

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2357/2008-DETEN

ATA/369/2008

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 4 juillet 2008

2^{ème} section

dans la cause

Monsieur M_____

représenté par Me Michael Lavergnat, avocat

contre

COMMISSION CANTONALE DE RECOURS DE POLICE DES ÉTRANGERS

et

OFFICIER DE POLICE

EN FAIT

1. Monsieur M_____, né le_____ 1970, originaire du Mali, affirmant résider B_____ à Annemasse, est actuellement détenu à la maison d'arrêt de Frambois, 27 route de Satigny, 1214 Vernier (Genève).
2. M. M_____ est arrivé en Suisse en 2002, y déposant une demande d'asile sous le nom de S_____, né le_____ 1981. Cette demande a été rejetée le 6 septembre 2002. Une décision de renvoi de Suisse assortie d'un délai au 4 novembre 2002 lui a été signifiée par l'office fédéral des réfugiés, devenu depuis lors l'office fédéral des migrations (ci-après : ODM). Le 17 octobre 2002, la commission de recours en matière d'asile a déclaré irrecevable le recours interjeté par M. M_____ contre cette décision.
3. M. M_____ dont le renvoi n'avait pas pu être exécuté, a été condamné le 14 juillet 2003 par ordonnances de condamnation du Procureur général de Genève, sous l'identité de S_____, à une amende de CHF 300.- pour faux dans les certificats et, le 1^{er} juillet 2004, à dix jours d'arrêt avec sursis pendant un an pour conduite sous retrait de permis de conduire.
4. Le 1^{er} novembre 2004, l'office cantonal de la population (ci-après : OCP) a appris que la véritable identité de l'intéressé était M_____, né le_____ 1970, ressortissant malien. La mesure de renvoi prise le 6 septembre 2002 par l'ODM a ainsi été exécutée le 21 octobre 2004, l'intéressé pouvant être renvoyé vers la France.
5. Le 20 décembre 2004, l'office fédéral de l'immigration, l'intégration et l'émigration a prononcé à l'encontre de M. M_____ une interdiction d'entrée en Suisse valable jusqu'au 19 décembre 2007. Un recours de M. M_____ contre cette décision a été déclaré irrecevable le 27 décembre 2004.
6. M. M_____ a été interpellé à Neuchâtel, le 30 septembre 2005.
7. Une nouvelle décision d'interdiction d'entrée en Suisse valable jusqu'au 21 décembre 2008 lui a été notifiée le 19 janvier 2006 par la police municipale de Nyon.
8. Le 23 janvier 2006, M. M_____ a été interpellé à Genève par les services de police.
9. Le 2 juin 2006, il a été condamné par le Tribunal de police du district de la Chaux-de-Fonds à 30 jours d'emprisonnement avec sursis pendant cinq ans, pour infractions à l'article 23 alinéa 1 de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931 (LSEE - RS 142.20).

10. Le 15 décembre 2006, l'ODM a prononcé à l'encontre de M. M_____ une interdiction d'entrée en Suisse valable jusqu'au 14 décembre 2009 pour infraction grave aux prescriptions de police des étrangers.
11. Le 4 décembre 2007, M. M_____ a été condamné par le Tribunal de police de Genève à une peine privative de liberté de quatorze mois avec sursis pendant cinq ans pour infraction grave à la loi fédérale sur les stupéfiants du 3 octobre 1951 (LSTup - RS 812.121). Il a été reconnu coupable de trafic de cocaïne portant sur une quantité de 110 grammes de cette substance.
12. Le 8 mars 2008, M. M_____ a été arrêté à Genève pour infraction à la LSTup, et condamné le 28 avril 2008 par ordonnance du juge d'instruction à une peine privative de liberté de cinq mois pour infraction à la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20) et à la LSTup.
13. Le 26 mai 2008, l'ODM a prononcé à l'encontre de M. M_____ une interdiction d'entrée en Suisse valable dès le 15 décembre 2009 jusqu'au 2 juin 2019 pour atteinte et mise en danger de la sécurité et de l'ordre public, pour infractions graves à la LSTup (trafic de cocaïne) ainsi qu'à la LEtr. Cette décision a été notifiée au recourant à sa sortie de prison le 16 juin 2008.
14. A cette même date, l'officier de police a prononcé un ordre de mise en détention administrative à l'encontre de M. M_____ pour une durée d'un mois. Des indices concrets pouvaient faire craindre qu'il se soustraie à son refoulement (art. 76 al. 1 let. b ch. 3 LEtr). Les deux condamnations pour des infractions à la LSTup permettaient de retenir que son comportement était susceptible de mettre gravement en danger la santé et la vie d'autrui (art. 76 al. 1 let. b ch. 1 LEtr renvoyant à l'art. 75 al. 1 let. g LEtr). Il n'était pas possible d'exécuter immédiatement la décision d'interdiction d'entrée en Suisse prise le 23 mai 2008 (art. 76 al. 1 let. b ch. 1 renvoyant à l'art. 75 al. 1 let. c LEtr).
15. Le 18 juin 2008, le recourant s'est opposé physiquement à son renvoi par avion à destination de Bamako (Mali).
16. Dans sa déclaration à la police, enregistrée à la suite de cet échec, le recourant a indiqué qu'il ne voulait pas embarquer dans l'avion parce qu'il voulait se marier avec son amie suisse habitant Genève. Leur mariage était prévu depuis le mois de mars 2008.
17. Après qu'un mandat d'amener ait été décerné, le 18 juin 2008, par l'officier de police, ce dernier a prononcé, le 19 juin 2008, un nouvel ordre de mise en détention administrative pour une durée de trois mois qu'il a notifié, le même jour, à M. M_____.
18. Le 19 juin 2008, la commission cantonale de recours de police des étrangers (ci-après : la commission) a rendu une décision constatant la nullité de l'ordre de

mise en détention administrative du même jour, tout en confirmant l'ordre de mise en détention administrative pris par le commissaire de police le 16 juin 2008 à l'encontre de M. M_____ pour une durée d'un mois. Le procédé consistant à prononcer un nouvel ordre de mise en détention alors que le premier n'avait pas été soumis au contrôle de la commission ne pouvait être admis. Par contre, l'ordre de mise en détention du 16 juin 2008, pour lequel elle avait été saisie dans les délais utiles, était toujours en vigueur. Sur le fond, la mesure de détention administrative avait été prise conformément à l'article 76 alinéa 1 lettre b chiffre 3 LEtr. Elle pouvait également être fondée sur l'article 76 alinéa 1 lettre b chiffre 1 LEtr, renvoyant à l'article 75 alinéa 1 lettre g de cette même loi. Le recourant constituait une menace pour la sécurité publique en raison des infractions à la LSTup qu'il avait commises et pour lesquelles il avait été condamné les 4 décembre 2007 et 28 avril 2008. La mise en détention pouvait également être fondée sur l'article 76 alinéa 1 lettre b chiffre 1 LEtr renvoyant à l'article 75 alinéa 1 lettre c LEtr, M. M_____ étant revenu à plusieurs reprises en Suisse malgré la mesure d'interdiction d'entrée qui le frappait et qui lui avait été dûment notifiée. La durée de l'ordre de mise en détention administrative pour un mois était proportionnée aux circonstances et devait permettre son renvoi prévu par vol avec escorte policière sous peu. Le souhait de M. M_____ d'être refoulé vers la France ne pouvait être satisfait, l'intéressé ne disposant, selon le dossier, d'aucun titre de séjour valable dans ce pays.

19. M. M_____ a recouru par acte du 30 juin 2008 contre cette décision. Il avait l'intention de se marier avec sa compagne, Madame L_____, qui résidait en Suisse et possédait la double nationalité française et helvétique. Il effectuait des démarches en France pour renouveler son autorisation de séjour, ayant mandaté un avocat pour cela. S'il s'était opposé le 18 juin 2008 à son renvoi au Mali, c'est parce qu'il souhaitait être renvoyé en France. Il n'existait pas d'indices concrets indiquant qu'il entendait se soustraire à un refoulement. Les deux ordres de détention successifs, décernés à son encontre les 16 et 19 juin 2008, étaient nuls, ce qui viciait toute la procédure.
20. Le 2 juillet 2008, la commission a transmis son dossier au tribunal de céans.

Il en résulte que M. M_____ a bénéficié le 21 août 2004 d'une autorisation de demander une carte de séjour en France délivrée par le préfet de Haute-Savoie, valable jusqu'au 20 janvier 2005. Interrogé par la police judiciaire de Genève le 8 mars 2008, le recourant avait admis que les démarches qu'il était en train d'effectuer en France étaient destinées à renouveler un titre de séjour échu depuis le 6 mars 2007 (déclaration à la police, p. 4).
21. Le 3 juillet 2008, l'officier de police a transmis son dossier ainsi que des observations par lesquelles il conclut au rejet du recours.

EN DROIT

1. Interjeté dans le délai de dix jours suivant sa notification devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 63 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. La présente cause est régie par la nouvelle LEtr et par la législation cantonale d'application. Jusqu'au 23 juin 2008 cette dernière était constituée de la loi cantonale d'application de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 16 juin 1988 (LaLSEE - F 2 10). Par une nouvelle du 25 avril 2008, entrée en vigueur le 24 juin 2008, cette loi cantonale a été modifiée, prenant dorénavant le nom de loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers (LaLEtr - F 2 10). Le texte de la LaLEtr a repris celui de la LaLSEE en l'adaptant en fonction des modifications découlant de l'entrée en vigueur de la nouvelle LEtr.
3. La modification du droit cantonal étant entrée en vigueur alors que courait le délai de recours, se pose la question du droit applicable pour régir la procédure.

En principe, le nouveau droit s'applique à toutes les situations qui interviennent depuis son entrée en vigueur. En particulier, en l'absence de dispositions transitoires, les nouvelles règles de nature procédurale doivent s'appliquer immédiatement à toutes les affaires pendantes (ATF 130 V 560, 562 ; ATF 111 V 46, 47 ; ATA/356/2008 du 24 juin 2008 ; voir aussi U. HAEFELIN/G. MÜLLER/F. UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Zurich, 2006, p. 66, n° 327a ; P. MOOR, *Droit administratif*, vol. I, Berne, 1994, p. 171), sous réserve de deux exceptions. Premièrement, si une autorité compétente selon l'ancien droit a été saisie avant l'entrée en vigueur du nouveau droit et n'a pas été abolie par ce dernier, elle reste compétente pour connaître de l'affaire en cause (ATF 130 V 90, 93). Deuxièmement, les nouvelles règles de procédure ne peuvent être appliquées immédiatement que si elles restent dans une certaine continuité avec le système antérieur, sans en bouleverser les fondements (ATF 112 V 356, 360 ; U. HAEFELIN/G. MÜLLER/F. UHLMANN, *op. cit.*, p. 66, n° 327a).

En l'espèce, la législation cantonale ne comportant aucune disposition transitoire, le tribunal de céans fera application des dispositions légales en vigueur au 30 juin 2008.

4. Le requérant fait grief à la commission de ne pas avoir retenu que les deux ordres de mise en détention administrative des 16 et 19 juin 2008 étaient nuls et que, partant cela entraînait la nullité de toute la procédure.
 - a. Pour assurer l'exécution d'une décision de renvoi, une personne peut faire l'objet d'un ordre de mise en détention administrative au sens de l'article 76

alinéa 1 lettre b LEtr, et peut être maintenue en détention sur cette base, en fonction de la durée prévue dans cet ordre, lorsque les conditions suivantes sont réalisées :

- il existe une décision de renvoi en force ou exécutoire ;
- l'ordre de mise en détention a été pris par une autorité compétente ;
- l'ordre de mise en détention a été pris pour l'un des motifs visés à l'article 76 alinéa 1 lettre b chiffres 1 à 5 LEtr.

b. Au-delà de nonante-six heures, un ordre de mise en détention administrative ne continue à déployer ses effets que s'il a été confirmé par une autorité judiciaire qui doit en avoir, au terme d'une procédure, examiné la légalité et l'adéquation (art. 80 al. 2 LEtr).

Dans le cas d'espèce, l'ensemble de ces conditions est réalisé :

- l'ordre de mise en détention est basé sur une décision d'interdiction d'entrée en Suisse, prise le 26 mai 2008 et notifiée au recourant, qui est, selon son prononcé, immédiatement exécutoire nonobstant recours (art. 55 al. 2 LPA) ;
- c'est un officier de police, autorité compétente selon l'article 7 alinéa 2 lettre b LaLEtr (et qui était déjà l'autorité compétente, selon l'art. 7 al. 2 lettre b LaLSEE), qui a ordonné de la mise en détention administrative ;
- Le recourant a été présenté à la commission le 19 juin 2008 à 16h00, dans le délai de nonante-six heures suivant la mise en détention du 16 juin 2008 à 17h17 (art. 9 al. 3 LEtr) pour que l'ordre de mise en détention administrative soit contrôlé. Ce délai ayant été respecté, le fait que l'officier de police ait décidé après l'échec de la tentative de renvoi, de prendre le 19 juin, un autre ordre de mise en détention n'a aucune incidence sur la validité du premier ordre et sur la validité de l'ensemble de la procédure

C'est à juste titre, ainsi que cela sera exposé ci-après que la commission a admis que l'ordre de mise en détention administrative pouvait valablement se fonder sur les articles 76 alinéa 1 lettre b chiffre 1 LEtr renvoyant aux articles 75 alinéa 1 lettres c, g ou 76 alinéa 1 lettre b chiffre 3 LEtr.

5. Selon l'article 76 alinéa 1 lettre b chiffre 3 LEtr, un ressortissant étranger peut être mis en détention si des éléments concrets permettent de croire qu'il entend se soustraire au renvoi.

Selon l'article 76 alinéa 1 lettre b chiffre 1 LEtr, qui renvoie à l'article 75 alinéa 1 lettre g LEtr, un ressortissant étranger peut également être mis en détention parce qu'il a mis en danger ou menacé la sécurité et l'ordre public.

Selon l'article 76 alinéa 1 lettre b chiffre 1 LEtr, qui renvoie à l'article 75 alinéa 1 lettre c LEtr, un ressortissant étranger peut être placé en détention s'il franchit la frontière suisse malgré une interdiction d'entrée en Suisse et ne peut pas être renvoyé immédiatement.

Dans le cas d'espèce, ces trois motifs de maintien en détention sont réalisés.

Le requérant a indiqué lui-même à l'officier de police et à la commission qu'il s'opposerait à toute tentative de refoulement sur le Mali. Le 18 juin dernier, il s'est d'ailleurs physiquement opposé à l'exécution de son renvoi. Ces circonstances sont autant d'indices qui permettent de retenir qu'il n'entend pas obtempérer de lui-même à l'injonction qui lui est faite de retourner dans son pays d'origine (Arrêts du Tribunal fédéral 2C.257/2008 du 4 avril 2008 et 2A.718/2004 du 22 décembre 2004 ; N. WISARD, Les renvois et leur exécution en droit des étrangers et en droit d'asile, 1997, p. 289).

D'autre part, de jurisprudence constante, constitue une menace pour les tiers et une grave mise en danger de leur vie ou de leur intégrité, la participation à un trafic de stupéfiant comme la cocaïne (ATA/185/2008 du 15 avril 2008 ; ATA/65/2008 du 15 février 2008 ; ATA/39/2008 du 22 janvier 2008 ; ATA/352/2007 du 26 juillet 2007 et les arrêts cités). Le requérant a été condamné récemment à deux reprises pour des faits relevant du trafic de cocaïne et c'est à juste titre que sa mise en détention a été ordonnée en raison du risque qu'il constitue pour la santé de la population.

Enfin, il ressort du dossier déposé par la commission et par l'officier de police que, depuis plusieurs années, le requérant n'a eu de cesse de revenir en Suisse malgré les interdictions de l'autorité.

6. Le requérant fait encore grief à la commission de ce que elle ne le laisse pas retourner en France où il a la possibilité de résider et où il entend vivre avec sa compagne.
 - a. Selon l'article 63 alinéa 2 LEtr, si le ressortissant étranger a la possibilité de se rendre légalement dans plusieurs Etats, l'autorité compétente peut le renvoyer ou l'expulser dans le pays de son choix.
 - b. Considéré sous l'angle des conditions du contrôle des conditions d'un maintien en détention administrative, en particulier sous l'angle du principe de la proportionnalité que doit respecter toute activité étatique selon l'article 36 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), la possibilité pour la personne détenue de se rendre dans un autre pays que celui où l'autorité compétente entend le renvoyer, est susceptible, de conduire à la reconsidération d'une mesure de détention. Toutefois, l'une des conditions

préalables à l'examen de cette question, est qu'un choix de pays de destination existe réellement, ce qu'il appartient au recourant d'établir.

Dans le cas d'espèce, ce dernier ne démontre aucunement qu'il détient aujourd'hui un titre de séjour lui permettant immédiatement de se rendre en France, les pièces versées à la procédure révélant le contraire.

7. Finalement, le recourant fait grief à la commission qu'en décidant de le maintenir en détention, on l'empêche d'effectuer les formalités pour se marier avec son amie.

a. Selon l'article 80 alinéa 4 LETr, l'autorité judiciaire, lorsqu'elle examine la décision de maintien ou de levée de la détention, doit tenir compte de la situation familiale de la personne détenue et des conditions de la détention.

b. Selon l'alinéa 6 lettre a de la même disposition, la détention est levée notamment lorsque le motif de la détention n'existe plus ou l'exécution du renvoi s'avère impossible pour des raisons juridiques ou matérielles.

En l'espèce, aucune des conditions personnelles pouvant conduire à décider une levée de la détention n'est réalisée. Les préparatifs en vue du mariage du recourant et de sa compagne peuvent être effectués aussi bien depuis la Suisse que depuis le Mali. Au surplus, le recourant n'invoque aucun autre motif valable qui empêche son retour dans son pays d'origine.

8. Le recours sera rejeté. Aucun émolument ne sera mis à la charge du recourant ni aucune indemnité de procédure allouée (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 30 juin 2008 par Monsieur M_____ contre la décision de la commission cantonale de recours de police des étrangers du 19 juin 2008 ;

au fond :

le rejette ;

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

dit que, conformément aux articles 82 et suivants 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'article 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 Michael Lavergnat, avocat du recourant ainsi qu'à la commission cantonale de recours de police des étrangers, l'office fédéral des migrations, à l'officier de police et au centre Frambois, pour information.

Siégeants : Mme Hurni, présidente, M. Dumartheray, juge, ainsi que M. Torello, juge suppléant

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. :

M. Tonossi

juge président :

E. Hurni

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :