of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, François Crépeau: Detention of Migrants in an Irregular Situation*, A/HRC/20/24, (April 2, 2012), para. 68.

⁸⁹ Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, *Detention of Migrants in an Irregular Situation*, para. 68. Ophelia Field and Alice Edwards, *Alternatives to Detention of Asylum Seekers and Refugees*. Legal and Protection Policy Research Series. Geneva, UNHCR, 2006; Alice Edwards, *Back to Basics: The Right to Liberty and Security of Person and 'Alternatives to Detention' of Refugees, Asylum-Seekers, Stateless Persons and Other Migrants*. Legal and Protection Policy Research Series. Geneva, UNHCR, 2011.

to carry out the removals. Pre-removal detention would be unlawful when used for criminal purposes, for deterring other immigrants, or when deportation is impossible even if the impossibility of removal is due to the lack of cooperation on the part of the foreigner.⁹⁰ The analysis of EU and Swiss legislation reveals that none of them definitively ensures that immigration detention remains a purely preventive measure justified on account of the risk of absconding. By using broad terms, the Returns Directive seems to fail to prevent the misuse of this generally accepted ground for pre-removal detention. The analysis of the evolution of the Swiss legislation shows that this motive was originally the only ground justifying detention and that it is still present in the legislation. However, other motives suggesting punitive and disciplinary objectives were subsequently introduced.

European Union

The Returns Directive allows for the six-month detention of a non-citizen who is the subject of return procedures on account of a risk of absconding (articles 15(1)(a) and 15(5)). From the beginning of the negotiations on the Directive, the drafters considered the risk of absconding as a justification for pre-removal detention, in line with the principle of necessity. In fact, the European Commission stressed that detention should only be used where necessary to prevent the risk of absconding.⁹¹ While under human rights law the risk of absconding is a justifiable ground for pre-removal detention, the principles of necessity and proportionality entail several conditions for a detention to be a measure of preventive and administrative character. Arguably, the Directive does not adequately ensure them.

First of all, a risk of absconding must truly exist in a given case. Yet, the Directive fails to lay down clear safeguards to preclude that authorities use an alleged risk of absconding as an alibi for systematically detaining people in return proceedings. First, the term is not defined in the Directive. The Directive merely describes it as “the existence of reasons in an individual case which are based on objective criteria defined by law to believe that a person under return procedures may abscond” (article 3(7)). In particular, the underlying concept—“objective criteria”—is to be defined at the domestic level. As a result, in some domestic systems the “objective criteria” are either not defined at all or not enumerated in an exhaustive manner.⁹² Such imprecise domestic provisions afford broad discretion to authorities in deciding whether a migrant displays a risk of absconding. It needs to be stressed that if the person concerned is

⁹⁰ Galina Cornelisse, “Detention of Foreigners,” in *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, ed. Elspeth Guild and Paul Minderhoud, Immigration and Asylum Law and Policy in Europe 24 (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012), 207–28, p. 212.

⁹¹ European Commission, *Commission Staff Working Document: Detailed Comments on Proposal for a European Parliament and Council Directive on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third-Country Nationals (COM(2005)391 Final)*, SEC(2005)1175, (October 4, 2005), p. 7.

⁹² E.g. Greek Law No. 3907/2011 on the Establishment of Asylum Service and First Reception Service, article 18; Hungarian Act II of 2007 on the Admission and Right of Residence of Third-Country Nationals, section 54; Slovak Act No. 404/2011 on the Stay of Aliens, article 88; Estonian Act on the Obligation to Leave and Prohibition on Entry, section 7(2)(2)(8); Finnish Aliens Act No. 301/2004, section 121.

not likely to abscond, then his detention is not necessary to carry out his removal. As a result, detention in such circumstances can hardly be said to pursue only preventive aims.⁹³

In particular, to preclude such situations, there should be a safeguard against the presumption of risk of absconding on account of irregular status. The Directive's preamble vaguely lays down such a presumption. It reminds states that "decisions taken under [the] Directive should be adopted on a case-by-case basis and based on objective criteria, implying that consideration should go beyond the mere fact of irregular stay" (preamble, §6). However, the non-binding nature of the preamble points to recommendation rather than an obligation for immigration authorities. As a result, in the legislation of several member states the "objective criteria" include irregular entry and/or irregular stay.⁹⁴ The Directive's failure to proscribe detention for the sole reason of irregular entry or stay is regrettable. Immigration detention imposed on account of solely irregular status may easily become automatic, thus breaching the principle of necessity. In particular, it may amount to a disincentive measure, aiming at deterring non-citizens from staying irregularly.⁹⁵

The principles of necessity and proportionality also preclude the punitive use of immigration detention by requiring the assessment of less coercive measures before resorting to detention. This requirement was enshrined in the Commission's original draft. Detention on account of a risk of absconding was justified "where it would not be sufficient to apply less coercive measures, such as regular reporting to the authorities, the deposit of a financial guarantee, the handing over of documents, an obligation to stay at a designated place or other measures to prevent that risk".⁹⁶ Following the negotiations, the language of the final text became weaker. The Directive states that, "[unless] other sufficient but less coercive measures can be applied effectively in a specific case" (article 15(1)) states may impose detention. Unlike the Commission's proposal, the Directive does not enumerate any alternatives to detention. The language suggests that the presumption in favor of liberty is not clearly laid down and, in practical terms, the Directive provides for a mere possibility of choosing less coercive measures. It ensues that where authorities have non-custodial measures at their disposal to prevent a risk of absconding, but nevertheless resort to detention, their objective goes beyond ensuring the non-citizen's presence at the removal. Arguably, detention in such cases may pursue other, not purely preventive or administrative objectives.

⁹³ Daniel Wilsher, *Immigration Detention: Law, History, Politics* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), p. 110; David Cole, "In Aid of Removal: Due Process Limits on Immigration Detention," *Emory Law Journal* 51, no. 3 (2002): 1003–39, p. 1007.

⁹⁴ E.g. Luxembourg Law on free movement of persons and immigration, article 111; Dutch Aliens Decree 2000, article 5(1)(b).

⁹⁵ See for instance, a last year UK government-sponsored campaign targeting irregular migrants, in fact London saw a few buses touring the city which displayed the message: "In the UK illegally? Go home or face arrest", Matthew Taylor, "'Go home' campaign creating climate of fear, say rights groups," *The Guardian*, September 8, 2013, <http://www.theguardian.com/uk-news/2013/aug/08/go-home-climate-of-fear-rights-groups> (accessed August 25, 2013).

⁹⁶ European Commission, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third-Country Nationals*, COM(2005)391, (September 1, 2005), article 14(1).

Switzerland

The risk of absconding was the only ground allowing for detention when “detention pending deportation” was originally introduced in the Swiss legislation in 1986.⁹⁷ This article was the first administrative form of confinement that explicitly aimed at facilitating the removal of foreign nationals. It allowed the administrative authorities to detain for up to thirty days foreign nationals whose removal order was enforceable, if there was a strong presumption of absconding. It was introduced in the context of a debate regarding an increase in the number of asylum requests and difficulties in enforcing removal orders. The maximum term of detention was subject to important debates in the Parliament. The majority of the Commission of the National Council examining the bill proposed to limit the maximum term of detention to ten days, in opposition to the initial proposal of thirty days from the Federal Council. Numerous voices were raised in the Parliament to oppose the possibility given to administrative authorities of detaining foreign nationals for a whole month for the sole reason that they did not want to return to their country of origin. However, the majority of the Parliament finally followed the Federal Council’s proposal on the argument that ten days might, in some cases, not be long enough to carry out the procedure of removals.⁹⁸ We might consider that the possibility of detaining someone for thirty days is indeed already a harsh measure for enforcing an administrative decision. However, the fact that immigration detention was restricted to persons having received a legally enforceable removal order, for a period not exceeding a month, on the sole ground of concrete risk of absconding suggests that “detention pending deportation” was originally conceived as a way of securing the presence of persons ready to be deported. The title of the article itself, as well as the context of the debate from which these measures departed, also indicate that immigration detention was then merely thought of as a “practical solution” to facilitate the removal of rejected asylum seekers by securing their presence once their removals were about to be enforced. When detention is ordered to secure the presence of a person, whose removal is about to be enforced, for a relatively short period of time, one may conclude that immigration detention is indeed conceived as an “administrative means” of enforcing immigration control by preventing absconding.

Some elements mitigate this first conclusion. First, the Swiss legislation like its EU counterpart did not—neither at the time when detention pending deportation was introduced, nor ever since—enumerate “specific indications” in an exhaustive way, leaving discretion to the authorities to find the risk of absconding in a broad range of circumstances. Moreover, the Swiss legal framework never required the authorities to consider alternatives enabling them to prevent absconding on a case-by-case basis before ordering detention. This lack of consideration of alternatives to detention suggests that other purposes these alternatives cannot fulfill may well be pursued by immigration detention.⁹⁹

⁹⁷ Federal Act on the temporary and permanent Stay of Foreigners of 26 March 1931 (Status as of 26 June 1986), article 14(2-3).

⁹⁸ See the debates on the article 14(2-3) in the National Council, the 19 March 1986 (BO 1986 337-339). URL: <http://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=20014173>, last consultation 2 June 2016.

⁹⁹ For a more extended version of this argument see Clément de Senarclens, “State reluctance to use alternatives to detention,” *Forced Migration Review*, Issue 44, 2013, p.60-62.

As it will be demonstrated in the following section, the modifications made in the Swiss legislation during the 1990s and 2000s clearly suggest that immigration detention is no longer conceived as a way of preventing absconding of foreigners who could be deported but is also aimed at forcing foreigners into cooperation when removal cannot not be otherwise enforced. This evolution is also reflected at the EU level. As a result of negotiations, the final text of the Directive also incorporated grounds for detention explicitly directed toward the lack of cooperation of foreign nationals.

3. Detention as a disciplinary tool to force cooperation

As shown in the previous section, absconding during return proceedings was initially considered the main obstacle to removal which could be overcome by the use of detention. The risk of absconding is still the most commonly accepted ground for pre-removal detention. However, the lack of cooperation during the removal procedure, but also—as will be shown in the Swiss case—during the asylum process, came to be seen as another problem that pre-removal detention aims to solve. Both EU and Swiss legislations allow for the detention of non-citizens who allegedly do not cooperate with the immigration authorities. Arguably, such detention amounts to a disciplinary tool aimed at coercing migrants to accept removal decisions and cooperate with authorities to this end. At the same time, the detention of persons perceived as non-cooperative may resemble a punitive form of incarceration that punishes and deters such undesirable behavior.

European Union

Under the Directive, states may impose a detention up to six months in cases where the person concerned avoids or hampers the preparation of return or the removal process (article 15(1)(b)). Unlike the risk of absconding, this ground was not set forth in the original proposal for the Directive but was inserted in the course of negotiations. The Directive does not explain at all what actions may amount to “avoidance” and “hampering” of return. Arguably, if a non-citizen displays a risk of fleeing, logically he avoids and hampers his removal. Thus the question arises why this second ground was added. Presumably, it is supposed to cover cases where the person concerned is not willing or capable of absconding but nevertheless authorities characterize their behavior as avoiding or hampering return, such as self-injury in order to be taken to hospital or refusal to board the plane. Although detention on this account still aims to ensure successful removal, it also includes retributive elements. It may amount to a sanction to reprimand and deter such non-cooperative behavior.¹⁰⁰

In the course of negotiations on the Directive, non-cooperative behavior was also inserted in the text as a justification for the extension of the initial six-month detention. As a result, the Directive allows states to prolong detention to up to eighteen months when, regardless of all their reasonable efforts, the removal operation is likely to last longer due to a lack of cooperation by the detainee or delays in obtaining the necessary documentation from third countries (article 15(6)). Like with hampering and avoiding return, the Directive does not

¹⁰⁰ Wilsher, *Immigration Detention*, p. 153 and 193.

establish what constitutes non-cooperation, leaving it to the discretion of executive officers to assess it.¹⁰¹ Needless to say, such discretion may result in systematic detention for eighteen months. The extension of detention by a year due to a detainee's presumed refusal to cooperate may resemble retribution and deterrence. The authorities may rely on this ground to punish the detainee for their allegedly non-cooperative behavior and to compel them to cooperate.

Moreover, it could be argued that the EU law falls short of adequately enshrining the ECHR's safeguards against continued pre-removal detention. Under article 5(1)(f) of the ECHR, administrative pre-removal detention is justified only for as long as deportation proceedings are being conducted. In cases where expulsion is not feasible due to the detainee's lack of cooperation or failure to issue travel documents by the destination countries, continued detention cannot be said to be effected with a view to deportation. According to the European Court, such situations lack a "realistic prospect of expulsion" and continued detention does not achieve immigration objectives, which makes it unlawful under the ECHR.¹⁰² Similarly, the Directive lays down the concept of a "reasonable prospect of removal." It provides that detention is no longer justified if a reasonable prospect of removal no longer exists (article 15(4)). However, under EU law this concept is read together with the maximum permissible length of detention. As interpreted by the Court of Justice of the European Union (CJEU), a reasonable prospect of removal means that removal can be carried out successfully within the eighteen-month period and such a prospect does not exist where it appears unlikely that the person concerned will be admitted to a third country within that period.¹⁰³ Such blanket permission to continue detention as long as it does not exceed eighteen months tends to be inconsistent with the above-mentioned Strasbourg case law. Above all, however, it allows authorities to use extended detention as a disciplinary tool to force detainee cooperation.

Switzerland

The analysis of the introduction of similar grounds of detention in the particular case of Switzerland shed light on the objectives pursued through these grounds. Lack of cooperation has also appeared as an explicit ground for detention in the Swiss legislation since 1995.¹⁰⁴ As previously mentioned, when introduced in 1986, detention pending deportation could only be ordered for persons whose removal was enforceable on the ground of concrete risks of absconding. Major changes occurred in the Swiss legislation regarding immigration detention following the introduction of the Federal Act on Coercive Measures within immigration law (ACM) in 1995. As a result of these modifications, immigration detention no longer appears

¹⁰¹ As Wilsher argues, the non-compliance by the detainee with the obligation to cooperate should be defined as criminal offence subject to due process guarantees rather than be considered within the ambit of administrative detention. This would require clearer standards so that detainees would have certainty as to what is required. Courts could then determine whether a detainee has complied with the obligation and decide on the length of a sentence, *Ibid.*, p. 67, 154-155 and 196.

¹⁰² European Court of Human Rights, *Mikolenko v. Estonia*, 10664/05, October 8, 2009, para. 64-65 and 68; European Court of Human Rights, *Louled Massoud v. Malta*, 24340/08, July 27, 2010, para. 67, 69 and 73-74.

¹⁰³ Court of Justice of the European Union, *Säid Šamilovič Kadzoev (Huchbarov)*, Case C-357/09 PPU, November 30, 2009, para. 67.

¹⁰⁴ Federal Act on the temporary and permanent Stay of Foreigners of 26 March 1931 (Status as of 18 March 1994), article 13a and 13b. See further for a detailed analysis of these articles.

only as a mean of securing the presence of foreign nationals when the removal is about to be enforced, but also as a coercive instrument to submit asylum seekers to the administrative injunctions during their whole stay in Switzerland. Arguably, several provisions allow immigration authorities to use detention as a disciplinary tool, during (or even before) ongoing return proceedings.

The first element that suggests this change in the way in which the enforcement of removal is pursued consists in the title itself on the new set of “coercive measures” introduced within the Swiss immigration law. More concretely, the disciplinary rationality of immigration detention is revealed by the introduction of several grounds for detention related to a lack of collaboration during the asylum and/or removal procedure. The ACM of 1995 introduced a new article, entitled “detention in preparation for departure”.¹⁰⁵ Under this new provision, detention could be ordered for up to three months against asylum seekers whose requests were still being processed, on several grounds related to their lack of cooperation:

“To facilitate the conduct of removal proceedings, the competent cantonal authority may detain a person who does not hold a short stay, residence or permanent residence permit, during the preparation of the decision on residence status for a maximum of three months if they: a) *refuse during asylum or removal proceedings to disclose their identity, submit several applications for asylum using various identities or repeatedly fail to comply with a summons without sufficient reason or ignore other instructions issued by the authorities in the asylum procedure; (...)*” Article 13a(a), Federal Act on the temporary and permanent Stay of Foreigners of 26 March 1931 (Status as of 18 March 1994).

These exact same grounds for detention related to the lack of cooperation introduced in the Swiss legislation in 1995 are still present in the current FNA under art. 75(1)(a). This provision allowing for the detention of persons whose asylum procedure is still pending goes beyond what is permitted under the Returns Directive, as the detention of asylum seekers cannot be based on the Directive.

The grounds for detention related to a lack of cooperation were also introduced in the “detention pending deportation”, which then allowed “leaving the person concerned in detention if, based on Article 13a, they are already in detention; (...).” Moreover this measure was no longer restricted to persons whose removal order was legally enforceable, but could also be ordered in the case of asylum seekers whose appeal against a first instance decision was still pending¹⁰⁶. Finally the maximum term of “detention pending deportation” was extended from thirty days to nine months, and could be cumulated with the detention in preparation for departure reaching a maximal term of twelve months.

The possibility of detaining foreign nationals whose removals are not yet legally enforceable (in the case of “detention pending deportation”) or have not even been pronounced (as in the

¹⁰⁵ Federal Act on the temporary and permanent Stay of Foreigners of 26 March 1931 (Status as of 18 March 1994), article 13a.

¹⁰⁶ *Ibid*, article 13b.

case of “detention in preparation for departure”) shows that detention goes beyond the necessary and preventive measures aimed to ensure the presence of the person concerned for the removal. Moreover the grounds of detention related to the lack of collaboration indicate that immigration detention has become a disciplinary tool for forcing the cooperation of persons suspected as having no legitimate motives for seeking asylum in order to accelerate their removals. The extension of the maximum term of detention from one month to one year also goes in this exact same direction consisting in using immigration detention as a disciplinary tool in order to enforce removal.

The disciplinary purpose of immigration detention was further confirmed and reinforced by the introduction of the “coercive detention” during the introduction of the FNA in 2005:

“If a person does not fulfill their duty to leave Switzerland by the appointed deadline and if the legally-enforceable removal or expulsion order cannot be enforced due to their personal conduct, they may be detained to ensure the duty to leave Switzerland is complied with (...)”. Coercive detention, article 78 §1, Federal Act on Foreign Nationals of 16 December 2005.

This last measure explicitly shows that pre-removal detention in Switzerland may not be employed to secure the removal of persons who can be deported, but to force the cooperation of individuals who could not be deported without it.

During this introduction of the FNA in 2005, the maximum term of detention was once again extended up to twenty-four months¹⁰⁷. This length was no longer considered as the time the administration would need to actually enforce the removal order, but as a means of pressure that would lead the foreigners to collaborate with the authorities in the removal procedure rather than staying in jail for such long time. A quote from the Federal Councillor Blocher, who was at the time the minister in charge of the Federal Office for Migration, makes this very clear. In spite of an official report commissioned by the Federal Parliament that demonstrated that the probability of enforcing the removal decreased with time of detention¹⁰⁸, the Minister Blocher justified the new extension of the maximum term of detention from twelve to twenty-four months stating that:

“The purpose of the exercise is not that they stay here until the end [of the maximum term of detention]. The goal is instead that they leave as soon as possible because they know that otherwise they will be held for such a long period.” Federal Councillor Blocher, National Council, 17 of March 2005, p. 377.

In several judgments, the Swiss Federal Court confirmed the objective of coercive detention as a last-resort measure that can be used to force the cooperation of a person whose removal has not been possible without their consent. The Supreme Court also repeatedly alleged the

¹⁰⁷ Following the transposition of the Directive, Switzerland reduced the maximum term of detention to 18 months by introducing in the article 79 the exact same wording as in the article 15(6) of the Return directive. Like the Directive, the FNA does not explain what such a lack of cooperation should involve, thus it leave discretion to authorities to extend ongoing detention.

¹⁰⁸ *Contrôle parlementaire de l'administration (2005). Evaluation des mesures de contrainte en matière de droit des étrangers: Rapport final du Contrôle parlementaire de l'administration à l'attention de la Commission de gestion du Conseil national.* Berne.

conformity of “coercive detention” with the ECHR, but showed some hesitation in how to justify this conformity. In effect, in a first judgment of 2 April 2007, the Court states that its conformity did not rely as in the case of “detention in preparation for departure” or “detention pending deportation” on art. 5(1)(f) (detention of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition), but on article 5(1)(b) of the ECHR allowing for the “detention of a person for non-compliance with the lawful order of a court or in order to secure the fulfillment of any obligation prescribed by law”¹⁰⁹. In a second step, the Court changed its mind and considered that the legality of coercive detention was relying on both subparagraphs (f) and (b) of the article 5(1)¹¹⁰. In the judgment of 7 July 2007, the Court confirmed the legality of the prolongation of coercive detention after thirteen months, even if the person concerned claimed they would never cooperate with their own removal even if the detention lasted another year. The explicit refusal to collaborate shall not, according to the Court, be taken as a reason to suspend detention since the lack of cooperation is indeed the reason for detaining them. This line of argumentation shows that pre-removal detention is no longer conceived merely as a means of preventing the absconding of a foreign national whose removal is possible, but also as an attempt to enforce the removals of foreigners where it is impossible due to their lack of cooperation. The alleged conformity of this purpose with the ECHR contradicts the stance by Cornelisse that detention became unlawful under article 5(1)(f) in the case where deportation is impossible even “if the impossibility of removal is due to the lack of cooperation on the part of the foreigner”¹¹¹. This body of evidence proves that in addition to its initial purpose of preventing absconding, a disciplinary purpose pervades the way in which immigration detention has been conceived and elaborated in Switzerland.

4. Detention as a punitive tool to protect public order

As discussed above, detention under EU and Swiss law may constitute a disciplinary means of migration control. This section will demonstrate that under both legislations, detention may also amount to a punitive instrument for crime control. The Returns Directive does not preclude resorting to pre-removal detention on account of threat to public order or public security. In the Swiss context, it appears that pre-removal detention is conceived as a tool for deterring asylum seekers and irregular migrants from committing crimes. In this respect, immigration detention serves to complement criminal laws that would not be severe enough to deter petty crimes committed by certain categories of migrants.

European Union

Detention for security reasons is not explicitly permitted under the Directive. This is not an incidental omission, rather a decision taken by the drafters. Already, the original proposal did not contain public order justification for pre-removal detention. It was the European Parliament that proposed a proven threat to public order, public security, or national security

¹⁰⁹ Federal Court Decision 133 II 97.

¹¹⁰ Federal Court Decision 134 I 92, 134 II 201, 135 II 105.

¹¹¹ Cornelisse, Detention of Foreigners, p.212.

as a ground for pre-removal detention.¹¹² Yet, following the negotiations, it was not inserted into the final text. As a European Commission officer proudly explained, the Commission convinced its co-negotiators that pre-removal detention aims at ensuring the returnee does not abscond during return proceeding and not at protecting society from persons posing a threat to public order. In particular, “[the]—perfectly legitimate—aim to “protect society” should rather be addressed by other pieces of legislation, in particular criminal law, criminal administrative law, and legislation covering the ending of legal stays for public order reasons.”¹¹³ While the absence of explicit grounds for pre-removal detention on account of public order is welcome, some of the Directive’s provisions mitigate the positive outcome of negotiations. First and foremost, the grounds for detention are not listed in an exhaustive manner, thus in practice, states are not prevented from imposing pre-removal detention on account of public order. As noted above, states are free to establish the “objective criteria” for finding a risk of absconding in their legislation. As a result, several domestic legislations provide for criteria related to public order or public security, such as threat to public order, (previous) violations of public order or (previous) convictions.¹¹⁴ It is difficult to ascertain a direct link between these criteria and the risk that the non-citizens abscond. It appears that these countries make use of immigration detention for purposes not related to enforcement of immigration legislation.

Nonetheless, the possibility for states to detain on account of threat to public order has been circumscribed to some extent by the CJEU. One of the questions addressed to the Luxembourg judges in the *Kadzoev* case was whether the Directive allows states not to release the detainee, when the Directive’s maximum period of detention has expired, on the grounds that they have no valid documents, their conduct is aggressive, or that they have no means of supporting themselves. The Court responded in the negative. It pointed to the Directive’s text which does not allow the maximum eighteen-month period to be exceeded. More importantly, the Court also noted that “[the] possibility of detaining a person on grounds of public order and public safety cannot be based on [the] Directive [...]. None of the circumstances mentioned by the referring court can therefore constitute in itself a ground for detention under the provisions of that directive.”¹¹⁵ The *Kadzoev* ruling is not free from ambiguities. However, it is submitted that the ruling may not have such far reaching consequences as to outlaw pre-removal detention on public order grounds, i.e. detention in situations where return proceedings are underway and where the person concerned supposedly threatens public order.¹¹⁶ It has to be borne in mind that in the *Kadzoev* case, the

¹¹² European Parliament, *Report on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third-Country Nationals*, A6-0339/2007, (September 20, 2007), amendment 55.

¹¹³ Fabian Lutz, *The Negotiations on the Return Directive: Comments and Materials* (Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2010), p. 69.

¹¹⁴ For instance, Bulgarian Law of the Foreigners, Latvia Immigration Law, Malta Regulations on Common Standards and Procedures for Returning Illegally Staying Third-Country Nationals, Dutch Aliens Decree, Swedish Aliens Act, Norway Immigration Act.

¹¹⁵ CJEU, *Kadzoev*, para. 68-71.

¹¹⁶ For a more optimistic reading of this judgment, see Galina Cornelisse, “Case C-357/09 PPU, Proceedings Concerning Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov), Judgment of the European Court of Justice (Grand Chamber) of 30 November 2009,” *Common Market Law Review* 48, no. 3 (2011): 925–45, p. 938-940.

prospect of removal did not exist due to refusal of third countries to accept the detainee and the expiry of the Directive's maximum permissible length of detention. Without return proceedings underway, his continued detention would be justified only by public order considerations. It is not clear whether the Court would reach the same conclusion if the return proceedings are still ongoing and detention has not yet reached the eighteen-month period. Thus, it appears that only detention that aims solely at the protection of public order, when there are no return proceedings underway, is not justified under the Directive.

Switzerland

Before the introduction of the Federal Act on Coercive Measures in immigration law (ACM) in 1995, the Federal Act on the temporary and permanent Stay of Foreigners (ASF) of 1931 already contained in its article 14c a provision allowing for the "internment" of foreign nationals who could *not* be deported *if* they represented a threat to national security or a serious threat to public order. Internment thus clearly amounted to the incapacitation of foreign nationals who were considered to represent a threat but could not be deported. However, due to its lack of compatibility with the article 5(1)(f) of the ECHR that allows the detention of persons "against whom action is being taken with a view to deportation", this provision was suppressed from the Swiss legislation with the introduction of the ACM in 1995.

This section shows that grounds for detention related to security threat were reintroduced within the coercive measures. Nevertheless, by being subsumed into the overall objective of enforcement of removal, they were deemed compatible with the ECHR. More than merely reinforcing the means to deport irregular migrants involved in criminal activities, this section provides strong evidence that detention on these grounds has been introduced in order to deter irregular migrants, but also asylum seekers, from committing crimes during the time they cannot be removed. These results imply that immigration detention is conceived as a disciplinary instrument, not only oriented toward immigration control objectives, but also toward crime control objectives as regards specific categories of foreign nationals.

The punitive nature of immigration detention may first be deduced from the particular context in which the changes regarding immigration detention occurred in the mid-1990s in Switzerland. The point of departure for these new measures was indeed clearly oriented by a debate related to the criminality of asylum seekers in relation to drug trafficking, against whom harsh measures needed to be urgently taken. The bill on 'Coercive Measures in Immigration Law' was elaborated as a political answer to the public debate, which took place in 1993, on the involvement of asylum seekers in criminal activities, and especially in drug trafficking¹¹⁷. The importance of these controversies was clearly stated in the bill, where the Federal Council states:

¹¹⁷ These controversies emerged more precisely in relation to the particular case of the 'open drug scenes' in the city of Zürich, and the publication of statistics of the Zürich city police regarding the overrepresentation of asylum seekers in drug related offenses.

“It is the controversies raised by the issue of asylum applicants guilty of offenses in connection with the drug scene that triggered the development of the present bill.”¹¹⁸

The issue of the criminality of asylum seekers not only appears as a justification for new measures, but also emerges as a new ground for detention in the provisions that were finally adopted. Following the introduction of the coercive measure in immigration law, article 13a(e) ASF (concerning detention in preparation for departure) and article 13b(b) ASF (regarding detention pending deportation) allowed for the detention of persons who “seriously threaten other persons or considerably endanger the life and limb of other persons and are therefore being prosecuted or have been convicted.” These grounds are still present in the current FNA under articles 75(1)(g) and 76(1)(b)(1). Moreover, following its introduction in 2005, a new ground for detention concerning foreigners convicted for felony was introduced for detention in preparation for departure (art. 75(1)(h) FNA) and detention pending deportation (art. 76(1)(b)(1) FNA).

The introduction of security- and criminality-based grounds for immigration detention were strongly criticized by the MPs of left wings parties as being in clear contradiction with the ECHR by the confusion they created between immigration and criminal law objectives. However, the Federal Council followed by the majority of the Parliament, justified the introduction of these grounds and their compatibility with the European framework, claiming that introducing such grounds did not aim at fighting the criminality of certain categories of foreign nationals, but at increasing the means provided to administrative authorities for deporting persons whose presence was particularly problematic due to their involvement in criminal activities.

While this rationale clearly appears as the major justification for the introduction of such grounds, it transpires from some declarations that immigration detention was also conceived as an instrument to deter asylum seekers and irregular migrants from committing crimes. This view is disclosed in several statements made by the Federal Council and by Members of Parliament, where criminal law is considered as not being harsh enough to deter these particular categories of migrants from committing crimes.

“It is not possible to replace the criminal law or overcome the inefficiency of criminal sanctions by providing special provisions in immigration law. (...) But we should not delude ourselves: the small foreign criminals are not impressed by the repressive arsenal of our criminal code.”¹¹⁹

If once again the Federal Council denies that it is willing to use immigration law as a substitute for criminal law, it suggests, however, that measures have to be taken to

¹¹⁸ Original quote: “Ce sont les polémiques suscitées par le problème des requérants d'asile coupables d'infractions en rapport avec les milieux de la drogue qui ont déclenché l'élaboration du présent projet de loi.” Message from the Federal Council (1993: 317), Message supporting the Federal Law on Coercive Measures in Immigration Law of 22 December 1993, p.317

¹¹⁹ Original quote: “Il n'est pas possible de remplacer le droit pénal ou de pallier l'inefficacité de sanctions pénales en prévoyant des états de fait spéciaux dans le droit des étrangers. (...) Mais il ne faut pas se faire d'illusions: les petits criminels étrangers ne se laissent guère impressionner par l'arsenal répressif de notre code pénal, “ Message supporting the Federal Law on Coercive Measures in Immigration Law of 22 December 1993, p. 311-312.

compensate for the inefficiency of such a system in the case of foreign criminals. The necessity of using these measures to complement the penal code in the case of specific categories of migrants was also supported within the Parliament by the speaker of the Commission who stated that:

“The proposed measures relate exclusively to administrative sanctions, which will not in any way replace criminal law, but should complement it.”¹²⁰

The context related to debate on the involvement of asylum seekers in illegal activities, the grounds allowing for the detention of foreign nationals who cannot yet be removed on the grounds of representing a threat, and the arguments about the inefficiency of criminal sanction for this category of migrants provide a converging *faisceau* of evidence attesting to the fact that immigration detention is not only thought of as a means of facilitating removal, but also as a means of deterring asylum seekers from committing crimes by providing authorities with administrative tools that are more flexible and more severe than the one existing in criminal law and that can be used for specific categories of foreign nationals. There are striking similarities between the context of the “war on drugs”—highlighted by García Hernández (2014)—in which the legal amendments related to immigration detention were made in the US, and the debate related to the “open drug scene” from which the modifications of immigration detention in Switzerland departed. These findings for the Swiss case confirm similar observations made by Leerkes and Broeders (2010) who argue that immigration detention tacitly aims at controlling (petty) crimes committed by asylum seekers and irregular migrants.

As introduced at the start of this section, Switzerland has long been relying on the administrative detention of foreigners for national security reasons. The ECHR has led the Swiss government to abandon this form of detention aimed at incapacitating foreign nationals who cannot be deported but who are considered as dangerous. However, evidence suggests that immigration detention is being employed to prevent petty crimes from asylum seekers and irregular migrants, which represents a much smaller threat than national security issues. The intrinsic combination of the objective of removal enforcement and the relatively implicit objective of deterring crimes makes it difficult to contest the lack of legitimacy in using immigration law in that respect.

5. Conclusion

As Section 2 has demonstrated, human rights standards circumscribe pre-removal detention to an administrative and preventive measure. In line with the principles of necessity and proportionality and the preventive nature of administrative detention, immigration detention should only be used when necessary to prevent returnees from absconding where less coercive measures cannot be applied in specific case. It should also be ordered for the shortest period prior to removal. The Returns Directive appears to contain weak safeguards against the

¹²⁰ Original quote: „Bei den vorgeschlagenen Massnahmen handelt es sich ausschliesslich um verwaltungsrechtliche Sanktionen, die in keiner Art und Weise das Straf recht ersetzen, sondern dieses allenfalls ergänzen sollen,“ T. Heberlein, speaker for the Commission, 2 March 1993, p.76.

misuse of detention on account of risk of absconding. In particular, it does not preclude that the risk of absconding be deduced solely from the irregular status of the non-citizen. In practice, detention imposed on account of solely irregular status may amount to automatic detention aimed at deterrence. The introduction of pre-removal detention in Switzerland in 1986 provides an example of the type of measure—regarding the ground for detention (concrete risk of absconding), its relatively short maximum term (thirty days) and the limited scope of the categories of persons concerned (persons with an enforceable order of removal)—restricted to the purpose of preventing absconding.

Section 3 has argued that formally administrative pre-removal detention under EU and Swiss legislation may be employed to deter non-citizens from refusing to cooperate with authorities for the purpose of return. In such cases, immigration detention amounts to a disciplinary tool used for migration control purposes. The disciplinary purpose of immigration detention can be deduced from grounds for ordering (avoiding or hampering the preparation of the return or the removal process) and extending (lack of cooperation) pre-removal detention under the Returns Directive, as well as from its maximal permitted length. Such punitive purposes are even more apparent when looking at the evolution of the Swiss legislation, notably the titles of the measures introduced, their grounds, the increasing length of detention, as well as their justification in Parliament and by the Federal Court. This evidence suggests that pre-removal detention is increasingly used by governments as an apparatus for control aimed at coercing asylum seekers and irregular migrants to collaborate, where removal would be otherwise impossible.

Finally, section 4 has demonstrated that pre-removal detention also fulfils security and crime control related objectives. The Returns Directive, although not laying it down explicitly, does not outlaw pre-removal detention ordered on account of threat to public order or security. In the case of Switzerland, our analysis suggests that besides its main objective of enforcing removals, the modification in the law concerning pre-removal detention was also justified by the deterring effect it may have on asylum seekers and irregular migrants involved in petty criminality, in particular related to drug dealing.

Two interrelated implications may be drawn from the paper's analysis. First, from a theoretical perspective, it shows that pre-removal detention under the EU and Swiss legislation may not only be employed as an administrative tool to prevent absconding. Rather, it may also include deterrent purposes that are traditionally restricted to (punitive) criminal sanction. Arguably, immigration detention should no longer be described as a merely administrative tool of immigration control. In fact, in practice it is often used as a deterrent to facilitate migration control. Secondly, the control of migrant populations is not only aimed at immigration control but also at crime control. Immigration detention thus constitutes a disciplinary and punitive instrument designed to shape the conduct of a category of migrants in terms of both immigration and crime control objectives. In that respect, it shall be considered not only as a measure to enforce removal but more generally as an apparatus designed to “discipline and punish” migrants considered “unwanted” while they cannot be expelled. “Unwanted migrants” are those who have no legal authorization to stay or persons

who received a removal order but also—in the Swiss case—asylum seekers, pending examination of their asylum request. These conclusions regarding the EU and Swiss immigration detention regimes support the observations put forwards by several scholars that immigration and criminal mechanisms and objectives become increasingly intertwined.

Secondly, in practice, immigration (administrative) detainees whose detention aims at deterrence or retribution, are in fact subjected to a punitive sanction, while being deprived of broader procedural guarantees that criminal detainees benefit from. To remedy this situation, pre-removal detention should either be restricted to purely administrative measures, or its penal character should be explicitly acknowledged in order to afford stronger procedural protection to immigration detainees. With respect to the first option, several amendments to the Returns Directive would be needed in order for the detention it sanctions to remain a purely administrative and preventive measure. To this end, detention should be allowed only on the ground of the risk of absconding, which should be clearly defined and not be deduced from the irregular status of non-citizen concerned. In terms of Swiss legislation, the legal basis of detention should not go beyond what was allowed under the Swiss legislation in 1986. Thus, the risk of absconding should be the only justification for pre-removal detention and criteria for assessing this risk should be exhaustively enumerated. Moreover, detention should only concern persons with an enforceable order of removal and should not exceed one month. Finally, legislation should ensure that detention be employed as a last-resort measure once other less coercive measures appear insufficient. If immigration detention were used as a purely administrative measure to prevent absconding, the authorities would be more inclined to replace it more often with less coercive and cheaper “alternatives to detention.” In its recent and long-awaited report on the implementation of the Directive, the European Commission did not propose any amendment.¹²¹ Likewise, no amendments aiming to restrict the use of detention in Switzerland are foreseeable in the actual political context. Thus, the second above mentioned remedy could be imagined. Arguably, if the deterrence of non-cooperative behavior or punishment of public order threats by returnees are explicitly recognized as one of the objectives of immigration detention, detention on such grounds would shift to the penal area. Persons subject to this (punitive) sanction would benefit from broader procedural rights, such as a personal hearing, time and facilities to prepare one’s defense, and legal and linguistic assistance free of charge, when needed.

6. References

- Aliverti, Ana. 2012. “Making People Criminal: The role of criminal law in immigration enforcement”, *Theoretical Criminology*, 16(4): 417-434
- Barnes, Annemarie. 2009. “Displacing Danger: Managing Crime Through Deportation.” *Migration & Integration*, 10: 431-445.

¹²¹ European Commission, Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on EU Return Policy, COM(2014) 199 (Brussels, March 28, 2014).

- Bosworth, Mary. 2012. Subjectivity and identity in detention: Punishment and society in global age. *Theoretical Criminology*. 16(2): 123-140.
- Bosworth, Mary. 2011. «Foreigners in Carceral Age: Immigration and Imprisonment in the US ». *Legal Research Paper Series*. University of Oxford, p. 101-126.
- Bosworth, Mary. 2007. “Immigration Detention in Britain” in Maggy Lee (eds) *Human Trafficking*, p. 159-177.
- Chacón, Jennifer M. “Managing Migration Through Crime,” *Columbia Law Review Sidebar* 109 (2009): 135–148.
- Cole, David. “In Aid of Removal: Due Process Limits on Immigration Detention,” *Emory Law Journal* 51, no. 3 (2002): 1003–1039, p. 1007.
- Contrôle parlementaire de l'administration (2005). *Evaluation des mesures de contrainte en matière de droit des étrangers : Rapport final du Contrôle parlementaire de l'administration à l'attention de la Commission de gestion du Conseil national*. Berne.
- Cornelisse, Galina (2010). *Immigration Detention and Human Rights*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff,
- Cornelisse, Galina. “Case C-357/09 PPU, Proceedings Concerning Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov), Judgment of the European Court of Justice (Grand Chamber) of 30 November 2009,” *Common Market Law Review* 48, no. 3 (2011): 925–945.
- Cornelisse, Galina. “Detention of Foreigners,” in *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, ed. Elspeth Guild and Paul Minderhoud, Immigration and Asylum Law and Policy in Europe 24 (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012), 207–228.
- Court of Justice of the European Union. *Alexandre Achughbalian*. C-329/11, December 6, 2011.
- Court of Justice of the European Union. *Hassen El Dridi Alias Soufi Karim*. Case C-61/11 PPU, April 28, 2011.
- Court of Justice of the European Union. *M.G. and N.R.* Case C-383/13 PPU, September 10, 2013.
- Court of Justice of the European Union. *Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)*. Case C-357/09 PPU, November 30, 2009.
- 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, Official Journal of the European Union L 348, 24 December 2008, p. 98-107.
- European Commission. *Commission Staff Working Document: Detailed Comments on Proposal for a European Parliament and Council Directive on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third-Country Nationals (COM(2005)391 Final)*, SEC(2005)1175, October 4, 2005.

European Commission. *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third-Country Nationals*, COM(2005)391, September 1, 2005.

European Commission. *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on EU Return Policy*, COM(2014) 199, March 28, 2014.

European Court of Human Rights. *Engel and Others v. the Netherlands*, 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, June 8, 1976.

European Court of Human Rights. *Ezeh and Connors v. the United Kingdom*, 39665/98 and 40086/98, GC, October 9, 2003.

European Court of Human Rights. *Louled Massoud v. Malta*, 24340/08, July 27, 2010.

European Court of Human Rights. *Maaouia v. France*, 39652/98, 5 October 2000.

European Court of Human Rights. *Mikolenko v. Estonia*, 10664/05, October 8, 2009.

European Court of Human Rights. *Öztürk v. Germany*, 8544/79, February 21, 1984.

European Parliament. *Report on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third-Country Nationals*, A6-0339/2007, September 20, 2007.

Federal Court Decision 133 II 97.

Federal Court Decision 134 I 92.

Federal Court Decision 134 II 201.

Federal Court Decision 135 II 105.

Feely, Malcom and Jonhatan Simon. 1992. "The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and its Implications." *Criminology*, 30(4): 449-474.

Field, Ophelia and Alice Edwards. 2006. *Alternatives to Detention of Asylum Seekers and Refugees*. Legal and Protection Policy Research Series. Geneva.

García Hernández, César Cuauhtémoc. 2014. "Immigration Detention as Punishment". *UCLA Law Review*. 61: 1348 - 1414.

Gibney, Matthew J. (2008). "Asylum and the Expansion of Deportation in the United Kingdom." *Government and Opposition*, 43(2): 146-167.

Global Detention Project, Glossary,

<http://www.globaldetentionproject.org/resources/glossary.html>.

Inda, Jonathan X and Julie A. Dowling. 2013. "Introduction: Governing Migrant Illegality", in *Governing Immigration Through Crime*. Stanford: Stanford University Press.

International Commission of Jurists. *The definition and scope of arbitrary deprivation of liberty in customary international law: International Commission of Jurists (ICJ) submission to the Working Group on Arbitrary Detention*, February 2012.

- Kanstroom, Daniel. "Criminalizing the Undocumented: Ironic Boundaries of the Post-September 11th 'Pale of Law,'" *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 29 (2004): 639–670.
- Kanstroom, Daniel. 2000. "Deportation, Social Control and Punishment: Some Thoughts about Why Hard Laws made Bad Cases." *Harvard Law Review*, 113: 1890-1935.
- Kuhn, André and Joëlle Vuille. 2010. *La justice pénale : Les sanctions selon les juges et selon l'opinion publique*. Presses polytechniques et universitaires romandes, p. 23-25.
- Leerkes, Arjen and Dennis Broeders. "Deportable and Not so Deportable: Formal and Informal Functions of Administrative Immigration Detention," in *The Social, Political and Historical Contours of Deportation*, ed. Bridget Anderson, Matthew J. Gibney, and Emanuela Paoletti, *Immigrants and Minorities, Politics and Policy* (New York: Springer, 2013), 79–104.
- Leerkes, Arjen and Dennis Broeders. 2010. "A Case of Mixed Motives? Formal and Informal Functions of Administrative Immigration Detention." *British Journal of Criminology*, 50.
- Legomsky, Stephen H. "The New Path of Immigration Law: Asymmetric Incorporation of Criminal Justice Norms," *Washington and Lee Law Review* 64 (2007): 469–528.
- Lutz, Fabian. *The Negotiations on the Return Directive: Comments and Materials* (Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2010).
- Majcher, Izabella "Crimmigration in the European Union through the Lens of Immigration Detention," Global Detention Project Working Paper No. 6, September 2013.
- Miller, Teresa A. "Citizenship & Severity: Recent Immigration Reforms and the New Penology," *Georgetown Immigration Law Journal* 17 (2003): 611–666,
- Mitsilegas, Valsamis. "The Changing Landscape of the Criminalisation of Migration in Europe: The Protective Function of European Union Law," in *Social Control and Justice: Crimmigration in the Age of Fear*, ed. Maria João Guia, Maartje van der Woude, and Joanne van der Leun (The Hague: Eleven International Publishing, 2013).
- Noll, Gregor. 1999. "Rejected Asylum Seekers: The Problem of Return." *International Migration*, 37(1): 267-288.
- Pauw, Robert. 2000. "A New Look at Deportation as Punishment: Why At Least Some of the Constitution's Criminal Procedure Protections Must Apply." *Administrative Law Review*, 52(1): 305-345.
- Senarclens, Clément de. 2013. "State reluctance to use alternatives to detention". *Forced Migration Review*, Issue 44, p.60-62.
- Silverman, Stephanie J. 2012. "Regrettable but necessary?" A Historical and Theoretical Study of the Rise of the U.K. Immigration Detention Estate and Its Opposition." *Politics and Policy*, 40(6): 1131-1157.
- Silverman, Stephanie J. and Evelyne Massa. 2012. "Why Immigration Detention is Unique." *Population, Space and Place*, 18(6).

Simon, Jonathan. 1997. "Governing Trough Crime", in Friedman, Lawrence and George Fischer (eds.) *The Crime Conundrum: Essays in Justice*.

Simon, Jonathan. 1998, "Refugees in a Carceral Age: The Rebirth of Immigration Prisons in the United States". *Public Culture*, 10(3):577-607.

Stumpf, Juliet P. "Social Control and Justice: Crimmigration in the Age of Fear: Introduction," in *Social Control and Justice: Crimmigration in the Age of Fear*, ed. Maria João Guia, Maartje van der Woude, and Joanne van der Leun (The Hague: Eleven International Publishing, 2013), 7–16,

Stumpf, Juliet P. "The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power," *American University Law Review* 56, no. 2 (2006): 367–419.

Taylor, Matthew. "'Go home' campaign creating climate of fear, say rights groups," *The Guardian*, September 8, 2013, <http://www.theguardian.com/uk-news/2013/aug/08/go-home-climate-of-fear-rights-groups> (accessed August 25, 2013).

United Nations High Commissioner for Refugees. 2011. *Back to basics: The Right to Liberty and Security of Person and 'Alternatives to Detention' of Refugees, Asylum-Seekers, Stateless Persons and Other Migrants*. Legal and Protection Policy Research Series. Geneva, UNHCR.

United Nations Human Right Committee. *A. v. Australia*, 560/1993, April 30, 1997.

United Nations Human Right Committee. *Danyal Shafiq v. Australia*, 1324/2004, November 13, 2006.

United Nations Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants. *Report of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, François Crépeau: Detention of Migrants in an Irregular Situation*, A/HRC/20/24, April 2, 2012.

United Nations Working Group Arbitrary Detention. *Report of the Working Group on Arbitrary Detention: Thematic Considerations: Detention of Immigrants in Irregular Situation*, A/HRC/13/30, January 18, 2010.

Wacquant, Loïc. 2009. *Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity*. Duke University Press.

Ward, Angela, Dinah Shelton, Herwig Hoffmann, Elina Paunio, Pekka Aalto, Laurent Pech, Debbie Sayers, and Liisa Holopainen. "Article 47: Right to an Effective Remedy." In *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, edited by Steve Peers, 1197–1275. Oxford: Hart Publishing, 2014.

Wilsher, Daniel. *Immigration Detention: Law, History, Politics* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012).

Domestic Legal Instruments

Bulgarian Law of the Foreigners

Dutch Aliens Decree 2000.

Estonian Act on the Obligation to Leave and Prohibition on Entry.

Finnish Aliens Act No. 301/2004.

Greek Law No. 3907/2011 on the Establishment of Asylum Service and First Reception Service.

Hungarian Act II of 2007 on the Admission and Right of Residence of Third-Country Nationals.

Latvian Immigration Law

Luxembourg Law on free movement of persons and immigration.

Maltese Regulations on Common Standards and Procedures for Returning Illegally Staying Third-Country Nationals

Norwegian Immigration Act

Slovak Act No. 404/2011 on Stay of Aliens.

Swedish Aliens Act

Swiss Federal Act on the temporary and permanent Stay of Foreigners of 26 March 1931 (Status as of 26 June 1986).

Swiss Federal Act on the temporary and permanent Stay of Foreigners of 26 March 1931 (Status as of 18 March 1994).

IV. L'expulsion d'étrangers

Lors du chapitre précédent, nous avons examiné la manière dont le recours à de longues périodes de privation de liberté - instrument typiquement associé aux formes de sanctions les plus intrusives du système pénal - a été progressivement instauré en tant qu'instrument usuel de contrôle migratoire, au sein du droit suisse et européen des étrangers. Le chapitre suivant mettra en évidence la manière dont un instrument typique du contrôle migratoire, à savoir l'expulsion, a récemment été réintroduit au sein du code pénal suisse comme un outil de dissuasion et de répression des populations étrangères.

Les débats analysés dans ce cadre ne portent, cette fois, pas sur la question de l'exécution des décisions de renvois des requérants d'asile déboutés, mais sur les modifications récentes du régime suisse d'expulsion concernant l'ensemble des étrangers présents sur le territoire. Le chapitre se focalise plus particulièrement sur un débat portant sur la criminalité des étrangers en Suisse, au travers de l'analyse d'une initiative populaire « pour le renvoi des étrangers criminels » soumise au scrutin populaire en novembre 2010. Contrairement à la focalisation des débats analysés dans les chapitres précédent, ce projet de loi ne concernait cette fois pas uniquement les infractions commises par des requérants d'asile déboutés, mais réclamait l'instauration d'un principe d'« expulsion automatique » pour tous les étrangers - y compris ceux né en Suisse ou au bénéfice d'une autorisation de séjour permanente - commettant une liste d'infractions, allant du meurtre, aux fraudes aux assurances sociales. La focalisation de ce projet de loi sur une catégorie apparaissant particulièrement indéfendables, tels que les « étrangers criminels », a servi à légitimer l'adoption de mesures, dont les conséquences iront bien au-delà de cette seule catégorie d'« étrangers indésirables ».

Le concept de « système de contrôle crimmigratoire » apparaît particulièrement adapté afin d'analyser les dernières modifications du régime suisse d'expulsion, en tant que stratégie de gouvernement des « étrangers indésirables ». En effet, contrairement au concept de criminalisation de la migration, ce concept permet d'analyser non seulement la manière dont le droit des étrangers tend à incorporer des logiques propre au droit pénal, mais également les processus par lesquels le système pénal adopte des outils et logiques découlant du droit administratif des étrangers. La mise en œuvre de ce projet de loi au sein du droit pénal plutôt que dans le droit des étrangers amène, au travers de la réintroduction de l'expulsion en tant que sanction pénale, à introduire une « logique d'appartenance » au sein du droit pénal. Comme le note Stumpf (2006), cette logique instaure et légitime une différence de traitement entre ressortissants nationaux et étrangers dans le type de sanctions qui peuvent leur être appliquées.

Les analyses effectuées dans ce chapitre ont démontré que la décision de réintroduire l'expulsion en tant que forme de sanction pénale avait principalement été justifiée par l'objectif de dissuasion que cette mesure devait remplir. Si elle avait été suivie jusqu'au bout, le plus grand bouleversement qu'aurait induit la stratégie poursuivi par les initiateurs du projet, n'aurait pas tant consisté dans le caractère explicitement punitif que l'expulsion aurait pu alors explicitement assumé, que dans le bouleversement qu'aurait introduit le principe

d'« expulsion automatique » dans la manière dont auraient du être rendues les expulsions prononcées par les cours de justice pénale. Ainsi, nonobstant de transformer une mesure de police des étrangers en sanction pénale, le principe d'expulsion automatique aurait amené, selon les dires d'un manifeste signés par la quasi-totalité des professeurs de droit en Suisse, à réduire le travail des cours de justice pénale à la simple mise en œuvre de procédures d'expulsion bureaucratiques. Au travers de la levée de bouclier qu'avait suscité la seconde initiative (dites de mise en œuvre) rejetée en février 2015, ce chapitre a néanmoins également permis de mettre en évidence les formes de résistance aux tentatives de transformation du système pénal et judiciaire, induites par la mise en place de ces stratégies de gouvernement. Il met toutefois également en avant les risques réels que posent les tentatives répétées de mise en œuvre d'un système de contrôle des populations étrangères sur l'équilibre fragile sur lequel repose l'Etat de droit.

L'apport de ce chapitre ne consiste ainsi pas uniquement à démontrer la validité du cadre d'analyse portant sur l'émergence d'un « système de contrôle crimmigratoire », mais également à mettre en avant les conséquences possibles de la mise en place d'un tel système, non seulement dans le traitement réservé aux populations étrangères, mais également sur les mutations qu'il induit pour l'équilibre de l'ensemble d'un système démocratique basé sur les principes de l'Etat de droit. Les atteintes portées au respect des principes de proportionnalité et des droits humains, découlant de la mise en place de ces stratégies de gouvernement des populations étrangères, entraînent en effet une remise en cause du rôle et de l'indépendance du pouvoir judiciaire. La redéfinition du rôle du pouvoir judiciaire amène à son tour un changement dans la répartition entre les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire, qui comporte un risque pour l'Etat de droit, sur lequel repose l'équilibre fragile de nos démocraties.

Article 3. Deportation Regime, Crimmigration System and the Rules of Law¹²²

Abstract

This paper analyses the recent evolution of the Swiss deportation regime in the light of what has been labeled by US legal scholars as the creation of a crimmigration system of control (Stumpf 2007). This contribution focuses not only on the reinforcement of punitive rationale within immigration law, but also on the process of “immigrationization of criminal law” (Miller 2003) that followed the acceptance of the Swiss popular initiative “for the deportation of criminal foreigners” in 2010. It argues that the building of a crimmigration system of control of foreign populations does not merely affect the government of foreigners, but might lead to the erosion of some of the core principle of judicial power and democracy. This

¹²² Cet article est une version légèrement modifiée de celui soumis le 10 avril 2017 à la revue scientifique à comité de lecture *Social and Legal Studies*. Cette revue internationale, d'un facteur d'impact de 0.620 en 2014, privilégie la publication de contributions adoptant une approche progressiste, interdisciplinaire et critique dans le champ des études socio-juridiques.

alarming trend might affect the balance of power within liberal democracies leading to a more authoritarian mode of government.

Keywords

Crimmigration, Deportation, Governmentality, Rule of Law, Switzerland.

1. Introduction

A recent body of literature, mostly from US legal scholars and criminologists, has focused on the intertwining of immigration and criminal law, analysed as a new form of control and government of foreign populations (Kanstroom, 2000; Miller 2003, 2005; Legomsky, 2007; Stumpf, 2007; Chacón, 2009, Aliverti, 2012). These two distinct systems used to pursue different objectives through different means. Immigration law merely consisted of a set of administrative rules aiming at regulating the entrance, stay and exit of foreign nationals, while criminal law's objective was to sanction offenders for their crimes.¹²³ The analysis of the merger of the aims and methods of these two systems would need taking into account not only the “criminalisation of immigration law”, but also what Miller (2003) has described as the “immigrationization of criminal law”.

The criminalization of immigration law has been largely documented by looking at the penalization of immigration-related infractions. Among others, Chacón (2009) highlighted in the case of the US how, from the 1980s, several immigration related violations that previously amounted to civil violations (such as the hiring of undocumented migrants, marriage fraud or illegal reentry) became subject to criminal sanctions.

The concept of “criminalization of immigration law” may also be useful in analysing another important trend – although less often highlighted by scholars - consisting in the reinforcement of punitive rationale within immigration law proceedings. What Miller described as the incorporation of “greater punitiveness within a nominally civil system of immigration regulation” (2003: p. 11) has usually been illustrated by the extension of the range and number of crimes for which an alien can be deported in the US, the greater reliance on immigration detention, as well as the use of criminal law enforcement methods to enforce civil orders.

In this process, Legomsky (2007) pointed out the “asymmetric incorporation” of criminal justice norm within immigration law. He argued that “immigration law has been absorbing the theories, methods, perceptions, and priorities associated with criminal enforcement while explicitly rejecting the procedural ingredients of criminal adjudication” (Legomsky 2007: p.

¹²³ Rehabilitation (preparing for the reinsertion of the offender into society), deterrence (preventing the commitment of further crimes) and incapacitation (neutralizing the threat represented by the offender) are amongst the three main functions of criminal sanctions that have most frequently been highlighted in the literature and legal philosophy (Feely and Simon, 1992: p. 449 ; Kuhn and Vuille, 2010 : p. 23 ; Leerkes and Broeders, 2010 : p. 832). Due to its repressive purpose, the criminal justice system has been developed together with a whole system of procedural guarantees - ranging from the presumption of innocence's principle to the rights to a fair trial – in order to protect individuals against arbitrary State power. As Legomski (2007: p. 474) puts it nicely, the criminal system would thus normally follow the general principle according to which it is better to acquit ten guilty persons, than convict one innocent. According to Feely and Simon (1992), an important shift of focus in the US criminal justice system from the rehabilitative function toward the deterrence and incapacitative function of the criminal sanction system started in the 1980s. They labelled this new way of dealing with criminal behaviours, related to the rise of neo-liberalism, as a “new penology”.

469). According to this author, even though immigration measures incorporated most of the criminal sanctions methods and objectives, the fact that they remain formally incorporated within immigration law allow them not to include the set of procedural guarantees included within criminal law enforcement.

However, the concept of “criminalization of immigration law” cannot address new phenomena that appear as a result of the intertwining of criminal and immigration law. Indeed, according to Miller, “the criminalization of immigration law fails to capture the dynamic process by which both systems converge at points to create a new system of social control that draws from both immigration and criminal justice, but it is purely neither” (2003: p. 4). The author went further and created the new concept of “immigrationization of criminal law” (Miller, 2003: p. 4) to highlight the incorporation of immigration law methods within criminal law enforcement when targeting foreign populations.

The lack of an existing concept to qualify both the process of “criminalization of immigration law” and of the “immigrationization of criminal law” in the creation of a “new system of social control of foreign populations” was eventually solved by Juliet Stumpf (2007) who came up with the new concept of “crimmigration law”.

Even though the contribution made by Stumpf has met a lot of interest in this debate, there are still very few contributions that draw on what makes the main particularity of this new concept, which takes into account not only the transformation of immigration law, but also the change occurring within criminal law. Moreover, with a few notable exceptions (see for example Welch, 2012; Guia *et al.*, 2013), the concept of crimmigration or the underlying processes it covered has given birth to relatively few contributions outside of the US.

This article will analyse the most recent evolution of the Swiss deportation regime as regard to the suppression and reintroduction of deportation as a form of penal sanction within criminal law. The analysis will take into consideration the discussion that led to its suppression in 2007 mainly on the basis of the case law of the Swiss Federal Court, and to its reintroduction just a few years later following the acceptance of the popular initiative “on the deportation of criminal foreigners” in 2010. These two cases appeared indeed particularly meaningful in order to provide elements of discussion as regard to the intertwining between criminal and immigration law in Switzerland.

A comparative analysis of the Swiss deportation regime before and after the introduction of the new Foreign Nationals Act has been done through a careful examination of the actual article of law that were passed, as well as the debates in the Parliament and the case law from the Federal Court that were related to them. The reintroduction of criminal deportation within the Swiss Penal Code has been analysed through the tumultuous debates that were raised during the two popular initiatives “on the deportation of foreign criminal” of 2010 and 2015. In addition to the actual project of law, the analysis took into consideration the report from the working group that was charged to implement the initiative as well as the different responses that were raised by different actors (administration, political parties, legal scholars, etc.) to these initiatives.

The first section of this article will aim at demonstrating the interest of the construction of “crimmigration system” outside of the US context using the case of the recent history of the

Swiss deportation regime.¹²⁴ Two major changes in the recent history of the Swiss deportation regime will be highlighted. First, we will analyse the suppression in 2007 of criminal deportation in the Penal Code that came together with the introduction of new security-related grounds for administrative deportation in immigration law. It will be argued that the punitive function of criminal deportation did not actually disappear with the suppression of criminal deportation, but was on the contrary reinforced within administrative deportation. Administrative deportation will then fulfill similar objectives that criminal deportation did, while bypassing the procedural guarantee and rehabilitative function encompassed within the criminal justice system. Second, we will analyse the context and motivation that eventually lead to recent reintroduction of criminal deportation within the Swiss Penal Code. While the main argument to reintroduce criminal deportation was to put a clearer emphasis on the punitive function of such deportations, we will highlight the attempts that were made in order to lower the procedural guarantees and suppress the rehabilitative function of criminal deportation. This first section will demonstrate the intertwinement between immigration and criminal law regulations resulting from the endeavors of Swiss politicians to build the most convenient instrument to deport foreign national offenders. This analysis shows that this process not only resulted in the reinforcement of a punitive rationale within immigration law, but also attempts to lower the level of procedural guarantee and cut short the rehabilitative function previously included in criminal law enforcement.

The second section of this article will go further in the analysis of the crimmigration system. Case studies on Switzerland's deportation regime will be used to validate what has been demonstrated in different contexts, and to further extend the scope of discussion pertaining to the government of foreign populations. Rather than seeing it merely as a new system of control of foreign populations, it will be argued that the consequences of the implementation of such a system might not only affect foreign populations, but also citizens through its influence on some of the core judicial and democratic principles of liberal democracies. The framing on the issue of deportation of 'criminal foreigners' allows a right-wing populist party not only to extend in an unprecedented way the types of infractions and categories foreigners subject to deportation, but also to question core instruments of individual liberty protection and to challenge the rule of law.

2. The intertwinement of criminal and immigration law in the Swiss deportation regime

The recent history of the Swiss deportation regime illustrates the building of a crimmigration system of control of foreign nationals. The intertwinement between the criminal and immigration justice system within the Swiss deportation regime will be demonstrated both by the reinforcement of punitive logic within immigration law, but also attempts to introduce 'bureaucratic ways' of enforcing criminal law by introducing the 'automatic deportation' of convicted foreigners. The first trend that will be highlighted in this section is the reinforcement of punitive rationale within the administrative system of migration regulation.

¹²⁴ For an analysis of similar trends based on the case of immigration detention in Switzerland and at the European level see Majcher and de Senarclens (2014).

The reinforcement of punitive rationale within administrative deportation

In 2007, criminal deportation was deleted from the Swiss Penal Code. It will be argued in this section that the suppression of criminal deportation did not eliminate the punitive logic that was underlying this measure but rather transferred and reinforced within administrative deportation. Until 2007, criminal and administrative deportations were both present in the Swiss deportation regime. They were considered as two clearly distinguishable measures. Criminal (or judicial) deportation could be sentenced by criminal courts according to the former article 55 of the Swiss Penal Code of 1937,¹²⁵ while administrative deportation could be ordered by immigration authorities according to Federal Act on the Temporary and Permanent Stay of Foreigners (FAF) of 1931. Although both administrative and criminal deportation could be ordered as a result of criminal offences committed by foreigners, the Swiss Federal Court repeatedly insisted on the clearly differentiable nature and function of these two measures.¹²⁶ Criminal deportation was considered by the Swiss Federal Court as a criminal sanction that could be ordered toward foreign nationals as complement of a custody sanction. It aimed both at punishing foreign nationals for their crime (retributive function) and at neutralizing the threat they represented (incapacitative function).¹²⁷ However, the Federal Court also insisted on the function of rehabilitation associated with criminal sanction.¹²⁸ Due to its rehabilitative function, criminal courts should not order criminal deportation when the foreign national had better expectative of rehabilitation in Switzerland than in its country of origin. This was generally considered to be the case when foreign offenders had strong ties in Switzerland while almost no more relationship to their countries of origin.¹²⁹

Conversely administrative deportation was based on the FAF of 1931, whose article 10a stated that a foreigner could be expelled “If he was sentenced by a judicial authority for a criminal offense”.¹³⁰ Even though the administrative order of deportation appears as the result of a criminal offence, the Court insisted that administrative deportation should not be considered as a penal sanction, but as an administrative decision taken by immigration authorities according to the criteria set in immigration law regarding those who can and cannot remain on Swiss territory.¹³¹

¹²⁵ « The judge may expel from the Swiss territory, for a period from three to fifteen years, every foreigners condemned to reclusion or imprisonment. » Swiss Criminal Code of 21 December 1937 (Status as of 19 December 2006), article 55. Own translation.

¹²⁶ Decision of the Federal Court (hereafter DFC) 105 Ib: p. 168.

¹²⁷ DFC 94 IV: p. 104 ; DFC 117 IV: p. 233.

¹²⁸ DFC 104 IV: p. 227; DFC 104 Ib: p. 333.

¹²⁹ DFC 122 II : p. 436.

¹³⁰ « Foreigners can only be expelled on the following grounds: a) If he was sentenced by a judicial authority for a criminal offense; b) whether his conduct as a whole and his actions lead to the conclusion that he does not want to adapt to the established order in the country that offers him hospitality or it is not able to; c) if, as a result of mental illness, he/she undermines public order; d) if he/she falls in a continuous manner and to a large extent to the charge of public assistance. » Federal Act on the Temporary and Permanent Stay of Foreigners (LSEE) of 26 March 1931 (Status as of 1 January 2007), article 10. (Own translation.) The article 10 applied to every foreigner including those with permanent permit. The deportation of foreigners with temporary permit may also occurred following the revocation of their permit for a list of grounds listed in article 9 such as: obtaining of the permit through false statement, the non-fulfillment of conditions attached to it or “if the conduct of the foreigners raises serious complaints”. Finally the administrative deportation of foreigners staying in the country without a valid permit could be implemented without a formal deportation order.)

¹³¹ DFC 105 Ib: p. 165.

According to the Federal Court, the main criteria to decide whether a foreigner may or may not stay on the territory according to article 10a of the FAF is to be related to the potential threat to security and public order that he or she may represent.

“Criminal sanctions are oriented toward rehabilitative aims, namely the question whether Switzerland or the home country offer the most favorable precondition for reintegration into society (DFC 104 Ib 331 E. 2). On the contrary, the main concern of immigration authorities is to preserve security and public order.”¹³²

Together with the basic procedural guarantees included within criminal law (such as the right to be heard, and the right to be defended), these two distinct orientations explained why criminal deportation appeared as a less “efficient” instrument in order to deport foreigners in comparison to administrative deportation. Indeed, it was pretty common for a criminal court not to order deportation, or to postpone it, due to the better expectative of rehabilitation that the convicted foreigners would have in Switzerland compared to their country of origin (Achermann 2008: 96). However, in the case where – after a long a careful examination – the criminal court decided not to pronounce a deportation order according to the article 55 CP due to the better expectative of the rehabilitation the offender may have in Switzerland, the administrative authorities almost systematically relied on the article 10 of the Foreigners Act to have him deported anyway. Immigration authorities could even start an administrative process of deportation while the criminal case was still running to be sure that the foreigners would immediately be deported from the country even if deportation as a criminal sanction was not pronounced (Achermann, 2008).

Several rulings of the Swiss Federal Court validated such practices stating that the decision of administrative authorities may indeed be more severe than the one of the penal court due to the objective of maintaining security and public order on the territory.

“Certainly, when the criminal judge refrains from ordering the expulsion of a convicted pursuant according to art. CP 55 or suspends the sentence, the foreign police authorities conserve the right to impose administrative expulsion against that foreigner; in this case, they can therefore be more severe than the penal judge and decide irrespective of its assessment (DFC 124 II: p. 291).”¹³³

At some point it became too obvious that running a long and costly criminal procedure was futile when foreigners would be deported according to immigration law in any case. It was thus finally decided to suppress criminal deportation.¹³⁴ According to an argument presented by Zünd (1993) and taken back by the Federal Court, criminal deportation was useful only as

¹³² DFC 125 II 105: p. 110.

¹³³ Own translation : « Certes, lorsque le juge pénal renonce à ordonner l’expulsion d’un condamné en application de l’art. 55 CP ou l’ordonne en l’assortissant d’un sursis, les autorités de police des étrangers conservent le droit de prononcer l’expulsion administrative à l’encontre dudit étranger ; dans ce cas, elles peuvent donc se montrer plus sévères que le juge pénal et décider indépendamment de l’appréciation de celui-ci (DFC 114 Ib 1 consid 3a ; voir aussi DFC 122 II 433 consid. 2b et DFC 120 Ib 129 consid 5b p.132) ». See also DFC 130 II 493: « Quant à la décision de renoncer ou de surseoir à l’expulsion d’un condamné étranger en vertu de l’art. 55 CP, elle est dictée, au premier chef, par des considérations tirées des perspectives de réinsertion sociale de l’intéressé. Or, pour l’autorité de police des étrangers, c’est la préoccupation de l’ordre et de la sécurité publique qui est prépondérante dans la pesée des intérêts. En matière d’expulsion, son appréciation peut donc s’avérer plus rigoureuse que celle de l’autorité pénale. »

¹³⁴ Message on the Modification of the Swiss Penal Code of 30 September 1998 (FF 1999 II 1908).

long as administrative deportation only applied to a specific state (*canton*) and not on the whole Federal territory (Zünd, 1993). The progressive extension of the scope of an administrative deportation order to the whole country, which had become systematic in the past decades, made this redundancy useless.

Although some criticisms were raised during this period regarding the “*double peine*” (Sayad, 1998) criminal deportation may impose on foreign nationals, it was not the punitive nature of criminal deportation that eventually led to its suppression. It was rather that administrative and criminal deportations were leading to the exact same result. When having to decide which one of these two similar measures they may suppress, the authority decided without explicitly justifying it to suppress the one which appeared the most difficult to enforce. As previously highlighted, the basic procedural guarantees included within criminal law (such as the right to be heard and represented by an attorney in front of a court of justice) and the rehabilitative function of criminal sanction made this instrument not only more costly and time consuming, but also less “efficient” in order to deport convicted foreigners. Administrative deportation appeared as a more convenient tool to deport foreign national offenders. Suppressing criminal deportation while maintaining administrative deportation allows the authorities to conserve the most severe and efficient instrument to deport foreigners while getting rid of the rehabilitative function as well as the long and costly criminal law procedures.

The decision to suppress criminal deportation in order to maintain the most efficient instrument in the hand of the authorities may very well be related to the concept of “ad hoc instrumentalism” pointed out by Sklansky (2012) as one missing spot in the analysis of crimmigration law. This concept refers, according to Sklansky (2012: 161), “to a manner of thinking about law and legal institutions that downplays concerns about consistency and places little stock in formal legal categories, but instead sees legal rules and legal procedures simply as a set of interchangeable tools. In any given situation, faced with any given problem, officials are encouraged to use whichever tools are most effective against the person or persons causing the problem.” This way of thinking seems indeed in line with the reasoning behind the sole use of administrative deportation, that appeared as the most effective way to deport foreigners regardless of the main rationale underlying the deportation order. According to this author, “ad hoc instrumentalism” allows to better understand the process leading to a growing intertwinement between criminal and immigration law as regard to the control of foreign populations.

While the procedural guarantees and rehabilitative function was buried with criminal deportation, I would argue that the punitive function of deportation did not disappear, but was rather transferred and reinforced within administrative deportation. This hypothesis is supported by several modifications made in administrative deportation congruently with the modification of the Swiss Penal Code. Indeed, the objective of maintaining security and public order (incapacitative function) appears as one of the main objective pursued by the modification to the administrative deportation within the new Foreign Nationals Act (FNA) who entered into force in 2008. The articles 61 and 62 of the new Bill allow for the

deportation of foreign nationals who have been given a “long custodial sentence” or “seriously and repeatedly threaten security or public order”.¹³⁵

Before the introduction of this new Bill, the length of 24 months of a custodial sentence would be used by the Court to demonstrate a public interest of deporting a foreigner, and hardly any private interests from the foreign offender (even though he or she was born in Switzerland or married to a Swiss citizen) could counterbalance this.¹³⁶

During the Parliamentary debate for the introduction of the Bill, the Parliamentary Commission in charge of submitting the project to the National Council offered to define a “long custodial sentence” not by a custodial sentence of 24 months, but of 12 months of imprisonment. The proposition of formally precisizing this length in the new law was finally rejected – not because the length of a “long custodial sentence” was cut into half, which actually became the new standard in the practice of the Federal Court – but on the argument that in order to maintain public security a bigger room to maneuver should be given to the authorities.

“The aim of this proposition is to maintain public security and order in the future. In this case, I think, we should leave enough maneuvering room to the authorities.” Christoph Blocher (UDC), Federal Councillor, National Council, 15.06.2004, BO 2004 N 1088.¹³⁷

Another proposition from a center-right party was made to suppress the qualification of “serious and repeated” threat to public order, arguing that *any* kind of threat to security and public order represented by a foreigner should lead to its deportation.¹³⁸ This proposition was eventually rejected, but only from a small majority (78 vs 92).¹³⁹

These elements demonstrate that far from going off-screen following the suppression of criminal deportation, the punitive function of incapacitation already contained within administrative deportation was rather reinforced within the new Foreign Nationals Act. While it has been admitted for long in Switzerland that an administrative measure may fulfill a security objective, the reinforcement of the incapacitative function within administrative deportations may clearly be analyzed as what has been labeled by Miller as a “greater punitiveness within immigration law”.

¹³⁵ “Article 61: The competent authority may revoke permits if the foreign national: (...) b. has been given a long custodial sentence (...); c. has seriously or repeatedly violated or represents a threat to public security and order in Switzerland or abroad or represents a threat to internal or external security; Article 62: The permanent residence permit may be revoked only if: b. has been given a long custodial sentence (...); c. the foreign national has seriously violated or represents a threat to public security and order in Switzerland or abroad or represents a threat to internal or external security.” Bill on the Foreign Nationals Act (FF 2002 3620). Own translation.

¹³⁶ Own translation: « Selon la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, une expulsion est possible lorsque la personne concernée a été condamnée à une peine privative de liberté de deux ans ou plus ou qu’une mesure pénale a été prononcée à son encontre (DFC 125 II 521). » Message concernant la loi sur les étrangers du 8 mars 2002 (FF 2002 3565).

¹³⁷ Own translation: « Der Hintergrund dieser Vorschrift ist die Beachtung der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in der Zukunft. Da muss den Behörden, meine ich, dieser Spielraum gelassen werden. » Christoph Blocher (SVP), Bundesrat, Nationalrat, 15.06.2004, BO 2004 N 1088.

¹³⁸ « There is not any good reason to wait for a foreigner to threaten security and public order in a *severe* or *repeated* way to deport him. » Philip Muller (PDC), National Council, 15.06.2004, BO 2004 N 1084. Own translation.

¹³⁹ BO 2004 N 1090.

The immigrationization of criminal deportation

Only a few years after the suppression of criminal deportation of the Swiss Penal Code, the acceptance in 2010 of a popular initiative launched by the Swiss People's Party (SVP) "for the deportation of foreign criminals" eventually lead to the reintroduction of criminal deportation within criminal law. As it will be shown in the following, the decision to implement this initiative by reintroducing criminal deportation was mainly motivated by the enhanced deterrent effect this type of deportation would have on "foreign criminals". While criminal deportation was reintroduced to place a bigger emphasis on the deterrent effect of the deportation of foreign national offenders, this reintroduction was made jointly with a principle of "automatic deportation", which aimed at bypassing the rehabilitative function of criminal law. The reintroduction of criminal deportation together with the principle of automatic deportation may be apprehended as an « immigrationization of criminal law » (Miller 2003).

The initiative modified article 121 "Legislation on foreign nationals and asylum" of the Swiss Constitution as follows:

" (...) 3. Irrespective of their status under the law on foreign nationals, foreign nationals shall lose their right of residence and all other legal rights to remain in Switzerland *if they*: a. are convicted with legal binding effect of an offence of intentional homicide, rape or any other serious sexual offence, any other violent offence such as robbery, the offences of trafficking in human beings or in drugs, or a burglary offence; or b. have improperly claimed social insurance or social assistance benefits." Article 121: Legislation on foreign nationals and asylum, Federal Constitution of the Swiss Confederation of 18 April 1999 (Status as of 9 February 2014). Own translation.

Although the popular initiative asked for a modification of the constitutional article on the "Legislation on Foreign Nationals and Asylum", the Federal Council (supported by the Initiative Committee) offered to implement this initiative by reintroducing criminal deportation within the Penal Code. As previously mentioned, one of the main reasons given to implement this initiative within criminal law was to reinforce the specific and general deterrent effects of deportation. Indeed, the first motive given by the Working Group in charge of implementing the text of the initiative concerned the general and specific effects of deterrence that criminal deportation may have. They considered that doing so would send a "clear message" that "deportation is a direct consequence of criminal behavior".¹⁴⁰ In its Message on the Modification of Penal Code of 2012, the Federal Council also insisted on the better general deterrence effect that the public audience of criminal court will have in compare to the making of an administrative decision.¹⁴¹ This argument also appeared as the

¹⁴⁰ « Intégrer les dispositions d'exécution dans le code pénal, avec la possibilité d'une expulsion du territoire suisse à titre de peine accessoire prononcée par un tribunal pénal, est susceptible d'avoir un effet dissuasif plus marqué (prévention générale et spécifique). Le fait d'opter pour des normes pénales adresse un message clair : l'expulsion de Suisse est une conséquence directe d'un comportement criminel. » *Rapport du groupe de travail pour la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi*, 21 juin 2011, p. 51.

¹⁴¹ « Le côté public de la procédure judiciaire assure à l'expulsion relevant du droit pénal un meilleur effet de prévention générale que l'expulsion prononcée par une autorité administrative chargée des questions liées aux étrangers. » *Message du 4 avril 2012 relatif à la Réforme du droit des sanctions* (FF 2012 4385), p. 4401.

main ground for the Swiss People's Party (the author of this initiative), who considered that the text of their initiative should be implemented within the Penal Code and nowhere else.¹⁴²

As conveyed in the previous chapter, the implementation of the text of the initiative in criminal law should – in usual circumstances – lead to an extension of the rights of the convicted foreigners due to the procedural guarantees and the rehabilitative functions which should be part of criminal sanctions. Indeed the basic procedural guarantees included within criminal law (such as the right to be heard, to have access to a lawyer, and to be informed of a court decision in a language that a person will understand) are conditions that are not present within administrative proceedings. This explains why some legal scholars, such as Kanstroom (2000, 2012), have pleaded for the recognition of the criminal nature of deportation in order to apply the same level of procedural guarantee as in other forms of coercive measures included in criminal law. This possible advantage did not go unnoticed by the Working Group that stated that by implementing the text in criminal law, the offenders would benefit from extended rights as part of the criminal law proceedings.¹⁴³ Moreover, and as pointed out in the previous chapter, along with procedural guarantees, the function of rehabilitation that appear constitutive of criminal sanctions had made criminal deportations a less efficient instrument than administrative deportations.

In this context, one might wonder why the authors of the initiative “for the deportation of foreign criminals” were so much in favor of implementing their text in criminal law. It seems very doubtful that they forgot the reasons that lead to the suppression of criminal deportation just a few years prior. It could be argued that the Swiss People's Party thought that the reintroduction of criminal deportation together with the “automatic deportation” would foster the deterrent effect of deportation, while suppressing the constraints (in terms of rehabilitative effect and procedural guarantees) that used to come conjointly. Indeed, this initiative aimed at introducing in the law a principle of “automatic deportation” for foreign nationals who committed a wide range of offences going from murders and rape to “abuses to social insurances”. Beyond listing and introducing new grounds for deportation, the radical change implied in this initiative concerned the way in which a deportation order should be pronounced. As briefly presented in the previous section, the decision to deport a foreign national was delivered on a case-by-case basis, where the public interest to deport an individual (deducted mostly from the length of the custodial sentence pronounced against him) had to be balanced with his or her private interest to remain on the territory. This private interest to remain was to be related to the legal status he/she had in Switzerland, the time spent in the country and the social links he/she created in the country in comparison to the person's country of origin.¹⁴⁴ The claim that “*Irrespective of their status under the law foreign nationals shall lose their right of residence irrespective of all other rights to remain in*

¹⁴² « Les représentants du comité d'initiative soutiennent quant à eux que l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. prescrit une mise en œuvre dans le code pénal et qu'une mise en œuvre dans la LEtr n'est dès lors pas envisageable. » *Rapport du groupe de travail pour la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi*, 21 juin 2011, p. 53.

¹⁴³ « En incluant les dispositions d'exécution dans le code pénal, l'on consacre la compétence du tribunal pénal. Les parties jouissent de droits étendus dans le cadre de la procédure pénale (cf. également les garanties prévues à l'art. 32 Cst.) » *Rapport du groupe de travail pour la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi*, 21 juin 2011, p. 51.

¹⁴⁴ For a more detailed analysis of the process of the balance of interest in the deportation of foreigners in Switzerland see Achermann (2008, 2012, 2014).

Switzerland (...)” clearly intends to break with this balance of interest in order to introduce the automatic deportation of foreigners who commit a defined and listed offence. If this principle was to be strictly followed, the criminal court would therefore merely have to routinely and systematically sentence foreigners who have committed a listed offence (rather than following long and costly proceedings to examine on a case-by-case basis whether the possibility of rehabilitation in Switzerland would justify not sentencing a deportation order). The automatic deportation principle would therefore lead to suppress the rehabilitation function of former criminal deportations, and most probably short-circuit some of the extended procedural rights usually included within criminal sanctions, to merely focus on its general and specific deterrent effect.

These fears were expressed during the consultation process, by left-wing political parties and human rights NGOs, but also by the National Association of Attorney (KSS) and the National Association of Criminal Law Prosecution (CAPS). They claimed that the principle of automatic deportation was not compatible with the making of individual sanction as requested in criminal law proceedings. They consider that the advantages of implementing the initiative into criminal law, in terms of the respect of the rule of law, might only be effective if the court may proceed on a case-by-case basis, in clear contradiction to an “automatic deportation”.¹⁴⁵

As we will see in the following chapter, the automatic deportation - due to the impossible reconciliation with other principles such as the proportionality principle - will actually not be implemented as such. However, the acceptance of the initiative will lead to another drastic decrease of the length of the custodial sentence (from 12 to 6 months) used to justify the deportation of foreign offenders. It also led to the extension of the range and the decrease of the gravity of the infractions leading to deportation, such as the « abuse to social insurances », which was not even considered to be a criminal offence before that, was thus incorporated into criminal law. While the decision making process of balancing the public and private interest was barely preserved (see below), the public interest in deporting foreigners for “security concerns” was once again significantly raised. Moreover, even though the criminal court should still take into consideration the links of the individual with its country of residence, the criteria of the better rehabilitation expectative of the offenders in Switzerland in comparison to their country of origin has been completely erased from the debate. In the case of the deportation of foreign national offenders, the rehabilitative function of criminal sanction seems to belong to the past. In summary, the reintroduction criminal deportation together with the principle of automatic deportation might be considered as an attempt to bypass the main rights and protection included within criminal law, that is precisely encompassed through the concept of “immigrationization of criminal law” described by Miller (2003). The opposition that will be more precisely analysed in the following chapter

¹⁴⁵ « Selon plusieurs autres participants, les avantages présentés par une mise en œuvre dans le CP du point de vue du respect de l'Etat de droit ne se concrétiseront que si le juge peut effectivement procéder à un examen au cas par cas, plutôt que de se voir contraint de prononcer l'expulsion par un mécanisme légal relativement scabreux. (...) l'expulsion ne constitue pas une sanction pénale (son caractère automatique ne permet pas une individualisation de la sanction telle que la réclame le code pénal), mais une mesure administrative, qui doit être réglée dans la loi sur les étrangers (LEtr; RS 142.20). » *Synthèse des résultats de consultation concernant la mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles sur le renvoi des étrangers criminels* (art. 121, al. 3 à 6 Cst), p. 11.

tend to mitigate the results as regard to this process in this context. Some of the elements highlighted in this section may however lead to see the premises of such trend that would remain to be witness in the near future.

3. Consequences of the Crimmigration system on democratic principles

The previous two sections have demonstrated how the analysis of the Swiss deportation regime illustrates the building of a crimmigration system of control of foreign populations, first through the reinforcement of a punitive rationale within the administrative system of migration regulation, and second by putting aside the rehabilitative function and procedural guarantees of criminal sanctions while focusing on its deterrence function. This chapter will highlight the consequences this system might have not only on the government of foreign populations but also on core democratic principles. It will be argued that by starting a debate on a tiny and almost undefendable category of the population, namely “criminal foreigners”, the Swiss People’s Party seriously threatened fundamental mechanisms of individual protection established within liberal democracies.

In order to make this point clear, it is necessary to come back to the debates that were raised regarding the compatibility of the initiative “for the deportation of criminal foreigners” with constitutional and international norms, such as the proportionality and the non-refoulement principles. In the brochure provided to every Swiss citizen before the vote, the Federal Council was already taking a stand against the initiative. Its opposition to the initiative was not related to its aim (it appears indeed difficult for a government to stand *against* the deportation of “foreign criminals”) but to the means the popular initiative chose in order to reach this objective. The Federal Council argued that the initiative would raise conflict with the fundamental values of the constitutional and international legal framework.

« If accepted, the initiative will create serious conflict with fundamental constitutional values, such as the proportionality of the measures ordered by the authorities. Moreover, important international law agreements, such as the Free Movement Agreement with the EU, would not be respected anymore. »¹⁴⁶

According to the Swiss Constitution in its article 139 al. 3 a popular initiative should be declared void only when appearing in clear breach with peremptory norms of international law. In this case, the Federal Council as well as the Parliament considered how the transcription of legal text of the initiative within the Swiss legal framework might be done in a way that would be compatible at least with peremptory norms of international law.¹⁴⁷ In order to make sure that the implementation of the initiative would not conflict with the existing legal order, the Federal Council designed a counter-project, where a deportation would be ordered “in respect to fundamental, constitutional and international rights, in particular in the

¹⁴⁶ Own translation: « En cas d'acceptation, l'initiative entraînerait de sérieux conflits avec des valeurs fondamentales de la Constitution, notamment avec le principe qui veut que les mesures ordonnées par les autorités soient proportionnées au but visé. En outre, d'importants accords de droit international ne pourraient plus être respectés, par exemple l'accord sur la libre circulation avec l'UE. » *Votation populaire du 28 novembre 2010 : Explication du Conseil Fédéral*, p. 16.

¹⁴⁷ Report of the Working Group for the enforcement of the popular initiative ‘for the deportation of criminal foreigners’ of 21 June 2011, p. 22.

respect of the proportionality principle”.¹⁴⁸ However, the arguments of the Federal Council did not appear convincing enough to a majority of the Swiss population, most of whom validated the initiative (53%) rather than its counter-project (45%).¹⁴⁹

Once accepted, the legislators were given up to five years to incorporate the text of the initiative within the Swiss legal framework. Due to the expected difficulties of compatibility of the initiative with prevailing constitutional and international norms, a Working Group was created to examine different options to interpret and translate the initiative without infringing on other national and international rules. This group delivered a report during the summer of 2011, which offered different options to incorporate the text of the initiative into the Swiss legal framework.¹⁵⁰ According to the majority of the group, the first option supported by the Initiative Committee would not be compatible with several articles of the European Convention of Human Rights (ECHR), or the bilateral agreement on the free movement of people (FMPA), or the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), and would infringe on some of the peremptory norms of international law.¹⁵¹ The issues were raised in particular due to the violations of norms regarding the respect of procedural guarantees (article 1 Protocol 7 of the ECHR and article 13 ICCPR) and concerning the respect of the proportionality principle (as regard to the article 8 of the ECHR on the “right for respect of private and family life” and the article 17 of ICCPR). Moreover, the Working Group concluded their report by saying that the proportionality principle can be found implicitly in the entire constitutional and juridical order to protect citizens against an excessive interference of the State with their individual liberty and freedom.¹⁵² In order to respect this basic judiciary principle, a majority of the Working Group supported a second option to introduce a criterion of a minimum sentence of 6 months, which would allow taking into account the gravity of the pronounced sanction.¹⁵³ According to the Working Group, this option would remain problematic with regard to the ECHR whose case law might not allow for the deportation of foreigners for the minor sanctions included in the initiative, and which would also request to take other criteria into account. However, it would at least maintain the principle of balance of interest requested by international conventions.¹⁵⁴

After launching a consultation process, the Federal Council finally submitted a new project of modification of the Swiss Penal Code to the Parliament, which followed the second option

¹⁴⁸ Own translation: « La décision relative au retrait du droit de séjour, à l’expulsion ou au renvoi est prise dans le respect des droits fondamentaux et des principes de base de la Constitution et du droit international, en particulier dans le respect du principe de proportionnalité ». *Contre-projet à l’initiative populaire «Pour le renvoi des étrangers criminels » du 10 juin 2010, article 121b al.3.*

¹⁴⁹ URL : <http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/abstimmungen/2010-11-28.html>, last consultation 17.07.2016.

¹⁵⁰ Report of the Working Group for the enforcement of the popular initiative ‘for the deportation of criminal foreigners’ of 21 June 2011.

¹⁵¹ *Ibid.* p. 113.

¹⁵² « Le principe de la proportionnalité de l’activité de l’État régi par le droit est un frein à l’exercice du pouvoir que l’on retrouve en filigrane dans l’ensemble de l’ordre constitutionnel et juridique, dans le but de protéger le citoyen contre des atteintes excessives de l’État. » Report of the Working Group for the enforcement of the popular initiative ‘for the deportation of criminal foreigners’ of 21 June 2011, p. 116.

¹⁵³ The Working Group also offered two others options: the third option would slightly raise the minimum sentence criteria to better fit the case laws of the ECHR, and the fourth option would introduce the text of the initiative not in the penal code but in immigration law.

¹⁵⁴ Report of the Working Group for the enforcement of the popular initiative ‘for the deportation of criminal foreigners’ of 21 June 2011, p. 114.

preferred by the majority of the Working Group.¹⁵⁵ This option was presented as a compromise that would conciliate an increased severity regarding the deportation of “criminal foreigners” with prevailing constitutional and international norms.¹⁵⁶

The Swiss People’s Party denounced however this solution claiming that it was in clear contradiction with the popular will as expressed through the acceptance of the first initiative. As a direct response, they launched a second initiative (called the “enforcement initiative”) in order to bypass the whole lawmaking process sanctioned by the Parliament and thus forcing the adoption of their own interpretation of the text that had initially been submitted for voting.

This second initiative caused an outcry not only by human rights advocates,¹⁵⁷ but also by a great number of Swiss legal scholars who wrote several articles¹⁵⁸ and signed a common statement - entitled “Switzerland is a Constitutional State - No to the Enforcement Initiative: A Call of the Swiss Professors of Law” - asking to reject the new initiative to preserve the rule of law in Switzerland.¹⁵⁹ According to this common statement, the initiative would infringe the principle of separation of powers by limiting the role of the courts of justice, cutting them short from their constitutive role of delivering a judgment after having taken all the elements of a case into account and balancing the public and private interest according to the proportionality principle. The role of a judge would therefore merely consist in routinely ordering the deportation of foreigners according to constitutional norms reduced in their application to a “deportation guidebook”. The rule of law would also be endangered by preventing the realization of fundamental rights in the entire juridical order, related to the infringement of various international conventions such as the ECHR and the FMPA. This mobilization was joined by a group of politicians, lawyers, entrepreneurs, and scientists who launched an “urgent call” that raised 52’000 signatures and 1,2 millions Swiss Francs in a month, allowing the financing of an important poster campaign.¹⁶⁰ This large and rather unusual mobilization of different groups certainly explained the rejection of the initiative in February 2016 by 59% of the Swiss population with the highest level of participation in 20 years.¹⁶¹

The minister in charge of the question of immigration welcomed this result as a success for the rule of law:

¹⁵⁵ Message concernant une modification du code pénal et du code pénal militaire (Mise en œuvre de l’art. 121, al. 3 à 6, Cst. relatif au renvoi des étrangers criminels) du 26 juin 2013 (RS 13.056).

¹⁵⁶ *Ibid.* p. 5374.

¹⁵⁷ See on this subject the article published by humanrights.ch « Non à l’initiative de mise en œuvre = Oui à l’Etat de droit ! » URL : <http://www.humanrights.ch/fr/droits-humains-suisse/interieure/politique-etrange/divers/non-initiative-de-mise-uvre-oui-etat-de-droit>. Last consultation on the 07.02.2016.

¹⁵⁸ See for example : Künzli, Jörg und Kälin, Walter (2013), Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Bestandteil des zwingenden Völkerrechts? *Jusletter*, 23 juin 2013 ; Meyer, Kilian (2015) Wer wehrt sich für den Rechtsstaat ? *Jusletter*, 14 décembre 2015.

¹⁵⁹ See on this subject the article published in *Le Temps* on the 27.01.2016 : « La Suisse est un Etat de droit : 161 professeurs et professeurs de droit signent un texte collectif qui dénonce les risques que l’initiative de l’UDC fait courir à l’ordre juridique suisse ». URL : <https://www.letemps.ch/opinions/2016/01/27/suisse-un-droit-non-initiative-mise-oeuvre>. Last consultation on the 19.07.2016.

¹⁶⁰ See the website of the « Urgent Call ». URL : <http://appel-urgent.ch>. Last consultation on the 19.03.2016.

¹⁶¹ See on this subject the article published by Swissinfo.ch on the 28.02.2016 : « Expulsion des «criminels étrangers»: la mobilisation sonne le glas de l’initiative UDC ». URL : http://www.swissinfo.ch/fre/initiative-de-mise-en-oeuvreadd-the-underlinevotation_suisse/41988464. Last consultation on the 19.03.2016.

“Today was an important day for Switzerland as a constitutional state. We did not develop it further, but today citizens defended the rule of law. Today citizens have said: ‘No one should be all-powerful in a democracy, not even citizens!’ (...) The separation of powers belongs to democracy.’ The citizens have decided for themselves that they did not want to take over the role of Judges and Parliament. This self-limitation is a sign of maturity of direct democracy. Today was an important day for Switzerland because citizens have said: ‘National rights should not overcome human rights.’” *Statement of the Federal Counselor Sommaruga during the press conference of the Federal Council on the 28.02.2016.*¹⁶²

The “enforcement initiative” appeared to everyone as an evident breach of the separation of powers where a party – using direct democracy - would try imposing its own views on how a law should be elaborated and implemented to the detriment of the Parliament and Courts. The speech from the Federal Counselor Sommaruga presents the result of this popular vote as a success of the Swiss direct democracy system, which allows the preservation of the separation of powers and the respect of human rights, both constitutive principles of the rule of law. These words may however appear rather alarming if we thereby acknowledge the actual threat that this initiative actually presented for such fundamental principles of democracy. In a context increasingly marked by a diffuse fear, one may wonder what if the population – for the following initiative launched by the Swiss People’s Party¹⁶³ - did not demonstrate a similar maturity and decided to reject the preponderance of fundamental rights over national legislation, or tightened the role of legislative and judiciary power? Should it be possible in a democratic system to restrict the power of the *demos* to protect it from itself when a particular context (or framing) may lead them to take decisions threatening the rule of law?

It may seem risky to draw alarming conclusions on what may occur in a near future. However, with regard to what has been exposed in previous chapters, one may wonder to what extent the threats to the rule of law, that were denounced in a common statement by the Swiss Law Professors and by the Minister of Justice Sommaruga during a press conference, are not already present, probably in a less explicit or blatant way, in the set of measures that were introduced in criminal law following the acceptance of the first initiative in 2010.

¹⁶² Own translation: “Heute war ein wichtiger Tag für die Schweiz als Rechtsstaat. Wir haben nicht die Rechtsstaat heute weiter entwickelt. Aber die Stimmbürger und Stimmbürgerin haben heute den Rechtsstaat verteidigt. (...) Heute haben die Stimmbürger gesagt: ‘Auch in einer Direct Demokratie darf niemand allmächtig werden, auch die Stimmbürger nicht. (...) Die Gewaltteilung gehört zur Demokratie’. Die Stimmbürger und Stimmbürgerin selbst haben entschieden, dass sie nicht auch noch die Rolle der Parlament und des Richters übernehmen wollen. Diese selbst Beschränkung ist ein Zeichen von Reife von Demokratischer Mündlichkeit. Und heute war ein wichtiger Tag für die Schweiz, weil die Mehrheit der Stimmbürger haben gesagt: *Nationalrecht soll nicht über der Menschenrecht gestellt werden*. Transcription of the intervention of the Federal Counselor Sommaruga during the press conference of the Federal Council on the 28.02.2016 (4’18’’-5’18’’). URL :https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/conferences-de-presse/2016/2/28_02_2016_1134.html, last consultation 19.07.2016.

¹⁶³ As a concrete example, the Swiss People’s party launched in March 2015 another popular initiative entitled “for the primacy of domestic law”, requesting that the will of the people expressed through a popular initiative does not suffer restrictions imposed by international law and conventions. This initiative appeared as a direct result of the discussions that were raised during the vote “for the deportation of the foreign criminals” and other past initiatives, and regarded the limitations international rights and conventions imposed on the preponderance of the “popular will”.

4. Conclusion

The first part of this article was dedicated to demonstrate how the recent history of the Swiss deportation regime illustrates what has been described in the US as the building of a crimmigration system of control (Stumpf, 2007). Firstly, the suppression of criminal deportation within the Swiss Penal Code, simultaneously to the introduction of new security-related grounds of deportation within immigration law, lead to the reinforcement of the incapacitative function of administrative deportation. These pieces of evidence corroborate, in the case of Switzerland, the findings of other scholars such as Miller (2003) regarding the incorporation of greater punitiveness within a formal administrative system of immigration regulation. Secondly, it was argued that the reintroduction of criminal deportation within criminal law following the acceptance of the popular initiative “for the deportation of criminal foreigners” aimed to reinforce the deterrence function of deportation, while bypassing the rehabilitative function and procedural guarantees through the introduction of the ‘automatic deportation principle’. The reinforcement of the deterrence (and incapacitative) function within criminal law at the expense of the rehabilitative function is characteristic of what Feely and Simon (1992) had already highlighted a longtime ago in the case of the US through the term of “new penology”. Finally, the attempts to introduce a principle of automatic deportation for a wide range of offences, bypassing the proportionality principle and every national and international law safeguards, perfectly corresponds to what Miller (2003) described as a “immigrationization of criminal law” by reducing it to a “deportation guidebook” (as the Swiss professors of law put it). We may thus summarize the findings of this first section by stating that the reinforcement of the punitive rationale within administrative deportation, together with an increased focus on the deterrent effect of criminal deportation at the expense of its rehabilitative function, in addition to the bureaucratization of the enforcement of criminal deportation, very well illustrate the trend towards an increased intersection between criminal and immigration law. In that respect the analysis of the Swiss deportation regime may be used as a good example of what other scholars have described as the building of a ‘crimmigration system of control’ (Stumpf 2007).

The second part of this contribution aimed at deepening the analysis of the crimmigration system by demonstrating its consequences, not only with regard to the government of foreign populations, but more generally on the rule of law within liberal democracies. By putting more emphasis on the executive power at the expense of the Courts and the Parliament, the crimmigration system threatens the balance of power and promotes a more authoritarian mode of government. This new mode of government endangers the individual liberty, not only of foreign nationals, but of each and every person submitted to this new legal order.

The “immigrationization of criminal law” appears indeed to be an important infringement of the role of judiciary power, by questioning the separation of powers and the respect of fundamental rights on which the rule of law are based. The justice system plays a fundamental role in the protection of individual freedom against potentially abusive restrictions by the State of power. By putting such an almost exclusive focus on incapacitative and deterrence functions, the crimmigration system tends to put aside other mechanisms – such as the

proportionality principle and the respect of fundamental rights inscribed within international law – that were meant to protect the individual against an authoritarian power of the State.

Moreover, attempts were made to bypass the role of Parliament in the elaboration of new legal norms, by using popular initiative to implement new measures without taking into account the safeguards for individual liberties included within national and international law frameworks. The attacks against fundamental principles were further legitimated by focusing on a very specific and stigmatized category of the population, namely “foreign criminals”, in order to offer “more security” to the citizens. However, it eventually looked like the strict application of the measures that were initially proposed by the Swiss People’s Party would *in fine* represent a severe breach of the fundamental mechanisms established to protect the liberty and freedom against an unrestricted State supremacy for each and every person on the territory.

During the last step of the implementation of a crimmigration system of control of foreign population, the most severe attacks against human rights and proportionality principle, in the way criminal justice is delivered, have been eventually repelled. In this sense, this chapter has been able to show the resistance that the emergence of a crimmigration system may face when threatening the rights and guarantees included within criminal law. We may indeed feel relieved that the final step to actually implement a “state of exception” (Agamben, 2003) into the Swiss legislation was finally rejected by a last minute popular mobilization. However, after getting so close to what has largely been described as a severe attack to the rule of law, we may wonder if it may not be necessary to reinforce the Swiss democracy through the creation of a new instrument, such as a Constitutional Court, to prevent further attacks to the fragile equilibrium on which the Swiss direct democracy seems to lie. Moreover, we may also wonder if the compromise that was made in order to implement the initiative did not already represent an alarming step towards a more authoritarian mode of government.

Acknowledgements

This contribution is the output of a research project directed by prof. Christin Achermann and funded by the Swiss National Science Foundation entitled: *Migration and Security in Switzerland*. I am grateful to Christin Achermann, Nicolas Fischer, Arjen Leerkes and Maartje van der Woude for their useful comments and suggestions.

5. References

- Achermann C (2008) Straffällig, unerwünscht, ausgeschlossen: Ausländische Strafgefangene in der Schweiz. PhD Thesis, University of Bern, Switzerland.
- Achermann C (2012) Excluding the unwanted: Dealing with foreign-national offenders in Switzerland. In: Ilker A and Rosenberger S (eds) Politik zwischen Inklusion und Exklusion. Göttingen: Unipress, pp. 91-109.
- Achermann C (2014) Ausländische Strafgefangene zwischen Resozialisierung und Wegweisung. In : Achermann A. et al. (eds.) Jahrbuch für Migrationsrecht 2013/2014. Bern: Stämpfli Verlag, pp. 69-112.

- Aliverti, A (2012) Exploring the Function of Criminal Law in the Policing of Foreigners: The Decision to Prosecute Immigration-related Offences. *Social and Legal Studies* 21(4): 511-527.
- Angamben G (2003) *Homo Sacer : État d'exception*. Paris : Seuil.
- Chacón J (2009) Managing Migration Through Crime. *Columbia Law Review Sidebar*, 109: 135-148.
- Feely M and Simon J (1992) The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and its Implications. *Criminology*, 30(4): 449-474.
- Guia MJ, Van der Leun J and Van der Woude M (2013) *Social Control and Justice : Crimmigration in the Age of Fear*. Utrecht: Eleven International Publishing.
- Kanstroom D (2000) Deportation, Social Control, and Punishment : Some Thoughts about Why Hard Laws made Bad Cases. *Harvard Law Review*, 113 :1890-1935
- Kanstroom D (2012) *Aftermath: Deportation Law and the New American Diaspora*. Oxford : Oxford University Press.
- Kuhn A and Vuille J (2010) *La justice pénale: Les sanctions selon les juges et selon l'opinion publique*. Lausanne : Presses polytechniques et universitaires romandes.
- Künzli J. and Kälin W (2013) Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Bestandteil des zwingenden Völkerrechts? *Jusletter*, 23 juin 2013.
- Leerkes A and Broeders D (2010) A Case of Mixed Motives? Formal and Informal Functions of Administrative Immigration Detention. *British Journal of Criminology* 50: 830-850.
- Legomsky S (2007) The new path of immigration law: Asymmetric incorporation of criminal justice norms. *Washington & Lee Law Review* 64: 469–528.
- Majcher I and de Senarclens C (2014) Discipline and Punish: Analysis of the Purpose of Immigration Detention in Europe. *AmeriQuest* 11(2): 1-21.
- Meyer K (2015) Wer wehrt sich für den Rechtsstaat? *Jusletter*, 14 décembre 2015.
- Miller T (2003) Citizenship & severity: Recent immigration reforms and the new penology. *Georgetown Immigration Law Journal* 17: 611–666.
- Miller T (2005) Blurring the Boundaries Between Immigration and Crime Control After September 11th. *Boston College Third World Law Journal* 25(1): 81-123.
- Sayad A (1998) L'immigration et la « pensée d'Etat » réflexions sur la « double peine ». *Regards sociologiques* 16 : 5-21.
- Simon J (1997) *Governing Trough Crime*. In: Friedman L and Fischer G (eds) *The Crime Conundrum: Essays in Justice*. Boulder: Westview publications, pp. 176-191.
- Stumpf J (2007) *The crimmigration crisis: Immigrants, crime, and sovereign state*. Lewis & Clark Law School Legal Research Paper Series 2: 1–44.
- Welch M (2012) The Sonics of Crimination in Australia : Wall of Noise and Quiet Manoeuvring. *British Journal of Criminology* 52 : 324–344.
- Zünd A (1993) Der Dualismus von strafrechtlicher Landesverweisung und fremdenpolizeilichen Massnahmen. *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins* 129: 73- 88.

III. Conclusion

En se fondant sur le cas de la Suisse, cette thèse de doctorat a cherché à analyser le type de réponses que formulent des Etats démocratiques face à la présence de population étrangères considérées comme « indésirables » sur le territoire. Au travers de l'analyse de la « politique suisse de retour », ce travail a plus largement visé à apporter des éléments de réponse à la manière dont le l'Etat pense, met en œuvre et légitime les stratégies de contrôle et d'exclusion des « étrangers indésirables ». Le terme d'« étrangers indésirables » a été employé en vue de qualifier les catégories mouvantes d'étrangers pouvant successivement être la cible de ces politiques.

1. Problématisation et de la légitimation des politiques mises en place

Un premier volet d'analyse a consisté à questionner : *comment sont problématisées les questions relatives à la présence d'« étranger indésirables » ?* Ce questionnement découle du point de départ initial de la recherche portant sur les processus de sécuritisation de la migration en Suisse. Le cadre d'analyse de la sécuritisation postule en effet que les discours élevant certains sujets en problème de sécurité permettent de légitimer le recours à des moyens exceptionnels afin d'y faire face. Interroger la manière dont la présence d'« étrangers indésirables » était problématisée nous a permis ainsi de voir dans quelle mesure l'hypothèse posée par le cadre d'analyse de la sécuritisation se vérifiait au travers de l'analyse de l'élaboration des politiques suisse d'exclusion des étrangers. En élargissant le champ d'investigation au-delà de la seule question relative à la présence ou à l'absence de mode de problématisation de type sécuritaires, ce premier volet d'analyse nous a conduit à interroger les liens entre la production d'un discours et les processus de légitimation du pouvoir. Ces analyses nous ont ainsi amenées à nous pencher sur les différentes modes de légitimation de politiques mises en place et des formes de contraintes qu'elles comportent. Ce premier champs d'investigation a, par ailleurs, rendu possible la mise en évidence des liens existant entre le cadre particulier au travers duquel un sujet politique est problématisé et le type d'instruments qui sont mis en place afin d'y apporter des solutions.

Les trois études de cas approfondies lors de ce travail amène des perspectives distinctes et complémentaires sur les questions relatives à la problématisation et à la légitimation des politiques mises en œuvre. On peut constater de prime abord que, contrairement à ce à quoi nous aurions pu nous attendre en partant du cadre d'analyse de la « sécuritisation de l'immigration », la problématisation de la présence d'« étrangers indésirables » sous l'angle des atteintes à la sécurité nationale que représenterait la menace terroriste n'apparaît pas au sein des discours du gouvernement et du parlement analysés. Cela est d'ailleurs aussi vrai pour les questions politiques d'exclusion spatiale des « étrangers indésirables » ayant été l'objet d'une analyse plus approfondie dans le cadre des chapitres de cette thèse, que pour l'ensemble des débats analysés relatifs au droit suisse des étrangers. Ces premiers résultats confirment ceux d'autres auteurs qui mettent en évidence l'absence de discours faisant explicitement le lien entre migration et menace terroriste lors des débats portant sur les politiques migratoires européennes (voir notamment Boswell 2007). Dans le cas où l'on

limiterait, comme le fait Boswell (2007), l'analyse des processus de sécuritisation de l'immigration à la problématique de la menace terroriste et de ces atteintes à la sécurité nationale, alors les analyses effectuées dans le cas de la politique migratoire suisse tendraient à confirmer l'absence de processus de sécuritisation.

On arrive néanmoins à des conclusions radicalement différentes au sujet de la sécuritisation de la migration dans le cas où son analyse ne se limiterait pas à la question de la menace terroriste, mais pourrait également être déduite d'une problématisation de la migration sous l'angle des atteintes à la sécurité et à l'ordre public en lien avec des questions relatives à la criminalité des étrangers. La problématisation et les formes de légitimation des politiques en lien avec la criminalité des étrangers ont en effet été mises en évidence dans deux des trois chapitres de ce travail. Les trois articles offrent une palette variée et graduelle dans le recours à cette forme particulière de problématisation. Au vu de ces trois études de cas, il apparaît en effet que le registre du discours légitimant les instruments mis en place en lien avec la présence d'« étrangers indésirables » dépend : du contexte particulier duquel émerge un débat particulier, de l'arène au sein de laquelle le sujet sera débattu, et des acteurs qui se font porteurs des problématiques soulevées.

Le premier chapitre de ce travail met en évidence que le discours tenu officiellement par le gouvernement auprès du public est très consensuel et ne fait pas recours à des justifications fondées sur la menace représentée par la criminalité des étrangers. Cela peut notamment s'expliquer par la recherche d'une légitimité d'action, fondée sur l'établissement d'arguments consensuels auxquels l'ensemble des partis puisse adhérer. Les arguments employés afin de justifier les politiques mises en œuvre ne se fondent ainsi pas sur la « menace » représentée par les personnes concernées par une décision de renvoi, mais sur la nécessité d'exécution des décisions de renvoi en vue du maintien de la « crédibilité de la politique d'asile ». Cette forme de problématisation amène le gouvernement à légitimer les formes de coercitions au sein des procédures d'exécution des renvois en minimisant l'usage qui en fait, au travers d'un discours focalisant sur les mesures d'incitations et le caractère « volontaire » d'une majorité de départs. Le consensus établi par le recours à l'argument de la nécessité de sauvegarde de la « crédibilité du système d'asile » - qui plus est lorsqu'il est soutenu par une ministre de gauche à la tête du département en charge des questions migratoires - rend ainsi particulièrement difficile la remise en question des mesures qu'il légitime. On pourrait toutefois interroger dans quelle mesure les politiques instaurées en vue de sauvegarder la « crédibilité de la politique d'asile », ne portent pas préjudice à la crédibilité d'un régime démocratique fondé sur l'Etat de droit au travers de l'instauration de techniques et rationalités de gouvernement disciplinaires fondées sur le recours à de multiples formes de coercition au sein du droit des étrangers. Dans ce cas, l'usage d'un discours minimisant le recours à la coercition ne change pourtant rien à l'utilisation graduelle d'une multiplicité de formes de coercitions ayant lieu dans ce cadre.

La recherche de l'établissement de formes de légitimations consensuelles s'est également retrouvée dans les analyses effectuées lors du second chapitre focalisant sur les débats ayant cours dans l'arène du Parlement fédéral. L'examen du cas particulier de l'introduction d'un

projet de loi sur la détention administrative d'étrangers a toutefois permis d'observer l'établissement d'un consensus au sein du Parlement, intégrant la problématique de la criminalité de requérants d'asile au sein de l'objectif d'exécution des décisions de renvois. Ce deuxième chapitre amène ainsi à considérer l'amalgame qui s'opère entre les objectifs d'exécution des renvois et ceux de répression de la criminalité au travers de l'instauration du régime suisse de détention administrative d'étrangers. La problématisation de la présence d'« étrangers indésirables » relative à l'introduction d'une nouvelle loi sur la détention administrative d'étrangers trouvait son origine dans une polémique relative à la criminalité de requérants d'asile. Le discours formulé par le gouvernement et repris par une majorité du Parlement ne présentait toutefois pas ces nouvelles mesures comme visant à lutter contre la criminalité de cette catégorie d'étrangers, du fait de la criminalisation du droit des étrangers qu'un tel objectif aurait représenté. A ce titre, l'objectif de ces mesures aurait plutôt consisté à fournir les moyens nécessaires à l'administration afin de mettre à exécution l'expulsion d'une catégorie d'étrangers particulièrement problématique en raison de leur implication au sein d'activités criminelles. La focalisation initiale de ce débat sur l'implication de requérants d'asile dans le contexte très particulier des scènes ouvertes de la drogue dans la ville de Zürich au début des années 1990 a permis l'introduction au sein du droit des étrangers de mesures extrêmement coercitives, qui seront par la suite employées bien au-delà du contexte particulier qui les avaient légitimées. L'introduction de mesures particulièrement coercitives au sein du droit des étrangers a ainsi bénéficié du recours à des arguments sécuritaires fondé sur la criminalité de requérants d'asile. La légitimité de leur insertion au sein du droit des étrangers découlait toutefois de leur intrication au sein de l'argument plus vaste portant sur la nécessité d'application du contrôle migratoire, qui apparaissait comme le seul objectif pouvant être explicitement poursuivi au travers d'un système administratif de contrôle migratoire. Une fois insérées au sein du droit des étrangers en tant qu'instrument normal de contrôle migratoire, les formes de contraintes existantes seront encore étendues sans qu'il soit dès lors nécessaire de faire recours à des arguments sécuritaires. Ce chapitre a ainsi permis de mettre en évidence que l'amalgame entre objectif migratoire et de répression de la criminalité se retrouve au sein même des formes de problématisation servant à légitimer l'introduction de nouveaux outils de contrôle crimmigratoire.

Le troisième et dernier chapitre de ce travail met, quant à lui, en évidence un débat qui adressait directement la question de la criminalité des étrangers au travers d'un projet de loi sur l'expulsion des étrangers porté par le parti national-populiste de l'UDC par le biais d'une initiative populaire. Contrairement aux deux autres, ce chapitre ne concerne plus les formes de problématisation de la mise en œuvre des décisions de renvoi des catégories d'étrangers soumise à une obligation de quitter le territoire, mais celles liées à la question du renvoi de tous les étrangers coupables d'infractions sur le territoire. Bien que ne concernant dans les faits qu'un nombre limité de personnes, la focalisation de cette initiative sur une catégorie d'étrangers particulièrement illégitime aux yeux de la population a été employée afin de justifier l'introduction d'un régime d'expulsion extrêmement restrictif, en contradiction avec de nombreux traités internationaux et droits fondamentaux. Le type de problématisation et de stratégie de légitimation apparaît dans ce cadre comme radicalement différente des deux premières études de cas analysées, dans la mesure où les acteurs se faisant les porteurs du

nouveau projet de loi ne cherchent en aucun cas à se baser sur l'établissement d'un consensus auprès des autres partis politiques. La stratégie adoptée consiste au contraire à se démarquer des autres partis afin de soumettre une proposition de loi directement à la population suisse au travers du mécanisme de l'initiative populaire. N'ayant ainsi pas à se préoccuper des entraves que rencontrerait un projet de loi fondé sur ces arguments au sein du parlement, le parti national populiste de l'UDC use auprès de la population d'une stratégie de communication (principalement fondée sur le recours à des images au travers de vastes campagnes d'affichage) jouant sur la nécessité du maintien de la sécurité publique face à la menace que représente la figure des « criminels étrangers ». Si l'opposition des partis de gauche et la recherche d'un consensus rend contre-productive la légitimation des politiques relatives à la présence d'étrangers indésirables d'une rhétorique explicitement sécuritaires au sein de l'administration et du Parlement, le recours à ce type de discours apparaît payant dans le cadre d'initiative populaire permettant de contourner l'arène parlementaire en s'adressant directement à la population.

2. « Mesures exceptionnelles » et stratégies de gouvernement

Le second pan de ce travail a porté sur l'analyse des mesures implémentées en tant que stratégies de gouvernement des « étrangers indésirables ». La question principale sur laquelle s'est penchée ce travail consiste à appréhender : *Comment l'Etat pense et cherche à mettre en œuvre les politiques d'exclusion et de contrôle des « étrangers indésirables » présent sur le territoire national ?* Ce questionnement découle des analyses portant sur les « rationalités et techniques de gouvernement » initiées par Foucault et ayant depuis lors été reprises par divers auteurs s'étant penchés sur les questions du contrôle des populations étrangères, notamment au travers du concept de « crimmigration law » (Stumpf 2006). La *contrainte* et la *dissuasion* sont apparues comme les deux principales rationalités de gouvernement qui ressortent de l'analyse du recours aux technologies actuelles d'expulsion et de contrôle des « étrangers indésirables ». Lors de cette partie conclusive nous commencerons par mettre en évidence ces stratégies de gouvernement, avant de considérer dans quelles mesures celles-ci s'insèrent dans le cadre d'analyse offert par le concept de « crimmigration law ».

2.1 Vers un gouvernement de la migration par la contrainte

La logique de *contrainte* consiste à chercher à influencer sur le comportement des personnes ciblées au travers du recours à la privation de liberté et à d'autres formes de coercition, afin qu'ils se soumettent aux injonctions des autorités. Dans la période actuelle, ces technologies de gouvernement s'inscrivent au sein de l'objectif de contrôle migratoire relatif à l'exclusion spatiale des « étrangers indésirables ». Il est en effet attendu de ces personnes qu'elles se plient aux décisions administratives de renvoi qui pèsent sur elles. Cette forme de disciplinarisation des populations étrangères est à mettre en lien avec la réaffirmation du pouvoir de l'Etat sur des populations dont la présence questionne sa souveraineté. La logique qui préside aux formes de privation de liberté ayant été introduites au sein du droit des étrangers pourraient ainsi être rapprochée des formes d'emprisonnement et de sanctions,

mises en évidence par Foucault (1975), préexistantes aux formes d'enfermement pénal, telles que la « contrainte par corps », les « lettres de cachet », ou encore le supplice.

La « contrainte par corps » (ou « enfermement-gage ») représentait, en effet, une forme d'enfermement ayant cours au 18^e siècle, qui consistait à priver une personne de sa liberté afin de la contraindre à s'acquitter d'une dette contractée. On constate que la privation de liberté d'un individu est alors employée par l'Etat afin de le forcer à se soumettre à une obligation, dans ce cas le recouvrement d'une créance. Il est intéressant de noter que la « contrainte par corps » est par ailleurs la traduction allemande du terme de « Beugehaft », qui avait été proscrite par la Constitution fédérale suisse du 29 mai 1874 (article 59 al.3). En raison de la logique similaire sur laquelle elle se fondait, c'est le terme de « Beugehaft » qui avait initialement été choisi afin de nommer la « détention pour insoumission » au sein du régime actuel de droit des étrangers. Bien que le terme ait été écarté par la suite, la logique consistant à recourir à la privation de liberté en vue de contraindre un individu à se soumettre à une injonction reste néanmoins identique. L'une des particularités ayant été mise à jour lors de ce travail consiste dans la manière spécifique dont le gouvernement cherche à obtenir le comportement désiré de la part des personnes visées. L'apport du concept de « gouvernementalité » (Foucault 1994b, 2004), en tant que technique de gouvernement visant à influencer sur les comportements des individus afin qu'ils adoptent d'eux-mêmes le comportement attendu et sans qu'il soit fait un usage effectif de la force physique, a été mis en avant au travers des analyses portant sur le premier et le deuxième chapitre de ce travail. Ainsi, les mesures extrêmement coercitives introduites au sein du système de régulation de l'immigration ne seraient employées qu'en dernier recours, et serviraient avant tout de moyens de pression visant à contraindre les étrangers récalcitrants à se soumettre d'eux-mêmes aux ordres des autorités.

Durant la période monarchique, les « lettres de cachet » consistaient originellement en une forme de privation de liberté exceptionnelle découlant d'une décision portant la signature du roi et visant à protéger la sécurité du royaume. A la fin de l'Ancien Régime, l'utilisation de ces lettres scellées se banalise pour servir au maintien de l'ordre public. Elles illustrent à ce titre les formes de détentions arbitraires et illégitimes, pratiquées durant cette période et auxquelles les formes d'enfermement pénal visaient à remédier. L'usage de la privation de liberté au sein d'un régime administratif rappelle ainsi le recours aux technologies préexistantes aux formes d'enfermement insérées au sein du système pénal. La banalisation de l'usage aux « lettres de cachet » renvoie par ailleurs à une évolution similaire qu'a connue le recours à la privation de liberté découlant du droit des étrangers. En effet, alors que le régime de l'internement était justifié par des motifs ayant trait à la sécurité nationale, la détention administrative d'étrangers légitimera l'usage de la privation de liberté d'étrangers pour des motifs liés au maintien de la sécurité et de l'ordre public. A ce titre, Simon (1998) notait, il y a déjà de cela bientôt 20 ans, que la détention administrative d'étrangers évoquait en de nombreux points les excès des formes d'emprisonnement des régimes monarchiques. Comme dans le cas des lettres de cachet, la détention administrative résulterait d'une demande pour le maintien d'un ordre social outrepassant les procédures ordinaires. Cette

forme de détention représentait selon lui « une mutation importante de l'enfermement en tant que technologie moderne du pouvoir » (Simon 1998 : 599).

L'une des différences que comporte l'usage des technologies modernes d'enfermement porte, comme nous l'avons vu, sur leur inscription au sein de l'objectif d'exécution des décisions de renvoi qu'elles sont censées poursuivre. La demande pour le maintien de l'ordre social apparaît liée à la réaffirmation du pouvoir souverain de l'Etat par la mise en œuvre des objectifs de contrôle migratoire. A ce titre, ces technologies de gouvernement pourraient également être rapprochées de la lecture que Foucault fait du recours aux supplices. Selon cet auteur, cette autre forme de sanction préexistante au système pénal ayant cours au sein de régimes monarchiques représenterait « un cérémonial pour reconstituer la souveraineté un instant blessée » (Foucault 1975 : 52). Si les formes de contraintes liées à l'exécution du renvoi d'étrangers ne peuvent pas être assimilées à des formes de tortures physiques en tant que telles, leur caractère particulièrement sévère, et par là leur côté spectaculaire au sein d'un régime de droit normal, participe de la création d'une « scène d'exclusion » (De Genova 2013) réaffirmant la souveraineté bafouée de l'Etat. Ce raisonnement suit celui de Foucault (1975 : 22) pour qui, contrairement au régime monarchique visant à réaffirmer leur pouvoir du souverain par des supplices marquant le corps même des individus, les régimes libéraux useraient des techniques disciplinaires « qui frappent l'âme plutôt que le corps ». La détention administrative pourrait ainsi être rapprochée des mécanismes disciplinaires liés aux peines privatives de liberté, tout en poursuivant des objectifs liés à la réaffirmation de la souveraineté de l'Etat que Foucault (1975) rattachait plus volontiers au régime monarchique.

Alors que la majorité des recherches portant sur ces questions ont généralement fait ressortir des logiques de contrôle relevant du système de justice pénal, cette recherche a permis de mettre en évidence une première rationalité de gouvernement pouvant être considéré comme propre au système de contrôle (crim)migratoire. Cette rationalité repose sur l'introduction au sein du droit des étrangers de formes de coercition particulièrement sévères, reposant tout sur le recours potentiel à des durées extrêmement longues de privation de liberté, afin de soumettre les étrangers aux démarches à accomplir en vue de leur expulsion. Nous avons fait l'hypothèse que ces stratégies de gouvernement réintroduiraient au sein du droit des étrangers certaines techniques et rationalités, ayant été mises en évidence par Foucault (1975), et dont l'origine pourraient être retracée dans certaines formes d'enfermement préexistantes au système de justice pénal.

2.2 Vers un gouvernement des migrants par la dissuasion

Une analyse approfondie des politiques adoptées a toutefois amené à élargir l'analyse des fonctions que rempliraient ces politiques non pas uniquement en relation aux objectifs d'exécution des renvois et donc de « contrôle de la migration ». Il a en effet été établi que ces politiques rempliraient également des objectifs de « contrôle des migrants » au travers de la mise en place de techniques de gouvernement des populations étrangères fondées sur la logique de dissuasion. Du fait notamment des difficultés liées à l'exécution des décisions de renvois, nos résultats amènent à considérer que les politiques analysées ne visent pas

uniquement à faciliter l'expulsion d'« étrangers indésirables », mais également à les dissuader de commettre des activités punissables. Se fondant sur la philosophie du système de justice criminelle, cette logique de dissuasion vise à prévenir un individu d'adopter un comportement répréhensible. A la différence du système de justice pénale, les mesures de dissuasion insérées au sein d'un système de contrôle crimmigratoire introduisent une différence de traitement entre ressortissants étrangers et les nationaux. Par ailleurs, les garanties de procédures existantes au sein du droit pénal sont cherchées à être contournées. Ce travail a ainsi permis de mettre en évidence les différentes stratégies par lesquelles l'Etat cherche à réaffirmer son pouvoir vis-à-vis d'une population pour laquelle les instruments du droit pénal existant sont jugés insuffisants.

La particularité soulignée lors des analyses effectuées lors du deuxième chapitre de cette thèse porte sur l'introduction de cette logique dissuasive au sein de mesures relevant, non pas de sanctions pénales, mais de mesures administratives du droit des étrangers. En effet, au travers de l'analyse du contexte dans lequel une nouvelle loi sur la détention administrative avait été introduite au sein du droit des étrangers, mais aussi des nouveaux motifs de détention et des arguments employés pour les justifier, ce chapitre argue que la détention administrative n'est pas uniquement employée en vue de contraindre les individus à collaborer, mais également afin de dissuader les étrangers relevant du domaine de l'asile de commettre de petites infractions, en particulier en lien avec la loi sur les stupéfiants. Bien qu'insérée au sein du droit des étrangers, cette stratégie ne visait pas uniquement un objectif de contrôle migratoire, mais également une stratégie de répression d'activités illicites d'une catégorie spécifique de la population étrangère. Malgré l'objectif dissuasif plus ou moins explicitement défendu au sein du Parlement, l'introduction de ces instruments de contrôle au sein de droit des étrangers permet de contourner les garanties procédurales existantes au sein du droit pénal.

La constitution d'un régime de contrôle des populations étrangères fondée sur une logique dissuasive sera encore mise en évidence lors du troisième et dernier chapitre de cette thèse. La consolidation d'un système répressif de contrôle des populations étrangères découle, non pas de son introduction au sein du droit des étrangers, mais de recours à l'expulsion en tant que sanction pénale ne concernant que les populations étrangères. La différence de traitement introduite au travers cet outil ne découle donc pas de son inscription au sein du droit des étrangers, mais de la réintroduction au sein du droit pénal d'un instrument de répression ne touchant par définition que les populations étrangères. Cette stratégie de dissuasion ne concerne par ailleurs plus spécifiquement les étrangers du domaine de l'asile, mais l'ensemble des étrangers présent sur le territoire. Cette stratégie consiste alors à employer l'expulsion d'étrangers comme une sanction devant dissuader les populations étrangères présentes sur le territoire suisse de commettre des infractions. Si la proposition initiale consistait à insérer de nouvelles dispositions au sein du droit des étrangers, l'objectif de dissuasion visant à envoyer un « message clair » aux étrangers se rendant coupables d'infractions a finalement amené à réintroduire une forme d'expulsion en tant que sanction pénale. En plus de réinstaurer une forme de « double peine » au sein du Code Pénal suisse à l'encontre des populations étrangères, la réintroduction de l'expulsion pénale a été pensée en même temps que l'introduction du principe d'« expulsion automatique » visant à court-circuiter les garanties de

protection procédurales incluses au sein du droit pénal, ainsi que la logique de réhabilitation qu'elle suivait par le passé. Les techniques de gouvernement portant sur l'enfermement et l'expulsion des populations étrangères ne consistent donc pas uniquement en des stratégies de contrôle migratoire, mais plus généralement des stratégies de contrôle des populations migrantes.

3. Apport et limites du concept de « système de contrôle crimmigratoire »

Je commencerai ici par revenir sur l'usage et de la délimitation du concept de « système de contrôle crimmigratoire » et son inscription au sein du cadre plus général des modes de gouvernements, avant de chercher à voir dans quelle mesure ce concept illustre fidèlement les processus analysés.

Retour sur le concept de « crimmigration law » à la lumière des analyses effectuées

Néologisme né de la fusion entre « *criminal law* » et « *migration law* », le concept de « *crimmigration law* » (Stumpf 2006) a connu une rapide expansion au sein de la littérature anglophone examinant les liens entre migration et criminalité. Lors de son déploiement, le terme de « *law* » a fréquemment été mis de côté, élargissant ainsi les analyses effectuées par ce biais au-delà du domaine légal, d'où ce concept avait émergé. Néanmoins, j'arguerai ici que l'analyse des divers processus sociaux par lesquels la migration pourrait être rapprochée à la criminalité, ne peut pas être réalisée à l'aide du concept de « crimmigration » sans risquer de perdre ce qui fait la valeur heuristique de ce concept. Afin de conserver une réelle valeur explicative, le concept de « crimmigration » devrait, à mon sens, être limité aux analyses portant sur la convergence entre droit pénal et le droit administratif des étrangers.

Même lorsque qu'elle est limitée aux analyses portant sur la convergence entre droit pénal et droit des étrangers, la diversité des processus que le concept de « crimmigration law » peut servir à caractériser, entraîne une certaine confusion dans le recours qui en est fait. Premièrement, le concept de « crimmigration law » pourrait refléter le processus par lequel des infractions en lien avec la migration (tels que le séjour irrégulier, les « mariages blancs », etc.) sont sanctionnées au travers du système de justice criminel. Ce phénomène, ayant généralement été analysé à l'aide du concept de « criminalisation de la migration », pourrait être plus précisément qualifié de processus de « criminalisation des infractions lié à la migration ». De nombreuses études ayant été consacrées à ce processus par le passé, l'objectif de ce travail n'a toutefois pas consisté à analyser ces processus.

Un second phénomène, qui a été plus spécifiquement analysé à l'aide du concept de « crimmigration law » et auquel ce travail a notamment été consacré, porte sur l'introduction d'instruments et de logique caractéristique du droit pénal au sein du droit des étrangers. Ce processus est, à mon sens, l'un des phénomènes le plus nouveau et le plus prégnant des tendances actuelles de l'émergence d'un système de contrôle des populations étrangères. L'insistance que les principaux auteurs à la base du concept de « crimmigration law » ont mise dessus, au travers notamment des analyses portant sur la détention et l'expulsion d'étrangers, pourrait faire considérer ce phénomène comme caractéristique de l'émergence

d'un système de contrôle crimmigratoire actuel. Etant donné l'importance que prend actuellement ce phénomène dans la gestion des populations étrangères, il serait opportun de voir un nouveau concept émergé afin de l'identifier et de le qualifier avec plus de précision. Leerkes (2016 : 24) propose, à ce titre, la notion de « criminalisation *de facto* » afin de distinguer ce processus de la « criminalisation *de jure* » décrite au paragraphe précédent. Une autre possibilité serait de qualifier ce processus de « criminalisation du droit des étrangers ».

Enfin, l'une des principales spécificités qu'offre le concept de « crimmigration law » porte sur le fait qu'il postule que la convergence entre droit pénal et droit des étrangers ne serait pas uniquement dû à l'insertion d'éléments du droit pénal au sein du droit des étrangers mais également au processus par lequel des méthodes et logiques du droit des étrangers seraient transférées au sein du droit pénal. Bien que potentiellement caractéristique du concept de « crimmigration law », cette tendance ayant été qualifiée d'« immigrationisation du droit pénal » par Miller (2003 :14) est très peu présente au sein des analyses faisant usage de ce concept. Si ce travail a cherché à mettre en avant certaines tentatives allant dans ce sens, d'autres recherches seraient nécessaires afin de supporter ces analyses.

La variété des processus par lesquels s'opèrent les processus de convergences actuels entre le droit pénal et le droit des migrations représente très certainement un des grands intérêts du concept de « crimmigration law ». Néanmoins, en vue de maintenir une clarté conceptuelle, il serait certainement nécessaire de pouvoir répertorier et qualifier avec plus de précision les différents processus qui sont à l'œuvre dans ce contexte. Les propositions répertoriées ou faites dans ce chapitre pourraient constituer une première base à cette fin.

L'intérêt que comporte l'ouverture du concept de « crimmigration law » pour l'analyse des différents processus de convergence du droit pénal découle de sa capacité à qualifier les différentes composantes, qui - une fois réunies - permettent d'attester de l'émergence d'un système de contrôle des populations étrangères. Pour cette raison j'ai proposé de traduire en français le concept de « *crimmigration law* » par « système de contrôle crimmigratoire », afin de clairement faire ressortir l'idée selon laquelle l'intersection croissante des méthodes, objectifs et rationalités du droit pénal et du droit des étrangers donnerait lieu à l'émergence d'un nouveau mode de gouvernement des populations indésirables. Ce travail a ainsi eu pour objectif de replacer le débat sur l'émergence d'un système de contrôle crimmigratoire dans le cadre plus large des analyses sur la gouvernementalité. Le concept de « système de contrôle crimmigratoire » consiste en une forme particulière de stratégie de gouvernement des « étrangers indésirables » se fondant sur une convergence des moyens, objectifs et logiques du droit pénal et du droit des étrangers. Si ce concept éclaire une tendance particulière de mode de gouvernement, elle ne devrait néanmoins pas amener à occulter les spécificités d'autres techniques de gouvernement, telle que celles ayant été mise en évidence au travers de l'analyse d'une logique disciplinaire de contrainte au sein du droit des étrangers.

Vers l'émergence d'un système de contrôle migratoire en Suisse ?

La forme principale par laquelle une convergence entre droit pénal et droit administratif des étrangers a pu être mise en évidence au travers des différents chapitres de ce travail porte sur les instruments ou techniques employés dans le gouvernement des étrangers indésirables. Le deuxième article a, en effet, pu mettre en évidence l'insertion de moyens, tels que la privation de liberté, relevant habituellement de sanctions pénales au sein du droit des étrangers. Le troisième article a, quant à lui, porté sur l'analyse de la réintroduction d'une mesure typique du contrôle migratoire, à savoir l'expulsion d'étrangers, en tant que sanctions relevant du système de justice pénale. La convergence entre les technologies de gouvernement relevant du droit administratif des étrangers et du droit pénal atteste ainsi des processus de rapprochement de ces deux systèmes distincts participant à la formation d'un instrument hybride de contrôle des populations étrangères (Miller 2003, Stumpf 2006, Legomsky 2007). Les analyses effectuées permettent toutefois également de démontrer que l'usage de la privation de liberté en tant qu'instrument du contrôle migratoire, ou de l'expulsion en tant que sanction pénale ne soit pas nouveau. Les résultats auxquels ce travail est parvenu au travers du recours au concept de « système de contrôle crimmigratoire » ont rendu possible la mise en évidence des divergences dans l'expansion et la banalisation que revêt ce système dans la période actuelle.

En plus de la banalisation du recours à la privation de liberté au sein du droit des étrangers, le deuxième article a démontré qu'une logique de dissuasion typique du système pénal avait été insérée au sein du régime de droit des étrangers. En effet, si l'objectif d'exécution des renvois apparaît comme la forme première de légitimation de l'introduction de ces mesures, la question de la répression de la criminalité de certaines catégories d'étrangers avait constitué le point de départ du nouveau projet de loi et se retrouvait de manière plus au moins explicite dans les arguments employés pour justifier leur introduction. Ainsi les rationalités qui fondent ces objectifs mêlent la logique disciplinaire de contrainte visant à forcer les individus à se plier aux décisions administratives de renvoi, à celle de dissuasion cherchant à instaurer des moyens de répression et de contrôles des catégories de migrants indésirables.

Par ailleurs, le dernier article composant ce travail de doctorat a démontré que la particularité de la stratégie de gouvernement sous-tendue par les auteurs de l'initiative consistait non pas seulement à réintroduire l'expulsion en tant qu'outil répressif du droit pénal, mais de le faire en y introduisant des procédures de mise en application propre dérivant du droit administratif. En effet, j'ai avancé lors de ce dernier chapitre que si les porteurs du nouveau projet de loi avaient finalement décidé d'introduire leur initiative au sein du droit pénal, c'est également en raison de l'introduction du principe d'« expulsion automatique ». De leur point de vue, ce principe aurait amené à court-circuiter les droits et garanties inclus au sein du droit pénal, rendant l'application de cette mesure nettement plus complexe. Cette tentative d'insérer, au sein du droit pénal, des procédures d'application du droit administratif illustre parfaitement le processus d'« immigrationisation du droit pénal » considéré comme l'une des logiques distinctives de l'émergence d'un système de contrôle crimmigratoire.

Si ces premiers éléments amènent à confirmer les analyses effectuées relatives à l'émergence d'un système de contrôle crimmigratoire, il doit également être fait état des différents éléments qui amèneraient à tempérer ces résultats dans l'analyse du cas de la Suisse. Le premier élément a trait à l'introduction au sein du droit des étrangers de rationalités de gouvernement, qui ne seraient pas tant à rapprocher de celles relevant du système de justice pénale, mais de formes de contraintes pré-existantes au droit pénal. Ainsi les analyses effectuées portant sur les deux premiers chapitres de cette thèse démontrent que les logiques de contrôle instituées au sein du droit des étrangers ne sont pas forcément caractéristiques du droit pénal. Plutôt que de mettre en place des mesures visant à dissuader un certain type de comportement, la logique qui prédomine dans l'introduction d'instruments de coercition au sein du droit des étrangers vise à contraindre les étrangers sur lesquels pèse une décision de renvoi à collaborer avec les autorités administratives. Comme mentionné au préalable, cette forme de contrôle se rapproche d'instruments disciplinaires opérant selon des logiques se visant à réaffirmer le pouvoir souveraineté de l'Etat sur sa population. Ainsi, bien que le cadre d'analyse lié à l'émergence d'un système de contrôle crimmigratoire permet de mettre en évidence certains développements des stratégies de contrôle des populations étrangères, il ne devrait pas pour autant amener à négliger la spécificité des techniques et rationalités de gouvernement élaborées dans le cadre du droit des étrangers. Il semble de ce fait intéressant de considérer l'émergence d'un système de contrôle crimmigratoire comme l'une des stratégies mises en place, dans le cadre plus général de l'analyse des techniques de gouvernement des populations étrangères, sans pour autant s'y confiner.

En plus des résultats nous conduisant dans une direction légèrement différente de celle liée à l'émergence d'un système de contrôle crimmigratoire, les analyses effectuées amènent également à considérer les nombreuses résistances et oppositions que suscite l'établissement de pareil système. Ces résistances ont pu être mises en avant au travers des oppositions soulevées au sein du Parlement par l'introduction de mesures relevant du droit des étrangers au travers d'arguments portant explicitement sur la lutte contre la criminalité. Ainsi, plutôt que sur les moyens auxquels le droit des étrangers fait recours en vue du contrôle des populations migrantes, les oppositions suscitées par l'introduction de ces mesures ont elles traits aux types d'arguments employés pour les justifier. De ce fait, bien que le caractère extrêmement coercitif des mesures instaurées au sein du droit des étrangers amène une forme de criminalisation des populations qui y sont sujettes, leur introduction au sein du droit des étrangers est rendue possible par un discours ayant tendance à minimiser l'usage qui en est fait.

Le troisième chapitre a toutefois également démontré que les résistances aux changements liées à l'émergence d'un système de contrôle crimmigratoire ne portaient pas uniquement sur les arguments servant à les légitimer, mais également sur leur mise en œuvre effective. Ainsi, l'opposition suscitée par le projet de mise en œuvre de l'initiative « pour le renvoi des criminels étrangers » a permis de préserver les garanties procédurales de l'expulsion d'étrangers au titre de sanction pénale. On peut donc remarquer que les tentatives d'« immigrationisation du droit pénal » visant à insérer des procédures de type administratif

au sein du droit pénal se confrontent à des résistances nettement plus importantes que les stratégies inverses de « criminalisation du droit des étrangers ». On peut néanmoins s'interroger dans quelle mesure les changements ayant été effectivement adoptés n'amènent pas déjà d'importantes modifications dans la manière dont est rendue la justice pénale en raison de la différence de traitement qu'elle rend possible entre ressortissants nationaux et étrangers et de l'abandon de sa fonction de réhabilitation.

Conséquence de l'émergence d'un système de contrôle crimmigratoire sur l'Etat de droit

Les analyses portant sur l'émergence de nouvelles techniques de gouvernement ne devraient pas s'arrêter à la question du traitement réservé aux catégories d'étrangers ciblées par ces politiques, mais prendre en considération les conséquences plus larges de la mise en place de ces modes de gouvernement sur l'ensemble du système judiciaire et politique au sein duquel ils sont implémentés. Cette thèse de doctorat vise en effet à replacer le débat portant sur les réponses apportées au traitement des populations étrangères indésirables en perspective avec les conséquences que ces stratégies de gouvernement induisent sur l'équilibre des régimes démocratiques. Les résultats auxquels nous sommes parvenus suggèrent en effet que les stratégies proposées afin d'apporter des solutions aux questions soulevées par la présence d'étranger indésirables semblent difficilement compatibles avec certains principes fondamentaux de l'Etat de droit. Ce travail postule que, du fait de leur manque de congruence avec certains principes démocratiques fondamentaux, ces stratégies risquent de modifier l'équilibre sur lequel repose nos régimes politiques actuels.

Selon Fischer (2017 : 2), l'Etat de droit pourrait être défini comme « un ensemble de procédures et de formules institutionnelles - visant à garantir les libertés fondamentales ou l'égalité devant la loi (...) ». A ce titre, il représenterait une forme particulière du gouvernement étatique des populations qui s'opposerait par ses techniques et rationalités aux autres modèle de gouvernement que représente l'« Etat despotique » - dont le pouvoir souverain ne serait pas limité par le cadre légal - ou l'« Etat de police » au sein duquel les règlements administratifs prévaudraient sur l'ordre législatif.

Les résultats qui ressortent de ce travail suggèrent que les stratégies de gouvernement mises en œuvre à l'encontre des populations d'« étrangers indésirables » tendent à s'éloigner du modèle de l'Etat de droit pour se rapprocher de ces deux contre-modèles. Comme il a été argué lors du troisième chapitre de ce travail, l'émergence d'un régime crimmigratoire de contrôle des étrangers amène à questionner certains principes fondamentaux de l'Etat de droit, et tend à promouvoir un mode de gouvernement plus autoritaire. Les analyses effectuées ont en effet démontré que les tentatives consistant à introduire une forme d'« expulsion automatique » en tant que sanction relevant du droit pénal introduisaient une différence de traitement entre les ressortissants nationaux et étrangers au sein du droit pénal. Par ailleurs, la mise en œuvre de ce projet de loi selon la volonté de ces initiants aurait entraîné de nombreuses atteintes au régime de sauvegarde des libertés fondamentales que représentent les traités internationaux et conventions des droits humains dont la Suisse est signataire. En outre, la manière dont ce projet de loi a cherché à être introduit au sein de la législation visait à

contourner les restrictions au pouvoir souverain du gouvernement en court-circuitant le rôle du pouvoir législatif et judiciaire. En effet, les porteurs du projet de loi avaient tenté d'outrepasser le rôle du parlement en soumettant à la population une seconde initiative, qui précisait la mise en œuvre du projet initial au sein du cadre légal. Par ailleurs, l'interprétation du projet de loi initial proposé aurait encore amené à limiter le pouvoir des cours de justice pénale en leur retirant leur pouvoir d'appréciation fondé sur le principe de proportionnalité. Les tentatives d'« immigrationisation du droit pénal » visant à restreindre le pouvoir des cours de justice pénale en réduisant, pour ce qui a trait à l'expulsion d'étrangers, le code pénal à une forme de règlement administratif ont suscité de nombreuses oppositions. Celles-ci ont permis de rejeter l'initiative relative à la mise en œuvre du projet de loi « sur le renvoi des étrangers criminels ». En instituant une différence dans les sanctions pouvant être rendues au titre du droit pénal entre ressortissants nationaux et étrangers et en réduisant les sanctions pénales prononcées à cet égard à leur seule fonction de dissuasion, l'acceptation du projet de loi initial peut déjà être considéré comme une atteinte aux principes de gouvernement fondés sur l'Etat de droit. Aux vues de la tendance actuelle, on peut par ailleurs s'interroger si les formes de résistances, qui avaient permis de maintenir certains principes de bases de nos démocraties, suffiront à s'opposer aux prochaines attaques annoncées au système de protection des droits humains.

Bien que soulevant nettement moins de critiques au sein de la société civile et un intérêt encore peu développé au sein de la littérature scientifique, la forme particulière de criminalisation du droit des étrangers consistant en l'introduction d'instruments extrêmement coercitifs au sein du droit administratif des étrangers devrait à mon sens également être considéré comme une forme de gouvernement plus proche d'un « Etat de police » que d'un « Etat de droit ». La légitimité du recours à des formes de contraintes fondées sur le droit administratif des étrangers plutôt que sur le droit pénal ne semble aujourd'hui plus difficilement questionnable. La conformité de ces mesures avec le régime de protection international des libertés individuelles fait l'objet de nombreux débats au sein de la doctrine, si ce n'est au sein de la jurisprudence elle-même. L'argument relatif à la réaffirmation du pouvoir souverain de l'Etat sur son territoire au travers de l'expulsion des catégories d'« étrangers indésirables » apparaît assez fort pour justifier les potentielles atteintes aux libertés fondamentales. En effet, leur seule présence sur le territoire national apparaît comme un affront à la souveraineté des Etats-Nations. Passant au travers des brèches laissées par le système de protection des droits humains, la transformation progressive du droit des étrangers en un instrument de disciplinarisation des populations étrangères indésirables apparaît comme la stratégie première au travers de laquelle l'Etat cherche à régler la question des « étrangers indésirables ». Le maintien des principes de l'Etat de droit demanderait néanmoins que les formes de coercitions applicables à des ressortissants étrangers dans des proportions égales voire supérieures à celles ayant cours dans le cadre de sanctions pénales puissent faire l'objet de protection et de garanties de procédures identiques à celles relevant du système de justice pénale.

Ce travail a cherché mettre ces stratégies de gouvernement en perspective avec les réponses étant actuellement formulée au sein de nos démocraties à l'encontre des populations considérées comme « indésirables ». Cette mise en perspective offre un éclairage sur la manière dont ces politiques façonnent le type même de régime responsable, non pas uniquement vis-à-vis des politiques à l'égard des étrangers, mais pour l'ensemble de la population. Même dans le cas où le système de protection des droits humains semblerait pouvoir s'accommoder de mesure usant de forme extrême de contrainte au sein d'un système administratif, la mise en évidence de cette stratégie particulière vise à faire émerger un débat plus général relatif au type de régime que voir émerger ou préserver face à la question que soulève la présence d'étranger indésirables au sein d'Etat-Nations basé sur des régimes démocratiques.

Pistes de recherches futures

Ce travail de doctorat n'a pas eu pour intention de chercher à démontrer la capacité des ces politiques à effectivement influencer sur la conduite des étrangers afin d'atteindre ces objectifs de contrôle et d'expulsion. Ce travail s'est limité à mettre en évidence la manière dont différents acteurs étatiques pensent et cherchent à mettre en œuvre le contrôle de populations étrangères considérées comme « indésirables ». Deux articles récents suggèrent qu'un changement de cap dans la mise en œuvre de ces politiques serait actuellement initié en raison notamment des difficultés à effectivement influencer sur le comportement des migrants, de leur conséquences inattendues, ainsi que sur les remises en question dont elles sont l'objet au travers du système de protection des droits humains (Gammeltoft-Hansen et Tan 2017 ; Leerkes 2017). Il semble néanmoins que l'introduction de ces politiques soient moins motivées par les résultats effectifs pouvant être observés sur le comportement des individus par que une forme de réaffirmation du pouvoir souverain de l'Etat sur des individus dont la seule présence consisterait un affront. A ce titre, l'absence même de résultats observables en terme de changement observés sur le comportement des individus que ciblent ces politiques semblerait que difficilement justifier un changement dans la logique qu'elles poursuivent. Il serait néanmoins nécessaire d'approfondir ces questions, en interrogeant quelles est l'influence effective de ces stratégies sur les personnes ciblées. Ce travail de doctorat avait pour principal objectif de poser un cadre général de réflexion. Si les analyses effectuées dans le cadre de cette recherche ont principalement portée sur la convergence sur le droit pénal et administratif au niveau de sa substance (Stumpf 2006), des analyses seraient requises les intersections de ces deux systèmes légaux pour ce qui est de leur procédures et de leur application. De nombreuses recherches resteraient à être effectuées en vue d'approfondir les pistes proposées lors de ce travail, notamment en ce qui concerne la mise en œuvre effective de ces politiques, ainsi que des analyses plus approfondies portant sur les différences entre les procédures pénales et administratives existantes dans le cas de la Suisse.

Les résultats ayant été mis en avant dans le cas de la Suisse demanderaient par ailleurs à être étudié plus systématiquement dans le cadre d'autres pays européens et en comparaison avec le cas des USA, pour lequel nous disposons d'une littérature plus abondante. Lors du deuxième article composant ce travail de doctorat, une mise en perspective du cas de la Suisse avec le cadre légal européen en ce qui concerne la détention administrative a déjà été effectuée. Si la logique disciplinaire ayant été identifiée dans le cas suisse se retrouve également au sein de la directive « Retour », il serait intéressant de voir quel usage en font les différents Etats européens. Il serait également intéressant de voir si le recours aux stratégies portant sur l'« immigration du droit pénal » encore très peu étudiées se retrouvent au sein d'autres pays ou si celles-ci finissent par être abandonnées au profit de celle portant sur la « criminalisation du droit des étrangers » suscitant jusqu'à présent nettement moins d'opposition. On peut espérer que ce qui a d'abord été présenté comme un scénario de crise du régime crimmigratoire par Juliet Stumpf (2006) ne se concrétise jamais complètement au sein des états européens. Il semble néanmoins opportun de rester attentif afin d'analyser quelles formes ces nouvelles formes de contrôles des populations indésirables pourront prendre, et leur éventuelles conséquences sur les régimes politiques qui nous gouvernent.

IV. Références

- Abélès, Marc. 2000. *Un ethnologue à l'Assemblée*. Paris : Odile Jacob.
- Achermann, Christin. 2008. *Straffällig, unerwünscht, ausgeschlossen: Ausländische Strafgefangene in der Schweiz*. Dissertation an der Philosophisch-historischen Fakultät der Universität Bern. Bern: Selbstverlag.
2013. « Excluding the Unwanted : Dealing with Foreign-National Offender in Switzerland », in I. Ataç et S. Rosenberger (ed.). *Politik der Inklusion und Exclusion*. Vienne : Vienna University Press.
- Agamben, Giorgio. 1998. *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*. California: Stanford University Press.
2003. *L'Etat d'exception*. Paris : Editions du Seuil.
- Agier, Michel. 2008. *Gérer les indésirables. Des camps de réfugiés au gouvernement humanitaire*. Paris : Flammarion.
- Aliverti, Ana, 2012a. « Making people criminal : the role of the criminal law in immigration enforcement. » *Theoretical Criminology*, 16(4) : 417-443.
- 2012b. « Exploring the function of criminal law in the policing of foreigners : the decision to prosecute immigration-related offences. » *Social & Legal Studies*, 21(4) :511-527.
- Anderson, Benedict, Matthew Gibney et Emanuela Paoletti. 2011. « Citizenship, Deportation and the Boundaries of Belonging. » *Citizenship Studies*, 15: 547–563.
- Arendt, Hannah. 1982. *Les origines du totalitarisme*. Paris : Seuil.
- Arlettaz, Gérald. 1985. « Démographie et identité nationale (1850- 1914) : La Suisse et la 'question des étrangers'. » *Etudes et Sources*, 11 : 83-180.
2000. « La politique suisse d'immigration : héritage de guerre et gestion de paix », in *Guerres et paix : mélanges offerts à Jean-Claude Favez*, Genève : Georg.
- Arlettaz, Gérald et Silvia. 1991. « Les chambres fédérales face à la présence et à

- l'immigration d'étranger (1914-1922). » *Etudes et Sources*, 16-17 : (9-156).
2004. *La Suisse et les étrangers : Immigration et formation nationale (1848-1933)*.
Lausanne : Antipodes.
- Bacchi, Carol. 2000. « Policy as Discourse: What does it mean? Where does it get us? »
Discourse Studies in the Cultural Politics of Education, 21(1): 45-57.
2012. « Why Study Problematizations? Making Politics Visible. » *Open Journal of
Political Science*, 2(1): 1-8.
- 2012a. « Why Study Problematizations ? Making Politics Visible. » *Open Journal of Political
Science*, (2) 1 : 1-8.
- 2012b. « Introducing the 'What's the Problem Represented to be ?' approach », in A. Bletsas,
et C. Beasley (éd.) *Engaging with Carol Bacchi : strategic interventions and
exchanges*, Adelaide : University of Adelaide Press.
- Baker, Estella. 2010. « Governing through Crime: The Case of the European Union. »
European Journal of Criminology, 7(3): 187-213.
- Bakewell, Oliver. 2008. « Research Beyond the Categories: The Importance of Policy
Irrelevant Research into Forced Migration. » *Journal of Refugee Studies*, 21(4): 432-
453.
- Bank, Richard. 2005. « Europeanising the reception of asylum seekers : the opposite of
welfare state politics », in M. Bommers et A. Geddes A. (ed.), *Immigration and
Welfare: Challenging the Borders of the Welfare State*. London: Routledge.
- Banks, Angela. 2012. « The Curious Relationship Between 'Self-Deportation Policies and
Naturalization Rates ». College of William & Mary Law School. Faculty Publications.
Paper 1450.
- Barnes, Annemarie. 2009. « Displacing Danger: Managing Crime Through Deportation. »
Migration & Integration, 10: 431-445.
- Beetham, David. 2013. *The Legitimation of Power*. Second Edition. Houndsmills, New York:
Palgrave Macmillan.
- Bernardot, Marc. 2008. *Les camps d'étrangers*. Paris : Terra.
- Beuscart, Jean-Samuel et Asveen Perbaye. 2006. « Histoires des dispositifs : Introduction. »
Terrain et Travaux, 11(2) : 3-15.
- Bigo, Didier. 1998. « Sécurité et immigration : vers une gouvernementalité par
l'inquiétude ? » *Cultures et Conflits*, 31/32 : 13-38.
2000. « When Two Become One: Internal and External Securitizations in Europe », in M.
Williams et M. Kelstrup (eds) *International relations theory and the politics of
European integration power, security and community*. London; New York: Routledge,
p. 171-204.
2005. « From Foreigners to 'Abnormal Aliens': How the Faces of the Enemy Have Changed
Following September the 11th », in E. Guild et J. van Selm (éd.) *International
migration and security : opportunities and challenges*. London ; New York:
Routledge, p. 64-81.
- Bietlot, Mathieu. 2005. « Le camp, révélateur d'une politique inquiétante de l'étranger », in J.
Valluy (éd.), *L'Europe des camps. La mise à l'écart de l'étranger*. Paris :
L'Harmattan.
- Black, Richard et al. 2004. *Understanding Voluntary Return*. Home Office Online Report

- 50/04. Sussex Centre for Migration Research.
- Blitz, Brad, Rosemary Sales et Lisa Marzano. 2005. « Non-Voluntary Return? The Politics of Return to Afghanistan. » *Political Studies*, 53: 182-200.
- Blanchard, Emmanuel. 2013. « Les ‘indésirables’ : passé et présent d’une catégorie d’action publique. » *GISTI*, 16- 26.
- Bloch, Alice et Liza Schuster. 2006. « At the extremes of exclusion: Deportation, detention and dispersal. » *Ethnic and Racial Studies*, 28(3) : 491-512.
- Boswell, Christina. 2007. « Migration control in Europe after 9/11: Explaining the absence of securitization. » *Jcms-Journal of Common Market Studies*, 45(3): 589-610.
- Bosworth, Mary. 2007. « Immigration Detention in Britain », in M. Lee. (éd.) *Human Trafficking*. Collumpton: Willan.
2008. « Border Control and the Limits of the Sovereign State. » *Social and Legal Studies*. 17(2): 199-215.
2011. « Human rights and immigration detention », in M.-B. Dembour, et T. Kelly (éd.) *Are Human Rights for Migrants? Critical Reflections on the Status of Irregular Migrants in Europe and the United States*. Abingdon: Routledge, pp. 165–183.
2012. « Subjectivity and identity in detention: Punishment and society in global age. » *Theoretical Criminology*, 16(2): 123-140.
2013. « Can Immigration Detention Centres be Legitimate ? Understanding Confinement in Global Age », in K. Aas et M. Bosworth (ed.) *The Borders of Punishment: Migration, Citizenship and Social Exclusion*. Oxford: Oxford University Press.
2014. *Inside Immigration Detention*. Oxford: Oxford University Press.
- Bosworth Mary et Emma Kaufman. 2011. « Foreigners in a carceral age: Immigration and imprisonment in the U.S. » *Stanford Law and Policy Review*, 22(1): 101–127.
- Bosworth, Mary et Mhairi Guild. 2008. « Governing through migration control: Security and Citizenship in Britain. » *British Journal of Criminology*, 48:703-719.
- Bourdieu, Pierre. 2003. « L'objectivation participante. » *Actes de la recherche en sciences sociales*. 150 : 43-58.
- Bowen, Glenn. 2006. « Grounded Theory and Sensitizing Concept. » *International Journal of Qualitative Methods*, 5(3) : 1-9.
- Brossat, Alain et al. 2008. *Immigration, rétentions, expulsions : les étrangers indésirables*. Paris : Nouvelles Lignes.
- Brouwer, Jelmer, Maartje van der Woude et Joanne van der Leun. 2017. « Framing migration and the process of crimmigration: A systematic analysis of the media representation of unauthorized immigrants in the Netherlands. » *European Journal of Criminology*, 14(1) :100–119.
- Bryan, Ian et Peter Langford. 2011. « The Lawful Detention of Unauthorised Aliens under the European System for the Protection of Human Rights. » *Nordic Journal of International Law*, 80(2): 193–218.
- Buzan, Barry, Ole Waever et Jaap de Wilde. 1998. *Security : a new framework for analysis*. Boulder : Lynne Rienner Pub.
- Caloz Tschopp, Marie-Claire. 2004. *Les étrangers aux frontières de l’Europe et le spectre des camps*. Paris : La Dispute.
- Cassarino, Jean-Pierre. 2004. « Theorising Return Migration : The Conceptual Approach to

- Return Migrants Revisited. » *International Journal on Multicultural Societies*, 6(2): 253-279.
- Chacón, Jennifer. 2009. « Managing Migration Through Crime. » *Columbia Law Review Sidebar*, 109: 135-148.
- Chebel d'Appollonia, Ariane et Simon Reich (2008). « The Securitization of Immigration: Multiple Countries, Multiple Dimensions », in A. Chebel d'Appollonia et S. Reich (éd.) *Immigration, Integration, and Security*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, p. 1-22.
- Coutin, Susan. 2015. « Deportation Studies: Origins, Themes and Directions. » *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 41(4) : 671-681.
- Courtin, Christophe. 2007. « Le codéveloppement : un alibi pour des politiques migratoires restrictives. » *Revue internationale et stratégique*, 68 : 42-47.
- Colliot-Thélène, Catherine. 2009. « Les rationalités modernes du politique : de Foucault à Weber », in H. Bruhns et P. Duran (éd.) *Max Weber et le politique*. Paris : Droit et Société, p. 181-197.
- Commaile, Jacques. 1994. *L'esprit sociologique des lois : Essai de sociologie politique du droit*, Paris : PUF.
- Cornelisse, Galina. 2010. *Immigration Detention and Human Rights: Rethinking Territorial Sovereignty*. Leiden: Martinus Nijhoff.
2012. « Detention of Foreigners », in E. Guild and P. Minderhoud (éd.) *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, p. 207–28.
- Cornelius, William, Martin, Philip et Hollifield, James. 1994. *Controlling immigration*. Stanford : Stanford University Press.
- D'Amato, Gianni. 2008. « Une revue historique et sociologique des migrations en Suisse. » *Annuaire Suisse de politique du développement*, 27 : 169-187.
2010. « Switzerland: A Multicultural Country without Multicultural Policies ? », in S. Vertovec et S. Wessendorf (éd.) *The Multiculturalism Backlash European Discourses, Policies and Practices*. London : Routledge, p. 130-151.
- Daum, Christophe. 2002. « Aides au 'retour volontaire' et réinsertion au Mali : un bilan critique. » *Hommes et Migration*, 1239 : 40-48.
- Deacon, Roger. 2000. « Theory as practice: Foucault's concept of problematization. » *Telos*, 118 : 127-142.
- De Genova, Nicolas. 2002. « Migrant 'Illegality' and Deportability in Everyday Life. » *Annual Review of Anthropology*, 31: 419-447.
2013. « Spectacles of migrant 'illegality': the scene of exclusion, the obscene of inclusion. » *Ethnic and Racial Studies*, 13(7) : 1180-1198.
- De Genova, Nicholas et Nathalie Peutz. 2010. *The Deportation Regime*. Durham: Duke University Press.
- Drotbohm, Heike et Ines Hasselberg. 2015. « Deportation, Anxiety, Justice: New Ethnographic Perspectives. » *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 41(4) : 551-562.
- Dogan, Mattei. 1992. « Conceptions of Legitimacy », in M. Hawkesworth et M. Kogan (ed.) *Encyclopedia of Government and Politics* (Vol. 1), London: Routledge, p. 116-126.
- Duez, Denis. 2008. *L'Union européenne et l'immigration clandestine : de la sécurité*

- intérieure à la construction de la communauté politique*. Bruxelles : Editions de l'Université de Bruxelles.
- Eberle, Thomas et Kurt Imhof. 2007. *Sonderfall Schweiz*. Zürich : Seismo.
- Eckert, Julia. 2008. « Laws for Enemies », in J. Eckert (ed.) *The social life of anti-terrorism laws : the war on terror and the classifications of the 'dangerous other'*. Bielefeld : Transcript.
- EFK (Eidgenössische Finanzkontrolle). 2003. *Evaluation des Rückkehrhilfe und Wiedereingliederungsprogrammes Kosovo*. Berne : EFK.
- Fairclough, Norman. 1995. *Critical Discourse Analysis*. London : Longman.
- Faist, Thomas. 2004. « The Migration-Security Nexus: International Migration and Security before and after 9/11. » *Willy Brandt Series of Working Papers in International Migration and Ethnic Relations*, 4(03) : 103-119.
- Feeley, Malcolm et Jonathan Simon. 1992. « The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and its Implications. » *Criminology*, 30: 449-474.
- Fibbi, Rosita et Sandro Cattacin. 2000. « Vers une internationalisation de la politique migratoire suisse ? », *Revue européenne des migrations internationales*, 16(3) : 125-146.
- Fisher, Nicolas. 2013. « Un lieu d'exception ? Retour sur le statut de la rétention administrative dans un contexte démocratique. » *Politix*, 104(4) : 181-201.
2017. *Le territoire de l'expulsion : La rétention administrative des étrangers et l'État de droit en France*. Lyon : ENS Editions.
- Fischer, Nicolas et Mathilde Darley. 2010. « Le traitement de l'immigration, entre logique administrative et logique pénale : Introduction du dossier. » *Champ pénal*, 7 : 1-10.
- Flahaux, Marie-Florence et Lama Kabbanji. 2013. « L'encadrement des retours au Sénégal : Logiques politiques et logiques de migrants », in C. Bauchemin *et al.* (éd.) *Migrations Africaines: Le Co-développement en question*. Paris : INED/Armand Colin, pp. 241-279.
- Foucault, Michel. 1975. *Surveiller et Punir : Naissance de la prison*, Paris : Gallimard.
1977. « Le jeu de Michel Foucault (entretien avec D. Colas *et al.*) », *Ornicar*, 10 : 62-93.
1984. « Polemics, politics and problematizations : based on an interview conducted by Paul Rabinow », in L. Davis, *Essential works of Foucault* (Vol. 1), Ethics, New York: New Press.
1985. « Discourse and truth: The problematization of parrhesia », in J. Pearson (ed.) *Six lectures given at the University of California at Berkeley, Oct-Nov. 1983*. Evanston: Northwestern University.
- 1994a. « Le souci de la vérité », in M. Foucault, *Dits et Ecrits*, Vol. 4. Paris : Gallimard.
- 1994b. « La 'gouvernementalité' », in M. Foucault, *Dits et Ecrits*, Vol. 3. Paris : Gallimard.
- 1994c. « Les techniques de soi. » in M. Foucault, *Dits et écrits*, Vol. 4. Paris : Gallimard.
2004. *Sécurité, territoire, population*, Cours au Collège de France, 1977-1978, Paris : Gallimard/Seuil.
- Gammeltoft-Hansen, Thomas et Nicolas Tan. 2017. « The End of the Deterrence Paradigm? Future Directions for Global Refugee Policy. » *Journal on Migration and Human Security*, 5(1) : 28-56.

- Garcia, Angela. 2013. « Return to sender? A comparative analysis of immigrant communities in 'attrition through enforcement' destinations. » *Ethnic and Racial Studies*, 36(11) : 1849-1870.
- Garland, David. 1996. « The Limits of the Sovereign State: Strategies of Crime Control in Contemporary Society. » *British Journal of Criminology*, 36(4): 445 – 471.
2001. *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*. Chicago: University of Chicago Press.
2013. «Penalty and the Penal State. » *Criminology*, 51(3): 475-517.
- Gibney, Matthew. 2008. « Asylum and the Expansion of Deportation in the United Kingdom. » *Government and Opposition*, 43(2): 146-167.
- Gibney Matthew et Randall Hansen. 2003. « Deportation and the liberal state: the forcible return of asylum-seekers and unlawful migrants in Canada, Germany and the United Kingdom. » *New Issues in Refugee Research*. Working Paper 77. Genève: UNHCR.
- Gordon, Colin. 1991. « Governmental rationality », in G. Burchell, C. Gordon et P. Miller (éd.), *The Foucault effect: Studies in governmentality*. Chicago: University of Chicago Press.
- Guild, Elspeth. 2006. « A Typology of Different Types of Centres in Europe. » *Report for the European Parliament*. Directorate General Internal Policies of the Union, Citizens' Rights and Constitutional Affairs. Brussels : The European Parliament.
2016. « Understanding Immigration Detention in the UK and Europe », in M. J. Guia, R. Koulisch et V. Mitsilegas (éd.) *Immigration Detention, Risk and Human Rights: Studies on Immigration and Crime*, Dordrecht: Springer, p. 141–55.
- Guiraudon, Virginie. 2010. « Les effets de l'eupéanisation des politiques d'immigration et d'asile. » *Politique européenne*, 31(2) : 7-32.
- Guiraudon, Virginie et Gallya Lahav. 2000. « Reappraisal of the State Sovereignty Debate : The Case of Migration Control. » *Comparative Political Studies*, 33(2) : 163-195.
- Hollifield, James. 1992. *Immigrants, markets, and states : the political economy of postwar Europe*. Cambridge : Harvard University Press.
- Huysmans, Jef. 2006. *The Politics of Insecurity : Fear, Migration and Asylum in the EU*. London : Routledge.
- Joppke, Christian (ed). 1998. *Challenge the Nation-State: Immigration in Western Europe and United States*. Oxford : Oxford University Press.
- Jimenez-Anca, Juan. 2012. « Beyond Power : Unbridging Foucault and Weber. » *European Journal of Social Theory*, 1-12.
- IOM. 2004. *Return Migration : Policies and Practices in Europe*. Geneva : IOM.
- Kanstroom, Daniel. 2000. « Deportation, Social Control, and Punishment: Some Thoughts About Why Hard Laws Make Bad Cases », *Boston Law College Faculty Paper*, 48 : 1891-1935.
2007. *Deportation Nation : Outsiders in American History*. Cambridge : Harvard University Press.
2012. *Aftermath: Deportation Law and the New American Diaspora*. Oxford : Oxford University Press.
- Kaser, Eric et Saskia Schenker. 2008. « L'aide au retour de la Suisse : bilan et perspectives »,

- in D. Efionayi-Mäder (ed.). *Migration et Développement : un mariage arrangé*. Annuaire suisse de politique de développement. Genève : IHEID.
- Killias, Martin. 2009. « Paradise lost? New trends in Crime and Migration in Switzerland », in W. F. McDonald (ed.) *Immigration, Crime and Justice*, Bingley: Emerald Publishers.
- Kobach, Kris. 2007. « Attrition through Enforcement: A Rational Approach to Illegal Immigration », *Tulsa Journal of Comparative and International Law*. 15(2) :155-163.
- Koser, Khalid. 2001. *The return and reintegration of rejected asylum seekers and irregular migrants: an analysis of government assisted programs in selected European countries*, Geneva: IOM.
- Kriesi, Hanspeter. 1998. « L'assemblée fédérale et le processus législatif », in *Le Système politique suisse*, Paris : Économica, p.182-218.
- Kucholl, Vincent. 2014. *Institutions politiques suisses*. Lausanne : LEP.
- Kuhn, André and Joëlle Vuille. 2010. *La justice pénale : Les sanctions selon les juges et selon l'opinion publique*. Lausanne : Presses polytechniques et universitaires romandes.
- Kury, Patrick. 2003. *Über Fremde reden : Überfremdungsdiskurs und Ausgrenzung in der Schweiz 1900-1945*. Zürich : Chronos.
- Landowski, Éric. 1977. « Le débat parlementaire et l'écriture de la loi. » *Revue française de science politique*, 27(3) : 428-441.
- Laegaard, Sune. 2010. « What is the Right to Exclude Migrants ? » *Res Publica*, 16(3): 245-262.
- Le Cour Grandmaison, Olivier, Gilles Lhuilier et Jérôme Valluy (dir.). 2007. *Le retour des camps ? Sangatte, Lampedusa, Guantanamo... .* Paris : Autrement.
- Leerkes, Arjen et Dennis Broeders. 2010. « A Case of Mixed Motives? Formal and Informal Functions of Administrative Immigration Detention. » *British Journal of Criminology*, 50 : 830-850.
- Leerkes, Arjen. 2016. « Managing migration through legitimacy? Alternatives to the criminalisation of unauthorised migration », in S. Carrera et E. Guild (éd.) *Irregular Migration, Trafficking, and Smuggling of Human Beings. Policy Dilemmas in the EU*. Brussels: Centre for European Policy Studies.
- Leerkes, Arjen, Rianne van Os et Eline Boersema. 2016. « What drives 'soft deportation'? Understanding the rise in Assisted Voluntary Return among rejected asylum seekers in the Netherlands. » *Population, Space and Place*, 1-11.
- Legomsky, Stephen. 2007. « The New Path of Immigration Law: Asymmetric Incorporation of Criminal Justice Norms. » *Washington and Lee Law Review*, 64 : 469-528.
- Lemke, Thomas. 2004. « Foucault, la gouvernementalité et la critique du néolibéralisme », *Actuel Marx*, 36(2) : 13-26.
- Malinverni, Giorgio. 1987. « Art. 70 : La Confédération a le droit de renvoyer les étrangers qui compromettent la sécurité extérieure ou intérieure de la Suisse », in K. Eichenberger et al. (éd.) *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874*. Bâle : Helbing & Lichtenhahn.
- Merton, Ralph. 1957. « Manifest and Latent Functions », in R. Merton, *Social Theory and Social Structure*, Glencoe: The Free Press, p. 19-84.
- Meuser, Michael et Ulrike Nagel. 2009. « Das Experteninterview - konzeptionelle Grundlagen und methodische Anlage », in S. Pickel et al. (éd.) *Methoden der*

- vergleichenden Politik- und Sozialwissenschaft: Neue Entwicklungen und Anwendungen*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, pp. 465-479.
- Miller, Teresa. 2003. « Citizenship and Severity: Recent Immigration Reforms and the New Penology. » *Georgetown Immigration Law Journal*, 10: 611-662.
- Ndione, Babacar et Jérôme Lombard. 2004. « Diagnostic des projets de réinsertion économique des migrants de retour : étude de cas au Mali (Bamako, Kayes). » *Revue européenne des Migrations Internationales*, 20(1) : 169-195.
- Nguyen, Minh Son. 2011. « Les renvois et leur exécutions en droit suisse », in M. S. Nguyen et C. Amarelle (éd.) *Les renvois et leur exécution : Perspectives internationale, européenne et suisse*. Berne, Stämpfli.
- Noll, Gregor. 1999. « Rejected Asylum Seekers: The Problem of Return. » *International Migration*, 37 (1) : 267-288.
- O'Neill, John. 1986. « The Disciplinary Society : From Weber to Foucault. » *British Journal of Sociology*, 37(1) : 42-60.
- OIM Berne. 2008. « 10 ans d'Aide au retour suisse. » *Going Home : la newsletter de l'aide au retour de l'ODM et de l'OIM Berne*. Bern : IOM.
- Pauw, Robert. 2000. « A New Look at Deportation as Punishment: Why At Least Some of the Constitution's Criminal Procedure Protections Must Apply. » *Administrative Law Review*, 52(1): 305-345.
- Pulawski, Jacek. 2010. « Aide d'urgence : l'échec d'un système d'exclusion. » *Amnesty*, 63, Bern : Section suisse d'Amnesty International.
- RüKo (*Rückkehrhilfe Kommunikation* -Service de communication du groupe de travail sur l'aide au retour). 2009. *Les activités du groupe de travail interdépartemental d'aide au retour (ILR)*. Bern : OIM/ODM.
- Sanchez-Mazas, Margarita (*et al.*). 2011. *La construction de l'invisibilité : suppression de l'aide sociale dans le domaine de l'asile*. Genève : IRES éditions.
- Sassen, Saskia. 1996. *Losing control ? Sovereignty in an Age of Globalization*. New York : Columbia University Press.
- Schumann, Klaus. 1971. *Das Regierungssystem der Schweiz*. Köln : Heymans Verlag.
- Senarclens, Clément de. 2010. *L'aide au retour, une politique dans l'intérêt de tous ?* Mémoire de Master, Genève : IHEID.
2013. « La détention administrative d'étrangers en Suisse : une exception faite règle ? » *Antigone*, 8(1) : 28-45.
- 2013b. « State Reluctance to Use Alternatives to Detention. » *Forced Migration Review*, 44 : 60-62.
- Silverman, Stephanie. 2014. « Internment in the United Kingdom During the Twentieth Century and Its Links to the Evolution of Immigration Detention. » *International Journal of Criminology and Sociology*, 3:168-174.
- Silverman, Stephanie et Evelyne Massa. 2012. « Why Immigration Detention is Unique. » *Population, Space and Place*, 18 : 677-686.
- Simon, Jonathan. 1997. « Governing Through Crime », in L. Friedman and G. Fischer (eds.) *The Crime Conundrum: Essays in Justice*. Boulder: West View Press.
1998. « Refugees in a Carceral Age: The Rebirth of Immigration Prisons in the United States. » *Public Culture*, 10(3):577-607.

2001. « Governing Through Crime Metaphors. » *Brooklyn Law Review*, 67(4): 1035-1070.
2007. *Governing Through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*. Oxford : Oxford University Press.
- Sinatti, Giulia. 2014. « Return migration as a win-win-win scenario? Visions of return among Senegalese migrants, the state of origin and receiving countries. » *Ethnic and Racial Studies*, 38(2) : 1-15.
- Sklansky, David. 2012. « Crime, Migration and ad hoc instrumentalism. » *New Criminal Law Review*, 15(2) : 157-223.
- Strauss, Anselm et Corbin, Juliet. 1996. *Grounded Theory: Grundlagen qualitativer Sozialforschung*. Weinheim: Beltz Psychologie Verlags Union.
- Stumpf, Juliet. 2006. « The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power. » *American University Law Review*, 56(2): 367–419.
2008. « State of Confusion: The Rise of State and Local Power over Immigration. » *North Carolina Law Review*, 86(6): 1557-1618.
2013. « Social Control and Justice : Crimmigration in the Age of Fear », in M. J. Guia *et al.* (éd.) *Social Control and Justice : Crimmigration in the Age of Fear*. Den Haag : Eleven International Publishing.
- Teitgen-Colly, Catherine. 2007. « La détention des étrangers et les droits de l’Homme », in V. Chetail (éd.) *Mondialisation, Migration et Droits de L’homme*. Bruxelles : Bruylant, p. 571–618.
- Valluy, Jérôme (éd.). 2005. *L’Europe des camps. La mise à l’écart de l’étranger*. Paris : L’Harmattan.
- Van der Leun, Joanne et Maartje Van der Woude. 2013. « A Reflections on Crimmigration in the Netherlands : On the Cultural Security Complex and the Impact of Framing », in M. J. Guia *et al.* (éd.) *Social Control and Justice : Crimmigration in the Age of Fear*. Den Haag : Eleven International Publishing.
- Van der Woude, Maartje, Vanessa Barker et Joanne van der Leun. 2017. « Crimmigration in Europe », *European Journal of Criminology*, 14(1) :3-6.
- Van Dijk, Teun. 1993. « Principles of Critical Discourse Analysis. » *Discourse Society*, 4 (2): 249-283.
- Wacquant, Loïc. 1999. « ‘Suitable Enemies’: Foreigners and Immigrants in the Prisons of Europe. » *Punishment & Society*, 1: 215–222.
- 2009a. « The Body, the Ghetto and the Penal State. » *Qualitative Sociology*, 32(1): 101-129.
- 2009b. *Punishing the Poor : The Neoliberal Government of Social Insecurity*. Durham : Duke University Press.
- Waever, Ole. 1995. « Securitization and Desecuritization », in R. Lipschutz (éd.) *On Security*. New York: Columbia University Press.
- Walter, François. 2008. « La Suisse comme île », in H. Armin et D. Hüser (éd.), *Tour de France: eine historische Rundreise*. Stuttgart : Franz Steiner Verlag.
- Walters, William. 2002. « Deportation, expulsion, and the international police of aliens. » *Citizenship studies*, 6(3): 265-292.
2012. *Governmentality : Critical Encounters*. London : Routledge.
- Webber, Frances. 2011. « How voluntary are voluntary returns? » *Race&Class*, 52(4), p. 98-107.

- Weber, Max. 1995/1921. *Economie et Société*. Volume 1. Paris : Plon.
- 2003/1919. « La profession et la vocation de politique », in *Le savant et le politique*. Paris : La Découverte.
- Welch, Michael et Liza Schuster. 2005a. « Detention of asylum seekers in the US, UK, France, Germany and Italy: a critical view and the globalising culture of control. » *Criminal Justice*, 5(4): 331–355.
- 2005b. « Detention of Asylum Seekers in the UK and US: Deciphering Noisy and Quiet Constructions. » *Punishment & Society*, 7(4): 397–417.
- Wichmann, Nicole, Christin Achermann et Denise Efonyi. 2010. *Wegweisen. Ausschaffen. Ein Grundlagenbericht zu den ausländerrechtlichen Folgen der Straffälligkeit*. Berne-Wabern : Eidgenössische Kommission für Migrationsfragen EKM.
- Wilsher, Daniel. 2007. « Immigration Detention and Common European Asylum Policy », in A. Baldaccini, E. Guild et H. Toner (éd.), *Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy*, Oxford: Hart, p. 395–426.
2012. *Immigration Detention: Law, History, Politics*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Wodak, Ruth. 1999. « Critical Discourse Analysis at the End of the 20th Century. » *Research on Language and Social Interaction*, 32(1) : 185–193.
- Zünd, Andreas. 2007. « Von den alten zu den neuen Zwangsmassnahmen », in A. Achermann, et al. (éd.) *Jahrbuch für Migrationsrecht 2006/2007*, Bern : Stämpfli.

Mots-clés : crimmigration, gouvernementalité, politique de retour, détention administrative, expulsion, Suisse.

Keywords : crimmigration, governmentality, return policy, immigration detention, deportation, Switzerland.