

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/565/2018-MC

ATA/221/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 9 mars 2018

en section

dans la cause

Monsieur A_____ , alias Monsieur B_____
représenté par Me Roxane Sheybani, avocate

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
20 février 2018 (JTAPI/167/2018)**

EN FAIT

- 1) Monsieur A_____, ressortissant gambien, né le _____1983, a déposé une demande d'asile en Suisse le 16 janvier 2009 en indiquant s'appeler Monsieur B_____, ressortissant gambien né le _____1986. Il a utilisé cet alias en Suisse jusqu'au mois de février 2018.

Par décision du 2 février 2009, l'office fédéral des migrations, devenu depuis lors le secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM) n'est pas entré en matière et a prononcé le renvoi de Suisse de l'intéressé.

- 2) L'intéressé ne s'est pas présenté à une audition centralisée gambienne à laquelle il était convoqué le 11 mars 2010 et a été annoncé au SEM par l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) en tant que « disparu » en avril 2010.

- 3) Par courrier du 12 avril 2010, l'OCPM a informé le SEM que M. B_____ n'avait plus été revu par ses services depuis le 8 mars 2010 et que, dès lors, tout portait à croire qu'il avait disparu.

- 4) a. L'intéressé a été interpellé le 15 septembre 2010, puis condamné le 17 septembre 2010, par ordonnance d'un juge d'instruction de Genève, à une peine pécuniaire de trente jours-amende avec sursis pendant trois ans ainsi qu'à une amende de CHF 300.- pour infraction aux art. 19 ch. 1 et 19a ch. 1 de la loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951 (LStup - RS 812.121).

Dans le cadre de cette affaire, le commissaire de police lui a notifié une interdiction d'accès au centre-ville de Genève pour une durée de six mois et le SEM a prononcé une interdiction d'entrée en Suisse à son encontre, valable jusqu'au 14 septembre 2015.

b. L'intéressé s'est vu notifier, le 21 décembre 2010, une ordonnance du Procureur général le condamnant à une peine privative de liberté de trente jours pour infraction à l'art. 115 al. 1 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20).

- 5) Au début de l'année 2012, l'intéressé a repris contact avec l'OCPM. Il n'a toutefois plus repris contact après le 3 août 2012. Il ne s'est pas présenté à une audition centralisée des autorités gambiennes prévue au mois de septembre 2012.

- 6) a. Le 2 mars 2013, le Ministère public genevois l'a condamné à une peine pécuniaire de nonante jours-amende pour infraction à l'art. 115 al. 1 let. b LEtr ainsi qu'une amende de CHF 200.- pour infraction à l'art. 19a ch. 1 LStup.
- b. Le 21 juin 2013, la même autorité a prononcé une peine pécuniaire de nonante jours-amende pour infraction à l'art. 115 al. 1 let. b LEtr.
- c. Les 25 septembre 2014 et 21 avril 2015, le Ministère public de Lenzburg en Argovie l'a condamné à une peine privative de liberté de cent vingt jours, respectivement de quarante jours, pour infraction à l'art. 115 LEtr.
- d. Le 8 septembre 2015, le Tribunal de police a déclaré M. B_____ coupable d'infraction à l'art. 115 al. 1 let. b LEtr, a constaté que le prévenu avait déjà été condamné à trois cent quarante unités pénales pour une telle infraction depuis le 2 mars 2013 et il l'a condamné à une peine privative de liberté de vingt-cinq jours, avec sursis de trois ans.
- 7) Le 11 avril 2016, l'intéressé s'est vu notifier une interdiction d'entrée en Suisse prononcée par le SEM le 17 novembre 2015 et valable jusqu'au 16 novembre 2018.
- 8) Le 16 mai 2017, l'intéressé a été écroué – dans le cadre d'une procédure de conversion d'amende - sur ordre du service d'application des peines et mesures (SAPEM).
- Il a été condamné le lendemain par une ordonnance pénale du Ministère public à une peine pécuniaire égale à zéro pour infraction à l'art. 115 al. 1 let. b LEtr.
- Les amendes ayant été payées, il a été relaxé le 18 mai 2016.
- 9) a. L'intéressé a été détenu à la prison de C_____ du 14 au 27 décembre 2017 afin d'exécuter une peine privative de liberté.
- b. Pendant cette période, l'OCPM a informé le SEM de la reprise du séjour. Il envisageait de le mettre en détention administrative au terme de sa détention afin de pouvoir procéder à son refoulement. L'autorité fédérale a indiqué que l'intéressé participerait à la prochaine audition centralisée des autorités gambiennes, dans le cadre de son identification.
- 10) a. Remis à la police le 27 décembre 2017, l'intéressé a été entendu par un commissaire de police. Il s'opposait à son renvoi en Gambie, car il avait entrepris une procédure en vue de se marier avec sa fiancée, Madame D_____, ressortissante suisse.

Le commissaire de police a ordonné sa mise en détention administrative pour une durée de six mois.

b. Le 28 décembre 2017, le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) a confirmé cet ordre de mise en détention pour une durée de deux mois. L'intéressé vivait illégalement en Suisse depuis 2009 et il n'avait jamais entrepris de démarche pour quitter ce pays. Le fait qu'il ait indiqué à ce tribunal être d'accord de collaborer avec les autorités ne permettait pas de lever tout doute quant à sa réelle détermination de retourner dans son pays d'origine. Dès lors que les démarches en vue de l'identification de l'intéressé étaient en cours, mais qu'elle n'étaient pas justifiées par pièces, l'ordre de détention était confirmé pour une durée de deux mois.

11) Le 15 février 2018, l'OCPM a saisi le TAPI d'une requête de prolongation de la détention administrative de l'intéressé pour six mois. Selon les informations obtenues du SEM, la prochaine audition centralisée avec les autorités gambiennes devait avoir lieu au plus tôt au mois de juillet 2018.

12) a. Le 16 février 2018, l'intéressé a saisi l'OCPM d'une demande d'autorisation de séjour en vue de mariage. Il a, à cette occasion, indiqué sa véritable identité, laquelle était justifiée par un passeport valable jusqu'au 17 novembre 2020, ainsi que par la copie de son extrait de naissance.

Il était en couple avec Mme D_____ depuis six ans et il désirait se marier.

b. Le 20 février 2018, le TAPI a entendu les parties et procédé à des enquêtes. M. A_____ a expliqué qu'il s'entendait bien avec la famille de sa fiancée et son entourage. Son amie disposait de l'original de son passeport. Ils avaient attendu qu'elle termine ses études et qu'il obtienne un passeport avant d'entamer la procédure de mariage.

Mme D_____ a confirmé les dires de son fiancé. Elle avait terminé ses études de pharmacienne au mois de septembre 2017 et travaillait dans sa profession. Elle connaissait M. A_____ depuis 2012. Ils avaient vécu ensemble de manière irrégulière pendant une période totale d'environ deux ans. Elle était très attachée à lui et l'avait toujours entretenu financièrement, alors que lui, la soutenait dans ses études.

Monsieur E_____ a indiqué connaître l'intéressé depuis 2010 et l'avoir parfois hébergé chez lui. Il avait fait connaissance plus tard de Mme D_____ et avait très régulièrement vu le couple depuis lors. Il considérait que le projet de mariage était sérieux et que les fiancés n'avaient pas entrepris de démarches plus tôt car ils voulaient être certains de leur décision.

L'OCPM a maintenu sa demande.

c. Par jugement du même jour, le TAPI a prolongé la détention de M. A_____ pour une durée de deux mois, soit jusqu'au 27 avril 2018. Ce dernier avait vécu pendant de longues années en Suisse sous une fausse identité, n'avait pas entrepris de démarches pour quitter ce pays et avait indiqué au commissaire de police, le 27 décembre 2017, qu'il n'entendait pas le quitter. Il n'avait révélé sa véritable identité que le 16 février 2018. Le TAPI n'avait pas de compétences concernant la requête d'autorisation de séjour déposée en main de l'OCPM et cette dernière ne constituait pas une démonstration d'une impossibilité d'exécution du renvoi.

- 13) Par acte mis à la poste le 23 février 2018 et reçu le 28 février 2018, M. A_____ a saisi la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) d'un recours contre le jugement précité, concluant à son annulation. Il devait immédiatement être remis en liberté.

Le droit au mariage était garanti par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101). Il avait droit à un titre de séjour temporaire en vue de son mariage avec Mme D_____. En conséquence, son renvoi et sa détention étaient injustifiés. Il n'y avait pas d'intérêt public qui le justifiait.

- 14) Le 5 mars 2018, l'OCPM a conclu au rejet du recours. En l'état, l'intéressé n'était pas marié et ne disposait d'aucune autorisation de séjour en Suisse ; il devait quitter ce pays depuis neuf ans. Pour l'instant, sa nouvelle identité n'était pas établie de manière indubitable puisque les originaux des documents d'identité n'avaient pas été produits.
- 15) Le 6 mars 2018, soit dans le délai accordé à M. A_____ pour exercer son éventuel droit à la réplique, le recourant s'est limité à souligner que le temps pris par les fiancés pour décider de se marier ne pouvait leur être reproché.
- 16) Sur quoi, la cause a été 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 10).
- 2) Selon l'art. 10 al. 2 1^{ère} phr. de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 (LaLEtr - F 2 10), la chambre administrative doit statuer dans les dix jours qui suivent sa saisine. Ayant reçu le recours le 28 février 2018 et statuant ce jour, elle respecte ce délai.

En outre, à teneur dudit art. 10 LaLEtr, elle est compétente pour apprécier l'opportunité des décisions portées devant elle en cette matière (al. 2 2^{ème} phr.) ; elle peut confirmer, réformer ou annuler la décision attaquée ; le cas échéant, elle ordonne la mise en liberté de l'étranger (al. 3 1^{ère} phr.).

- 3) La détention administrative porte une atteinte grave à la liberté personnelle et ne peut être ordonnée que dans le respect de l'art. 5 § 1 let. f CEDH et de l'art. 31 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), ce qui suppose en premier lieu qu'elle repose sur une base légale. Le respect de la légalité implique ainsi que la mise en détention administrative ne soit prononcée que si les motifs prévus dans la loi sont concrètement réalisés (ATF 140 II 1 consid. 5.1).
- 4) L'étranger qui a fait l'objet d'une décision de renvoi peut être mis en détention administrative si des éléments concrets font craindre qu'il entend se soustraire à son expulsion, en particulier parce qu'il ne se soumet pas à son obligation de collaborer au sens de l'art. 90 LEtr ou de l'art. 8 al. 1 let. a ou al. 4 de la loi sur l'asile (LAsi - RS 142.31 ; art. 76 al. 1 let. b ch. 3 LEtr). Il en va de même si son comportement permet de conclure qu'il se refuse à obtempérer aux instructions des autorités (art. 76 al. 1 let. b ch. 4 LEtr).
- 5) En l'espèce, le recourant fait l'objet d'une décision de renvoi de Suisse définitive et exécutoire. Depuis son arrivée en Suisse en 2009, il a disparu à plusieurs reprises et les procédures tendant à l'identifier de façon certaine n'ont en l'état jamais pu aboutir. Après avoir indiqué aux autorités une identité pendant près de neuf ans, il indique maintenant qu'il s'agissait d'un alias et donne des informations sur une autre identité, qui serait cette fois réelle. Il n'a jamais réellement entrepris de quelconques démarches visant à quitter la Suisse. Cette attitude permet de retenir l'existence d'un risque de fuite ou de disparition, de sorte que la mise en détention administrative sur la base de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 et 4 LEtr est justifiée.

Le fait que l'intéressé ait déposé en mains de l'OCPM une demande d'autorisation de séjour en vue d'un mariage à laquelle étaient annexées de nombreuses pièces n'est pas apte à modifier l'appréciation qui précède. En l'état de la procédure, l'intéressé ne dispose pas d'une autorisation de séjour en vue de mariage et il n'est pas marié : il ne peut dès lors pas bénéficier de la protection prévue par les dispositions de la CEDH protégeant les relations familiales.

De plus, il est évident que l'autorité devra faire des contrôles visant à établir l'authenticité des documents présentés, en particulier du passeport au nom de A_____, ce qui nécessitera un examen du document original.

- 6) L'autorité administrative doit entreprendre rapidement les démarches en vue de l'exécution de la décision de renvoi (art. 76 al. 4 LEtr).

En l'espèce, il ressort du dossier que les autorités suisses ont entamé les démarches en vue du renvoi de l'intéressé vers la Gambie depuis fort longtemps, sans que le recourant y participe. L'OCPM a interpellé le SEM afin de prévoir la participation du recourant à une audition centralisée alors même que l'intéressé était détenu dans le cadre d'une procédure pénale. Au vu de ces éléments et dans les circonstances du cas d'espèce, aucun reproche ne peut être fait aux autorités de ce point de vue.

- 7) La détention administrative doit respecter le principe de la proportionnalité, garanti par l'art. 36 al. 3 Cst.

Tel est le cas en l'espèce. Il y a un intérêt public à l'exécution de la mesure de renvoi compte tenu des motifs de détention précités qui priment, en tout cas à ce stade de la procédure, l'intérêt privé du recourant. En outre, aucune autre mesure, moins incisive, n'est apte à garantir la présence de l'intéressé lors de l'exécution du renvoi.

- 8) a. Selon l'art. 80 al. 4 LEtr, l'autorité judiciaire qui examine la décision de détention administrative tient compte de la situation familiale de la personne détenue et des conditions d'exécution de la détention. Celle-là doit en particulier être levée lorsque son motif n'existe plus ou si, selon l'art. 80 al. 6 let. a LEtr, l'exécution du renvoi ou de l'expulsion s'avère impossible pour des raisons juridiques ou matérielles, ou qu'elle ne peut être raisonnablement exigée, cette dernière disposition légale renvoyant à l'art. 83 al. 1 à 4 LEtr.

b. Tant que l'impossibilité du renvoi dépend de la volonté de l'étranger de collaborer avec les autorités, celui-ci ne peut se prévaloir de cette impossibilité (arrêt du Tribunal fédéral 2C_639/2011 du 16 septembre 2011). Cette jurisprudence, rendue dans le cadre d'une détention pour insoumission, en rapport avec l'obligation de collaborer de l'art. 78 al. 6 LEtr, est a fortiori valable dans un cas de détention en vue du renvoi, phase à laquelle s'applique l'obligation de collaborer de l'art. 90 al. 1 let. c LEtr (ATA/381/2012 du 13 juin 2012 ; ATA/283/2012 du 8 mai 2012 ; ATA/257/2012 du 2 mai 2012).

c. La procédure liée à la détention administrative ne permet pas, sauf cas exceptionnels, de remettre en cause le caractère licite de la décision de renvoi (ATF 129 I 139 consid. 4.3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_1260/2012 du 21 décembre 2012 consid. 3.2). Ce n'est que si une décision de renvoi apparaît manifestement inadmissible, soit arbitraire ou nulle, qu'il est justifié de lever la détention en application de l'art. 80 al. 6 let. a LEtr, étant donné que l'exécution d'un tel ordre illicite ne doit pas être assurée par les mesures de contrainte (arrêt du Tribunal fédéral 2C_256/2013 du 10 avril 2013 consid. 4.5 et les arrêts cités).

d. En l'espèce, le recourant met en avant sa relation avec Mme D_____ et leur désir de se marier. En l'état de la procédure, ainsi qu'au vu des contrôles que

les autorités devront effectuer au sujet de l'identité du recourant, et dès lors qu'il n'est pas possible d'ignorer les longues années pendant lesquelles ce dernier a vécu dans l'illégalité et en taisant son identité aux autorités, ces éléments ne permettent pas de considérer que la décision de renvoi serait en l'état manifestement inadmissible ou arbitraire, voire nulle.

Dans ces conditions, l'exécution du renvoi n'est ni impossible, ni illicite ou non exigible.

- 9) Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté.
- 10) Vu la nature du litige, aucun émolument ne sera perçu (art. 87 al. 1 LPA et art. 12 al. 1 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 - RFPA- E 5 10.03). Vu l'issue de celui-ci, aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 23 février 2018 par Monsieur A_____, alias B_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 20 février 2018 ;

au fond :

le rejette ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument, ni alloué d'indemnité de procédure ;

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 ;

communiqué le présent arrêt à Me Roxane Sheybani, avocate du recourant, 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 Junod, présidente, MM. Thélin et Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

la présidente siégeant :

Ch. Junod

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :