RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2236/2021-MC **ATA/772/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 21 juillet 2021

dans la cause

M. A_____
représenté par Me Pierre Gasser, avocat

contre

COMMISSAIRE DE POLICE

_____

Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 6 juillet 2021 (JTAPI/696/2021)

EN FAIT

1) M. A_____, né le _____ 1991, est originaire de Lybie.

2) Par arrêt du 22 novembre 2016, le Tribunal administratif fédéral (ci-après : TAF) a rejeté le recours de M. A_____ contre la décision du secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM) du 10 novembre 2016 de non-entrée en matière sur sa demande d'asile au sens de l'art. art. 31 a al. 1 lit. b de la Loi fédérale sur l'asile du 26 juin 1998 (ci-après : LAsi - RS 142.31) et ordonnant son renvoi à destination de l'Italie, décision qui est entrée en force le 30 novembre 2016.

Lors de son audition le 6 septembre 2016 par le SEM, M. A_____ avait été entendu quant à la responsabilité de l'Italie de mener la procédure d'asile et de renvoi conformément à l'Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un État membre ou en Suisse du 26 octobre 2004 (RS 0.142.392.68), et en particulier de son Règlement d'application (UE) N° 604/2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte) du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 (ci-après : Règlement Dublin), ainsi qu'en ce qui concerne la décision de non-entrée en matière (NEM) au sens de l'art. 31 al. 1 let. b LAsi et de renvoi vers l'Italie.

Le 9 septembre 2016, en se basant sur ce qui précède, le SEM avait soumis une requête aux fins de l'admission de M. A_____ aux autorités italiennes, conformément à l'art. 13 al. 1 du Règlement Dublin.

3) Le 20 décembre 2016, M. A_____ ne s'est pas présenté à l'entretien de départ que lui avait fixé l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) par convocation du 8 décembre 2016.

4) Le 22 décembre 2016, l'OCPM a informé le SEM de la disparition de l'intéressé dans la clandestinité à compter du 20 décembre 2016 et le délai de reprise en charge de M. A_____ par l'Italie, initialement fixé au 10 mai 2017, a été prolongé jusqu'au 10 mai 2018.

5) Le 13 janvier 2017, l'OCPM a requis l'inscription de l'intéressé dans le système de recherches informatisées de la police (RIPOL), en application de l'art. 47 LAsi.

6) Le 30 août 2016, M. A_____ a déposé une demande d'asile en Suisse auprès du SEM.

7) Le 8 février 2017, le SEM a rejeté une demande de prise en charge adressée par les autorités allemandes en date du 1er février 2017, arguant que l'Italie avait tacitement accepté la prise en charge de M. A_____ le 11 novembre 2016.

8) Le 18 janvier 2021, M. A_____ a déposé une demande d'asile en Suisse, demande que le SEM a considérée comme multiple au sens de l'art. 11e LAsi.

La comparaison des empreintes digitales avec le système EURODAC a révélé que M. A_____ avait déjà déposé une demande d'asile auprès des autorités allemandes le 16 décembre 2016, qui avaient accepté sa réadmission sur leur territoire en vertu de l'art. 18 al. 1 let. d du Règlement Dublin.

9) Le 2 mars 2021, les autorités allemandes ont accepté l'admission de l'intéressé sur leur territoire en vertu de l'art. 18 al. 1 let. d du Règlement Dublin, laquelle devait intervenir au plus tard le 2 septembre 2021.

10) Le 3 mars 2021, le SEM a rendu une nouvelle décision de non-entrée en matière sur la demande d'asile de M. A_____ au sens de l'art. art. 31 a al. 1 let. b LAsi et a ordonné son renvoi à destination de l'Allemagne. Le SEM a chargé le canton de Genève d'exécuter sa décision, étant précisé que le transfert de l'intéressé devait intervenir au plus tard le 2 septembre 2021, sous réserve d'interruption ou de prolongation du délai de transfert (art. 29 du Règlement Dublin).

L'intéressé était sommé de quitter la Suisse au plus tard le jour suivant 1'échéance du délai de recours, faute de quoi il s'exposait à une détention en vue de l'exécution de son transfert sous la contrainte.

11) La décision du SEM précitée est entrée en force le 16 mars 2021.

12) Lors de son audition par l'OCPM du 27 avril 2021, M. A_____ a déclaré qu'il ne collaborerait pas à l'organisation de son renvoi en Allemagne, préférant aller en prison et prenant bonne note qu'il s'exposait alors à des mesures de contrainte dans l'hypothèse d'une détention administrative.

13) Le 29 avril 2021, l'OCPM a mandaté la police internationale, soit pour elle la Brigade Migration et Retour, pour qu'elle exécute le renvoi de M. A_____ qui a ainsi été inscrit sur le vol LX1082 à destination de Francfort du 29 juin 2021.

14) Le 28 juin 2021, à 10h22, le commissaire de police a émis un ordre de mise en détention administrative à l'encontre de M. A_____ pour une durée de six semaines sur la base de l'art. 76a al. 3 LEI de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20).

Au commissaire de police, M. A_____ a déclaré qu'il ne s'opposait pas à son retour en Allemagne et qu'il n'avait pas de traitement médical.

Selon le procès-verbal du commissaire de police, la détention administrative pour des motifs de droit des étrangers avait débuté à 08h00.

15) À réception de l'ordre de mise en détention, le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) a invité le conseil de M. A_____, désigné d'office pour la défense de ses intérêts, à lui communiquer ses éventuelles observations écrites d'ici au 5 juillet 2021 à 12h00.

16) Par courrier du 28 juin 2021 sous la plume de son précédent conseil, M. A_____ a demandé la suspension de son renvoi de Suisse compte tenu de son cancer de la thyroïde engageant sont pronostic vital et nécessitant une prise en charge médicale rapide qui ne pourrait être effectuée en cas de renvoi vers l'Allemagne à teneur du courriel du 28 juin 2021 du service de médecine de premier recours des Hôpitaux Universitaires de Genève (ci-après : HUG).

17) Le même jour à 12h33, le SEM a annulé la réservation de vol de l'intéressé compte tenu de la situation médicale précitée dans la mesure où l'évaluation de son aptitude au transport ne pouvait être effectuée dans le court délai imparti avant le vol, en indiquant qu'une nouvelle réservation pouvait être effectuée.

18) Par prescription médicale du 30 juin 2021, M. A_____ était inscrit au programme opératoire de curage ganglionnaire jugulo-carotidien thoracique avec une priorité médicale de sept à trente jours et une durée d'intervention de 240 minutes.

19) Le service de chirurgie thoracique et endocrinienne des HUG a confirmé, le 1er juillet 2021, que M. A_____ était affecté d'un carcinome papillaire thyroïdien. Une intervention chirurgicale visant une thyroïdectomie totale qui pouvait être effectuée en détention était programmée pour le 21 juillet 2021. Un scanner cervico-thoracique était prévu pour vérifications préopératoires.

20) Le 2 juillet 2021 à 8h30, M. A_____ a soumis au TAPI une demande d'examen de la légalité et de l'adéquation de sa mise en détention.

21) Par courriel du 5 juillet 2021, l'OCPM a transmis au TAPI les dernières informations sur l'état de santé de M. A_____ en indiquant être en attente d'une réponse sur l'évaluation de l'intéressé par un organisme spécialisé quant à son aptitude au transport.

22) Le même jour, M. A_____ a présenté des observations en concluant à sa mise en liberté immédiate en vertu de l'art. 76a LEI et à l'annulation de son renvoi selon l'art. 83 al. 4 LEI, subsidiairement à la suspension de ce dernier à teneur de l'art. 69 al. 3 LEI.

Sa détention en vue de renvoi était illicite, car il ne pouvait y avoir de risque de fuite dès lors qu'il faisait l'objet d'un suivi intensif pour son cancer et que les

médecins indiquaient que son pronostic vital serait engagé en cas d'interruption momentané de celui-ci. Il était proportionné de lui permettre de terminer son suivi et de procéder à l'opération programmée avant d'envisager son renvoi qui ne pouvait être exécuté sans le mettre en danger en raison des soins intensifs et examens radiologiques nécessaires.

Dès lors que la demande d'asile qu'il avait formulée en Suisse le 30 août 2016 était antérieure à la demande déposée en Allemagne le 19 décembre 2016, son renvoi était illicite, car la Suisse était responsable de la procédure de renvoi de l'intéressé et non l'Allemagne eu égard aux art. 18 al. 1 let. d et 24 du Règlement Dublin.

Si le renvoi devait être exécuté par la Suisse, celle-ci devait s'assurer que l'Allemagne avait pris connaissance de la demande antérieure de protection internationale déposée devant ses autorités le 30 août 2016.

23) Par jugement du 6 juillet 2021, le TAPI a confirmé l'ordre de mise en détention administrative pour une durée de six semaines, soit jusqu'au 8 août 2021.

Le TAPI ne pouvait pas examiner les critères de détermination de l'État Dublin responsable du renvoi, cette question ressortissait de la compétence du SEM, puis en cas de contestation du TAF. L'intéressé faisait l'objet d'une décision de renvoi définitive. Il s'était soustrait à son renvoi et avait adopté une attitude contradictoire, ayant exposé ne pas vouloir être renvoyé en Allemagne le 27 avril 2021 avant d'affirmer le contraire lors de son audition le 28 juin 2021. Enfin, l'opération chirurgicale du 21 juillet 2021 ne nécessitait pas qu'il doive ensuite encore rester en Suisse. Enfin, rien n'indiquait que les traitements médicaux nécessaires ne pouvaient pas être dispensés en Allemagne.

24) Par acte déposé le 15 juillet 2021 au greffe de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), M. A_____ a recouru contre ce jugement, dont il a demandé l'annulation, concluant à sa mise en liberté.

Il avait déposé une demande d'asile en Allemagne le 19 décembre 2016, ce que le TAPI avait omis de mentionner. L'intervention chirurgicale ne pouvait pas avoir lieu en détention. Il en allait de même de la suite opératoire, impliquant de la radiothérapie. Le TAPI avait versé dans l'arbitraire en retenant que son suivi médical pouvait être assuré en Allemagne. Il s'était vu diagnostiquer un important cancer de la thyroïde, qui impliquait une opération – agendée au 21 juillet 2021 – ainsi qu'un suivi médical immédiat. Selon les pièces médicales produites, le pronostic vital était engagé à défaut d'une prise en charge médicale rapide. Par ailleurs, le SEM n'avait pas pris en considération la demande d'asile faite en Allemagne en 2016. L'État Dublin responsable n'avait pas encore été désigné. En outre, le SEM avait, à la suite de la demande de reconsidération formée le 28 juin

2021, suspendu le renvoi prévu le 29 juillet 2021. Par ailleurs, aucun élément au dossier ne permettait de s'assurer, en l'état, que l'exécution du renvoi avec assistance médicale soit possible dans un délai prévisible. Dans ces conditions, la détention n'était pas proportionnée, et le principe de la célérité était violé.

25) Le commissaire de police a conclu au rejet du recours.

Le recourant s'était soustrait à son renvoi vers l'Italie le 30 août 2016 et avait disparu sans laisser d'adresse en décembre 2016. Il faisait l'objet d'une décision de renvoi vers l'Allemagne prononcée le 3 mars 2021. Il avait alors été tenu compte de la demande d'asile formée en Allemagne le 30 août 2016. M. A_____ avait clairement indiqué à l'OCPM, le 27 avril 2021, qu'il refusait de se rendre en Allemagne. Le SEM avait, le 7 juillet 2021, refusé la suspension du renvoi et avait requis une nouvelle demande de vol, indiquant qu'il appartenait à l'intéressé de fournir, au moment de la préparation du transfert, de produire des rapports médicaux actualisés, afin que le SEM puisse informer les autorités allemandes des problèmes médicaux en vue d'assurer la poursuite du traitement.

L'état de santé du recourant s'opposait à un transfert dans l'immédiat et à court terme. Aucun certificat médical ne faisait cependant état d'une longue hospitalisation s'opposant à son transfert. Le suivi médical pouvait être assuré en Allemagne. Il existait ainsi des « chances sérieuses » que le transfert puisse être effectué « dans les prochaines semaines ».

Selon le courrier du SEM du 7 juillet 2021 à la consultation juridique du Valentin qui a sollicité la suspension du renvoi de M. A_____, le transfert de ce dernier n'allait pas intervenir avant la date de son opération. Si celui-ci avait besoin d'une radiothérapie, il lui appartenait de fournir les pièces médicales actualisées afin que le SEM puisse en informer les autorités allemandes, qui étaient en mesure d'assurer le suivi médical.

26) Dans sa réplique, le recourant a, notamment, insisté sur le fait qu'il convenait d'attendre l'issue de l'opération et des traitements visant à combattre le cancer avant de pouvoir se prononcer sur la faisabilité du renvoi. La date d'un éventuel retour n'étant pas déterminable et sa prise en charge médicale pas encore déterminée, sa détention violait les principes de proportionnalité et de célérité.

27) Sur ce, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du

12 septembre 1985 - LPA - E 5 10art. 10 al. 1 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10).

2) Selon l'art. 10 al. 2 1ère phr. LaLEtr, la chambre administrative doit statuer dans les dix jours qui suivent sa saisine. Ayant reçu le recours le 15 juillet 2021 et statuant ce jour, elle respecte ce délai.

3) Le recourant conteste que les conditions légales à sa détention soient remplies.

a. D'après l'art. 76a al. 1 LEI, afin d'assurer son renvoi dans l'État Dublin responsable, l'autorité compétente peut mettre l'étranger en détention sur la base d'une évaluation individuelle lorsque les conditions suivantes sont remplies: des éléments concrets font craindre que l'étranger concerné n'entende se soustraire au renvoi (let. a), la détention est proportionnée (let. b) et d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être appliquées de manière efficace (let. c).

À compter du moment où la détention a été ordonnée, l'étranger peut être placé ou maintenu en détention pour une durée maximale de six semaines pour assurer l'exécution du renvoi (art. 76a al. 3 let. c LEI).

b. En l'espèce, le recourant fait l'objet d'une décision de renvoi entrée en force, prononcée le 16 mars 2021, lui intimant l'ordre de quitter la Suisse à destination de l'Allemagne, pays Dublin responsable. Par ailleurs, les circonstances laissent à craindre que le recourant se soustraie à son renvoi. Il ne s'est une première fois pas conformé à la décision de renvoi en 2016 et a adopté une attitude contradictoire récemment en affirmant, le 27 avril 2021, puis au commissaire de police qu'il ne s'opposait pas à son renvoi, puis en contestant ensuite la décision de détention. Il ne dispose d'aucun titre de séjour en Suisse. La condition de l'art. 76a al. 1 let. a LEI est donc remplie.

4) Il convient encore d'examiner si la détention est compatible avec le principe de la proportionnalité.

a. Le principe de la proportionnalité, garanti par les art. 5 al. 2 et 36 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), exige qu'une mesure restrictive soit apte à produire les résultats escomptés et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive. En outre, il interdit toute limitation allant au-delà du but visé et exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (ATF 126 I 219 consid. 2c et les références citées).

b. Les démarches nécessaires à l'exécution du renvoi ou de l'expulsion doivent être entreprises sans tarder (art. 76 al. 4 et 77 al. 3 LEI ; « principe de célérité ou de diligence »). Il s'agit d'une condition à laquelle la détention est subordonnée

(arrêt du Tribunal fédéral 2A.581/2006 du 18 octobre 2006 ; ATA/1367/2020 du 24 décembre 2020 consid. 7 et les références citées).

c. Selon l'art. 80 al. 4 LEI, l'autorité judiciaire qui examine la décision de détention administrative, doit la lever lorsque, selon l'art. 80 al. 6 let. a LEI, l'exécution du renvoi ou de l'expulsion s'avère impossible pour des raisons juridiques ou matérielles.

Selon l'art. 83 LEI, l'exécution n'est pas possible lorsque l'étranger ne peut pas quitter la Suisse pour son État d'origine, son État de provenance ou un État tiers, ni être renvoyé dans un de ces États (al. 2). L'exécution n'est pas licite lorsque le renvoi de l'étranger dans son État d'origine, dans son État de provenance ou dans un État tiers est contraire aux engagements de la Suisse relevant du droit international (al. 3). L'exécution de la décision peut ne pas être raisonnablement exigée si le renvoi ou l'expulsion de l'étranger dans son pays d'origine ou de provenance le met concrètement en danger, par exemple en cas de guerre, de guerre civile, de violence généralisée ou de nécessité médicale (al. 4).

S'agissant des personnes en traitement médical en Suisse, l'exécution du renvoi ne devient inexigible, en cas de retour dans leur pays d'origine ou de provenance, que dans la mesure où elles ne pourraient plus recevoir les soins essentiels garantissant des conditions minimales d'existence. Par soins essentiels, il faut entendre les soins de médecine générale et d'urgence absolument nécessaires à la garantie de la dignité humaine (arrêt du TAF E - 3320/2016 du 6 juin 2016 et les références citées ; ATA/731/2015 du 14 juillet 2015 consid. 11b). Si les soins essentiels nécessaires peuvent être assurés dans le pays d'origine ou de provenance de l'étranger concerné, l'exécution du renvoi sera raisonnablement exigible. Elle ne le sera plus, en raison de l'absence de possibilités de traitement adéquat, si l'état de santé de l'intéressé se dégradait très rapidement au point de conduire d'une manière certaine à la mise en danger concrète de sa vie ou à une atteinte sérieuse, durable, et notablement plus grave de son intégrité physique (ACEDH Tatar c. Suisse du 14 avril 2015, req. 65692/12, § 43 et 50 ; arrêt du TAF E-2693/2016 du 30 mai 2016 consid. 4.1 et les références citées ; ATA/1279/2019 du 27 août 2019 consid. 7d et les arrêts cités).

d. En l'espèce, il ressort des rapports médicaux produits, notamment du courriel du 25 juin 2021 de la Dre B_____, médecin adjointe auprès du Service de médecine de premier recours, que le recourant souffre d'un cancer de la thyroïde Le traitement indispensable sans lequel le pronostic vital de l'intéressé était engagé nécessitait une ablation de la thyroïde et, vraisemblablement, une radiothérapie. La suite du traitement post-opératoire dépendait de l'intervention chirurgicale. Le professeur C_____, médecin-chef du service de chirurgie thoracique et endocrinienne, a indiqué, dans son rapport du 1er juillet 2021, que l'intervention chirurgicale était prévue le 21 juillet 2021, organisée « soit en détention, soit de façon standard ». Selon ce spécialiste, la chirurgie serait suivie

de « iode radioactif très probable au vu de la taille de la tumeur et de la probable présence de ganglions métastatiques ». Selon l'inscription au « programme opératoire » du département de chirurgie, établi par le prof. C_____, l'opération entrait dans les priorités estimées à « 7 - 30 jours », était prévue le 21 juillet 2021 et devait durer quatre heures. L'hospitalisation serait à prévoir dans le quartier carcéral de l'hôpital si le patient était toujours détenu.

L'OCPM a confirmé que le recourant a été transféré le 20 juillet 2021 aux HUG pour y subir l'intervention précitée le 21 juillet 2021.

Il ressort de l'ensemble des indications médicales figurant au dossier que le recourant est gravement atteint dans sa santé. L'intervention chirurgicale, considérée comme étant indispensable pour ne pas mettre en danger son pronostic vital, s'annonce lourde, la durée programmée de celle-ci étant de quatre heures. Par ailleurs, les spécialistes s'accordent qu'au vu de la taille de la tumeur et de la probable présence de ganglions métastatiques, l'intervention chirurgicale sera très vraisemblablement suivie d'une radiothérapie.

Compte tenu de l'importance de la chirurgie, il peut être retenu que, selon l'expérience générale de la vie, l'état de santé du recourant ne permettra pas son transport pendant plusieurs jours suivant cette intervention. Il n'est, en tout cas, en l'état pas possible d'estimer l'évolution post-opératoire de son état de santé ni, a fortiori, d'estimer d'une quelconque manière la possibilité d'envisager l'exécution de son renvoi. Cette situation ne permet pas non plus aux autorités chargées d'organiser le renvoi du recourant d'entreprendre sans tarder les démarches nécessaires à l'exécution de son renvoi, étant de surcroît relevé que la durée maximale de détention possible en l'espèce est de six semaines, dont plus de trois sont déjà écoulées.

Dans ces conditions, il convient de constater que la détention administrative du recourant ne respecte pas les principes de la proportionnalité et de la célérité.

Le recours sera dès lors admis, le jugement querellé annulé et la mise en liberté du recourant prononcée.

5) Vu l'issue du litige, il n'y a pas lieu à la perception d'un émolument et une indemnité de procédure de CHF 1'000.- sera allouée au recourant (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 15 juillet 2021 par M. A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 6 juillet 2021 ;

au fond :

l'admet et annule le jugement du Tribunal administratif de première instance du 6 juillet 2021 ;

ordonne la mise en liberté immédiate de M. A_____ ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 1'000.- à M. A_____ , à la charge de l'État de Genève ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Pierre Gasser, avocat du recourant, au commissaire de police, à l'office cantonal de la population et des migrations, au Tribunal administratif de première instance, au secrétariat d'État aux migrations ainsi qu'au centre Frambois LMC, pour information.

Siégeant : Mme Krauskopf, présidente, M. Verniory, Mme McGregor, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière :	la présidente siégeant :
B. Specker	F. Krauskopf

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :