RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/595/2023-MC **ATA/237/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 10 mars 2023

sur effet suspensif et mesures provisionnelles

dans la cause

Monsieur A_____
représenté par Me Rocio Gonzalez, avocate

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

_____

Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 27 février 2023 (JTAPI/221/2023)

Vu en fait le recours interjeté le 9 mars 2023 par Monsieur A_____ auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le jugement du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) du 23 février 2023 prolongeant sa détention administrative pour une durée de quatre mois, soit jusqu'au 3 juillet 2023 inclus ;

que M. A_____ conclut au fond à l'annulation du jugement et à sa mise en liberté immédiate assortie d'un délai de départ d'un jour, subsidiairement à la réduction de sa détention administrative à un maximum de cinq jours en vue de l'organisation de son renvoi en Italie ;

que préalablement l'effet suspensif devrait être accordé à son recours, l'exécution de son renvoi suspendue jusqu'à droit jugé au fond et le vol DEPA à destination de Lagos prévu le 13 mars 2023 annulé ;

que le TAPI a retenu que M. A_____ avait fait l'objet le 20 septembre 2017 d'une interdiction d'entrée en Suisse valable jusqu'au 19 septembre 2020 et lui ayant été notifiée le 3 juillet 2020 ; que le secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM) avait refusé d'entrer en matière sur sa demande d'asile le 15 octobre 2018 et prononcé son renvoi de Suisse vers l'Italie, ce dernier n'ayant pu être organisé dans le délai prévu par les accords de Dublin dès lors qu'il avait disparu dans la clandestinité ; qu'il avait été condamné le 13 août 2020 par le Ministère public genevois pour avoir vendu quinze boulettes de cocaïne entre décembre 2019 et janvier 2020 et détenu durant la même période vingt-quatre boulettes et deux parachutes de cocaïne ; qu'il avait été condamné le 26 mars 2021 par le Ministère public genevois pour avoir vendu une boulette de cocaïne ; qu'il avait fait le même jour l'objet d'une interdiction de pénétrer sur le territoire genevois pour une durée de douze mois ; que le Tribunal de police l'avait condamné le 28 avril 2022 pour avoir vendu des boulettes de cocaïne et avoir violé l'interdiction territoriale et avait prononcé son expulsion pour une durée de trois ans ; qu'il s'était opposé à sa mise en détention administrative initiale le 5 octobre 2022 ; qu'il voulait retourner en Italie où il pouvait séjourner ; que le TAPI avait confirmé le 7 octobre 2022 sa mise en détention compte tenu du fait qu'il ne disposait d'aucune ressource financière légale (jugement confirmé par arrêt A/3257/2022 du 27 octobre 2022 de la chambre de céans) ; qu'il avait prolongé celle-ci le 29 novembre 2022 jusqu'au 3 mars 2023 ; qu'il avait rejeté le 31 janvier 2023 la demande de mise en liberté formée le 23 janvier 2023 par M. A_____, relevant qu'il avait été reconnu par les autorités nigérianes et qu'un vol pour Lagos était réservé pour le 23 février 2023 ; que le commissaire de police avait demandé le 21 février la prolongation de la détention administrative pour une durée de quatre mois ; que le 23 février 2023, M. A_____ avait refusé de prendre le vol DEPU ; que le 27 février 2023 le commissaire de police avait affirmé devant le TAPI qu'un nouveau vol DEPA pour Lagos était agendé au 13 mars 2023 et qu'il faudrait du temps pour organiser un vol spécial si M. A_____ ne pouvait être embarqué ; que M. A_____ a affirmé que son père venait du Biafra et sa mère d'Haïti, que sa vie était en danger s'il retournait au Biafra ; que le renvoi de M. A_____ en Italie n'était pas possible, que rien ne permettait de retenir que son renvoi vers

le Nigéria était impossible, que les autorités avaient agi avec diligence et que la durée maximale de la détention n'était pas atteinte ;

que M. A_____ expose avoir été porte-parole d'un mouvement d'opposition au Biafra, que les autorités le recherchent et qu'il risque la peine de mort au Nigéria, ce qui l'a poussé à fuir en Italie en 2017 ; que les autorités italiennes lui ont délivré un titre de séjour le 18 septembre 2018, valable jusqu'en 2028 ; qu'elles ont rejeté sa demande d'asile le 18 juin 2019 et qu'il a formé recours contre cette décision, et qu'il est convoqué pour une audience le 13 février 2025 au tribunal à Venise ; que le TAPI n'avait à tort pas retenu que la question de son droit à l'asile n'avait pas encore été tranchée et que son retour au Nigéria l'exposerait à un danger de mort ; qu'aucune démarche n'avait été entreprise pour que l'Italie le reprenne, ce qui rendait la décision de prolongation disproportionnée ; qu'il détenait un titre de séjour lui permettant de demeurer en Italie dans l'attente de l'issue de la procédure, ce que les autorités suisses auraient dû vérifier auprès de leurs homologues italiennes ; que si la procédure italienne devait être considérée comme close, il fallait tenir compte de la nouvelle demande d'asile qu'il avait adressée le 3 mars 2023 au SEM ; que le caractère illicite de sa détention devait être constaté ;

que le 10 mars 2023, l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) a conclu au rejet de la demande d'octroi de l'effet suspensif et du recours ;

que le recourant n'a pas répliqué dans le délai qui lui avait été imparti ;

que sur ce, la cause a été gardée à juger sur effet suspensif ;

Considérant, en droit, l'art. 9 al. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 26 mai 2020, à teneur duquel les décisions sur effet suspensif sont prises par la présidente de ladite chambre, respectivement par le vice-président, ou en cas d'empêchement de ceux-ci, par un juge ;

qu'en application de l'art. 10 al. 1 LaLEtr, le recours à la chambre administrative contre un jugement du TAPI confirmant un ordre de mise en détention administrative n'a pas d'effet suspensif ;

qu'aux termes de l'art. 66 al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), lorsqu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose, la juridiction de recours peut, sur la demande de la partie dont les intérêts sont gravement menacés, retirer ou restituer l'effet suspensif (al. 3) ;

que lorsque l'effet suspensif a été retiré ou n'est pas prévu par la loi, comme en l'espèce, l'autorité de recours doit examiner si les raisons pour exécuter immédiatement la décision entreprise sont plus importantes que celles justifiant le report de son exécution. Elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation qui varie selon la nature de l'affaire. La restitution de l'effet suspensif est subordonnée à l'existence de justes motifs, qui résident

dans un intérêt public ou privé prépondérant à l'absence d'exécution immédiate de la décision ou de la norme (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 5.5.1) ;

que selon la jurisprudence constante de la chambre administrative, des mesures provisionnelles ne sont légitimes que si elles s'avèrent indispensables au maintien d'un état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts compromis (ATF 119 V 503 consid. 3 ; ATA/795/2021 du 4 août 2021 ; ATA/1043/2020 du 19 octobre 2020 ; ATA/303/2020 du 19 mars 2020) ;

qu'elles ne sauraient, en principe, anticiper le jugement définitif (Isabelle HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess in RDS 1997 II 253-420, 265) ; que, par ailleurs, l'octroi de mesures provisionnelles présuppose l'urgence, à savoir que le refus de les ordonner crée pour l'intéressé la menace d'un dommage difficile à réparer (ATF 130 II 149 consid. 2.2 ; 127 II 132 consid. 3) ;

que lors de l'octroi ou du retrait de l'effet suspensif, l'autorité de recours dispose d'un large pouvoir d'appréciation qui varie selon la nature de l'affaire (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 5.5.1) ;

que l'examen de la requête suppose une appréciation prima facie du bien-fondé du recours ; l'effet suspensif doit être refusé au recours manifestement dépourvu de chances de succès et dont le résultat ne fait aucun doute ; inversement, un diagnostic positif prépondérant ne suffit pas d'emblée à justifier l'octroi d'une mesure provisoire, mais suppose de constater et de pondérer le risque de préjudice (ATA/987/2021 du 24 septembre 2021 ; ATA/217/2021 du 1er mars 2021 consid. 2 ; ATA/1349/2019 du 9 septembre 2019 ; Benoît BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in Jean-Baptiste ZUFFEREY/Hubert STÖCKLI, Marchés publics 2010, Zurich 2010, p. 317) ;

que lorsqu'une autorité judiciaire se prononce sur l'effet suspensif ou d'autres mesures provisoires, elle peut se limiter à la vraisemblance des faits et à l'examen sommaire du droit (examen prima facie), en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles, tout en ayant l'obligation de peser les intérêts respectifs des parties (ATF 139 III 86 consid. 4.2 ; 131 III 473 consid. 2.3) ;

qu'en l'espèce, l'objet du litige n'est pas la décision d'expulsion judiciaire visant le recourant, définitive et exécutoire, mais le bien-fondé de la prolongation du placement en détention administrative en vue de l'exécution de cette mesure ;

que la chambre de céans n'est pas compétente pour annuler le vol DEPA prévu le 13 mars 2023, de sorte que la conclusion du recourant sur ce point est irrecevable ;

qu'à teneur de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 1 LEI, qui renvoie à l'art. 75 al. 1 let. h LEI, après notification d'une décision de première instance de renvoi ou d'une décision de première instance d'expulsion au sens des art. 66a ou 66abis CP, l'autorité compétente peut, afin d'en assurer l'exécution, mettre en détention la personne concernée notamment si celle-

ci a été condamnée pour crime, par quoi il faut entendre une infraction passible d'une peine privative de liberté de plus de trois ans (cf. art. 10 al. 2 CP ; ATA/220/2018 du 8 mars 2018 consid. 4a ; ATA/997/2016 du 23 novembre 2016 consid. 4a ; ATA/295/2011 du 12 mai 2011 consid. 4) ; selon la jurisprudence de la chambre administrative de la Cour de justice, pour qu'une personne puisse être mise en détention sur la base de cette disposition, elle doit avoir été condamnée par une juridiction pénale de première instance, sans qu'il soit nécessaire que le jugement soit définitif (ATA/127/2015 du 3 février 2015 consid. 6) ;

que selon l'art. 79 al. 1 LEI, la détention en vue du renvoi ne peut excéder six mois au total ; cette durée maximale peut néanmoins, avec l'accord de l'autorité judiciaire cantonale, être prolongée de douze mois au plus, lorsque la personne concernée ne coopère pas avec l'autorité compétente (art. 79 al. 2 let. a LEI) ;

qu'en l'espèce, les conditions d'une mise en détention administrative sont prima facie remplies, vu notamment les condamnations pénales du recourant pour trafic de stupéfiants, – soit pour des crimes – et l'expulsion pénale prononcée à son encontre par jugement du Tribunal de police du 28 avril 2022 pour une durée de trois ans ; que le recourant ne conteste d'ailleurs pas que lesdites conditions soient réunies ; que le recourant ne coopère par ailleurs pas, et s'oppose avec constance à son renvoi au Nigéria ;

que comme toute mesure étatique, la détention administrative en matière de droit des étrangers doit respecter le principe de la proportionnalité (cf. art. 5 al. 2 et 36 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101]) et art. 80 et 96 LEI ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_765/2015 du 18 septembre 2015 consid. 5.3) ; elle doit non seulement apparaître proportionnée dans sa durée, envisagée dans son ensemble (ATF 145 II 313 consid. 3.5 ; 140 II 409 consid. 2.1 ; 135 II 105 consid. 2.2.1), mais il convient également d'examiner, en fonction de l'ensemble des circonstances concrètes, si elle constitue une mesure appropriée et nécessaire en vue d'assurer l'exécution d'un renvoi ou d'une expulsion (cf. art. 5 par. 1 let. f de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 [CEDH - RS 0.101] ; ATF 143 I 147 consid. 3.1) et ne viole pas la règle de la proportionnalité au sens étroit, qui requiert l'existence d'un rapport adéquat et raisonnable entre la mesure choisie et le but poursuivi, à savoir l'exécution du renvoi ou de l'expulsion de la personne concernée (arrêts du Tribunal fédéral 2C_765/2015 du 18 septembre 2015 consid. 5.3 ; 2C_334/2015 du 19 mai 2015 consid. 2.2 ; 2C_218/2013 du 26 mars 2013 consid. 5.1 et les références citées) ;

que les démarches nécessaires à l'exécution du renvoi ou de l'expulsion doivent être entreprises sans tarder (art. 76 al. 4 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/611/2021 du 8 juin 2021 consid. 5a) ;

qu'en l'espèce, le recourant s'oppose à son renvoi au Nigéria et fait valoir qu'il y risquerait sa vie et qu'il pourrait être renvoyé vers l'Italie ;

que la chambre de céans observe à ce propos que le 7 octobre 2022, le recourant n'avait pas fait état devant le TAPI des risques qu'il courrait au Nigéria, affirmant ne pas être nigérian ; que le 29 novembre 2022, il avait refusé devant le TAPI tout entretien avec un expert Lingua pour déterminer sa nationalité, refusé d'être présenté à une délégation nigériane et refusé de fournir des précisions sur la nationalité haïtienne qu'il disait avoir ; que le recourant fonde ses allégations au sujet du danger de mort qu'il courrait au Nigéria sur les allégation contenues dans le recours formé le 8 juillet 2019 par son avocate italienne contre le refus des autorités italiennes, le 24 octobre 2018, de lui reconnaître la protection internationale, la protection subsidiaire et la protection humanitaire ; que les allégations du recourant sur le risque qu'il courrait en Nigéria ne sont pour le surplus en l'état nullement rendues vraisemblables ;

qu'il ne ressort par ailleurs pas de ce même acte que le recourant bénéficierait d'un droit de séjour en Italie ; que la carte d'identité italienne produite par le recourant n'incorpore notoirement pas ni n'atteste un tel droit de séjour, mais établit uniquement de l'identité, la nationalité et le lieu de résidence de son titulaire ;

que, certes, le 15 octobre 2018, le SEM avait refusé d'octroyer l'asile au recourant, que sa reprise par l'Italie était alors encore possible en vertu des accords de Dublin et de la procédure antérieure pendante en Italie ; qu'elle avait toutefois été mise en échec et avait expiré car celui-ci était devenu introuvable ;

que pour le surplus la chambre de céans a déjà jugé qu'en application notamment de l'art. 3 al. 1 et 2 de l'accord de réadmission la seule détention d'une carte d'identité italienne ne suffisait pas à lever une détention administrative, en l'absence de l'accord de autorités italiennes d'accepter la réadmission de l'intéressé (ATA/1273/2019 du 23 août 2019 consid. 5 ; A/3257/2022 précité consid. 5) ;

qu'elle elle a également jugé que c'était le permis de séjour, soit le document prévu par l'art. 23 du decreto legislativo n. 251 du 19 novembre 2007, qui était déterminant pour prouver le droit de séjourner en Italie (ATA/1347/2019 du 9 septembre 2019 consid. 7) ;

que le recourant ne rend ainsi pas vraisemblable qu'il courrait un danger au Nigéria ni qu'il pourrait être admis à séjourner en Italie, étant observé que les autorités helvétiques peuvent quoi qu'il en soit renvoyer l'intéressé dans le pays de leur choix (art. 69 al. 2 LEI ; A/3257/2022 précité consid. 5) ; qu'il a été reconnu par les autorités nigérianes, que les démarches pour son renvoi sont accomplies sans désemparer par les autorités suisses, de sorte que son renvoi vers le Nigéria apparaît possible ;

que le dépôt par le recourant d'une nouvelle demande d'asile en Suisse le 3 mars 2023 ne lui confère pas de titre de séjour et est sans incidence sur sa détention administrative ;

qu'il existe enfin un intérêt public à l'exécution de décisions judiciaires entrées en force, telle l'expulsion dont les conditions ont dans le cas présent été examinées le 28 avril

2022, soit à une époque où le recourant avait déjà allégué en Italie les risques qu'il dit aujourd'hui courir au Nigéria, par le Tribunal de police, jugement dont le recourant n'affirme pas qu'il aurait fait appel ;

que les chances de succès du recours n'apparaissent ainsi, a priori et sans préjudice de l'examen au fond, pas manifestes au point de justifier l'octroi de l'effet suspensif ;

qu'accorder l'effet suspensif au recours aurait par ailleurs pour corollaire la libération immédiate du recourant et prima facie un risque qu'il retourne dans la clandestinité et se soustraie à son renvoi ;

qu'ainsi, les conditions pour octroyer l'effet suspensif au recours, lequel n'est pas prévu par la loi et doit donc rester l'exception, ne sont en l'espèce pas réalisées ;

que le sort des frais de la procédure sera réservé jusqu'à droit jugé au fond ;

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette la demande d'effet suspensif au recours ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

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 la présente décision à Me Rocio Gonzalez, 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'ainsi qu'au centre Frambois LMC, pour information.

La présidente :

F. Payot Zen Ruffinen

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :