RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/188/2022 MC JTAPI/46/2022

JUGEMENT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

du 20 janvier 2022

dans la cause

Monsieur A_____, représenté par Me Andres MARTINEZ, avocat

contre

COMMISSAIRE DE POLICE

EN FAIT

1. Monsieur A_____, né le _____ 1984, est ressortissant de la Bolivie.

2. Il ressort de son casier judiciaire que, depuis 2013, il a été condamné par les instances pénales suisses à neuf reprises, principalement pour des infractions à la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20) (séjour illégal, entrée illégale, activité lucrative sans autorisation).

3. Par décision du 12 janvier 2016, dûment notifiée, l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) a prononcé le renvoi de Suisse de M. A_____, en application de l'art. 64 LEI, et lui a imparti un délai au 19 janvier 2016 pour quitter le territoire helvétique, faute de quoi les services de police pourraient être chargés d'exécuter immédiatement son renvoi et il pourrait faire l'objet de mesures de contrainte.

4. M. A_____ n'a pas respectée cette décision.

5. Le 15 août 2019, l'intéressé s'était fait notifier une interdiction d'entrée en Suisse et dans l'espace Schengen, prononcée par le Secrétariat d'Etat aux migrations (ci-après: SEM) le 14 août 2019 et valable jusqu'au 13 août 2023.

6. Il ressort des ordonnances pénales prononcées par le Ministère public genevois à son encontre les 3 juillet et 18 décembre 2019, que M. A_____ était divorcé, sans domicile fixe, exerçant une activité lucrative en tant que déménageur alors qu'il était démuni d'autorisation de travailler, et qu'il n'avait aucune attache avec la Suisse.

7. Le 27 mars 2021, l'intéressé a été contrôlé par l'administration fédérale des douanes sur l'autoroute A1, aire de repos de La Côte, Vaud. Les recherches dans les bases de données ont permis de constater qu'il faisait l'objet d'une non-admission de ressortissants tiers dans l'espace Schengen émise par l'Italie. Entendu par les gardes-frontières, M. A_____ a expliqué qu'il était entré en Suisse en janvier 2010 depuis l'Italie et qu'il n'avait jamais quitté notre pays depuis. Il travaillait de manière aléatoire comme déménageur et projetait de se marier en Suisse avec Madame B_____, avenue C_____, mais les démarches étaient compliquées. Il était divorcé et avait un enfant en Bolivie de 15 ans, alors qu'en Suisse il avait deux enfants, un fils de 5 ans et une fille de 3 mois. A la fin de l'audition, les gardes-frontière lui ont signifié qu'il avait un délai au 3 avril 2021 pour quitter le territoire Suisse.

8. Le 17 janvier 2022, les services de police du canton d'Uri ont interpellé M. A_____ dans une camionnette immatriculée à Genève. Lors de son audition, ce dernier a déclaré qu'il était en Suisse à cause de son travail comme déménageur et de sa famille. A ce sujet, il attendait des documents de la Bolivie pour pouvoir se

marier avec Mme B_____, né le 1_____ 1990, titulaire d'une autorisation d'établissement.

9. Le même jour, il a été placé en rétention administrative à 08h44 (art 73 LEI) par les services de police uranais pour une durée de 3 jours dans le but d'être acheminé à Genève le mercredi 19 janvier 2022 à 17h15.

10. Les recherches dans la base de données cantonale "CALVIN" par l'OCPM ont permis de constater qu'une certaine Madame B_____, née le 1_____ 1991, titulaire d'une autorisation d'établissement valable, était enregistrée à l'adresse C_____, avec deux enfants, dont la filiation paternelle n'était pas établie, et qu'aucune demande de mariage n'avait été enregistrée.

11. Un vol devant assurer le refoulement de l'intéressé en Bolivie a été confirmé pour le 1 février 2022 à 22h45 au départ de Zurich.

12. Le 19 janvier 2022, à 17h35, le commissaire de police a émis un ordre de mise en détention administrative à l'encontre de M. A_____ pour une durée d'un mois, en application de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 et 4 LEI.

    Au commissaire de police, l'intéressé a déclaré qu'il était d'accord de retourner en Bolivie.

13. Le commissaire de police a soumis cet ordre de mise en détention au Tribunal administratif de première instance (ci-après le tribunal) le même jour.

14. Entendu ce jour par le tribunal, M. A_____ a indiqué ne pas vouloir retourner en Bolivie car sa femme et ses deux enfants vivaient à Genève et il souhaitait rester auprès d'eux. Il n'était pas le père biologique du fils aîné de Mme B_____. Il n'avait pas reconnu sa fille née en _____ 2020 pour des raisons administratives car les démarches dans ce sens, qu'il devait faire en partie en Bolivie, avaient pris beaucoup de temps. Il souhaitait reconnaître sa fille. Il vivait au domicile de Mme B_____ depuis fin 2019. Il avait perdu son travail il y a trois mois et était actuellement sans emploi. Avec Mme B_____, ils avaient entrepris des démarches en 2020 en vue de se marier, mais elles n'avaient pas abouti. Ils étaient maintenant dans l'attente de documents boliviens afin de pouvoir recommencer des démarches dans ce sens. Il n'avait pas quitté la Suisse en 2016 car la situation en Bolivie était difficile. Il avait sa famille et un fils là-bas.

    Entendue à titre de renseignements, M. B_____ a déclaré être en couple avec M. A_____ depuis fin novembre 2019. Il habitait à son domicile, avec son fils aîné, depuis cette date. L'intéressé était bien le père de sa fille qu'il avait déjà tenté de reconnaître lorsqu'elle était enceinte. La reconnaissance n'avait pas pu se faire à ce jour en raison de problèmes administratifs. Elle avait bien l'intention d'épouser M. A_____. Là encore, pour des raisons administratives, ils n'avaient pas encore pu finaliser leurs démarches. Elle avait informé sa régie du fait que M. A_____ était

domicilié chez elle mais ne l'avait pas annoncé à l'OCPM car, à la Mairie de Meyrin, on lui avait indiqué que cela serait fait une fois les documents pour le mariage finalisés. Elle était disposée à continuer de le loger chez elle s'il devait être remis en liberté dans l'attente de son refoulement. M. A_____ contribuait à l'entretien de la famille. Son fils aîné le considérait comme son père.

Le représentant du commissaire de police a expliqué qu'ils avaient mentionné dans leur ordre de mise en détention que M. A_____ ne disposait pas d'adresse de domicile ni d'attaches avérées en Suisse, sur la base de leur dossier. Il n'y avait en effet pas d'indications officielles dans leur base de données quant à son domicile chez Mme B_____, avenue C_____. Il leur fallait notamment une attestation du logeur pour qu'ils puissent l'inscrire à cette adresse. Il a conclu à la confirmation de l'ordre de mise en détention pris à l'encontre de M. A_____. Sa détention était fondée dès lors qu'il n'avait jamais collaboré à son départ. Quand bien même des démarches en vue de régulariser sa situation seraient en cours, l'issue de ces dernières devait être attendue à l'étranger en application de l'art. 17 LEI. M. A_____ faisait par ailleurs l'objet d'une décision d'interdiction d'entrer en Suisse jusqu'au 13 août 2023, laquelle pourrait toutefois être levée en cas de régularisation de ses conditions de séjour. À titre subsidiaire, si la détention de l'intéressé devait être levée, il a conclu à ce que ce dernier se présente une fois par semaine au Vieil Hôtel de police, la première fois le 21 janvier 2022, ainsi qu'au dépôt d'une copie originale de son passeport auprès du greffe de FAVRA.

Interpellé à ce sujet, M. A_____ a indiqué avoir bien compris la position du représentant du commissaire de police. Aujourd'hui, il était d'accord de collaborer et prendrait place à bord du vol du 1er février 2022 en vue de son refoulement en Bolivie.

Le conseil de M. A_____ a conclu à la libération immédiate de son client, sa détention administrative étant disproportionnée. Il s'en est rapporté à justice s'agissant des conclusions subsidiaires prises par le commissaire de police.

EN DROIT

1. Le Tribunal administratif de première instance est compétent pour examiner d'office la légalité et l'adéquation de la détention administrative en vue de renvoi ou d'expulsion (art. 115 al. 1 et 116 al. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 7 al. 4 let. d de loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEI - F 2 10).

Il doit y procéder dans les nonante-six heures qui suivent l'ordre de mise en détention (art. 80 al. 2 de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 - LEI - RS 142.20 ; anciennement dénommée loi fédérale sur les étrangers - LEI ; 9 al. 3 LaLEI).

2. En l'espèce, le tribunal a été valablement saisi et respecte le délai précité en statuant ce jour, la rétention, dont la durée effective doit être prise en compte au titre du délai précité, lorsque, comme en l'occurrence, celle-ci est immédiatement suivie de détention (cf. Gregor CHATTON/Laurent MERZ, op. cit., n°22 p. 722 s), ayant débuté le 17 janvier 2022 à 08h44.

3. Il peut confirmer, réformer ou annuler la décision du commissaire de police ; le cas échéant, il ordonne la mise en liberté de l'étranger (art. 9 al. 3 LaLEI).

4. La détention administrative porte une atteinte grave à la liberté personnelle et ne peut être ordonnée que dans le respect de l'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) (cf. ATF 135 II 105 consid. 2.2.1) et de l'art. 31 de la Constitution fédérale 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 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_105/2016 du 8 mars 2016 consid. 5.1 ; 2C_951/2015 du 17 novembre 2015 consid. 2.1).

5. L'art. 76 al. 1 let. b LEI stipule que lorsqu'une décision de renvoi a été notifiée, l'autorité compétente peut, afin d'en assurer l'exécution, mettre en détention la personne concernée si des éléments concrets font craindre qu'elle entende se soustraire au renvoi, en particulier parce qu'elle ne se soumet pas à son obligation de collaborer (ch. 3) ou si son comportement permet de conclure qu'elle se refuse à obtempérer aux instructions des autorités (ch. 4).

6. Ces deux dispositions décrivent toutes deux des comportements permettant de conclure à l'existence d'un risque de fuite ou de disparition, de sorte que les deux éléments doivent être envisagés ensemble (arrêt du Tribunal fédéral 2C_128/2009 du 30 mars 2009 consid. 3.1).

   Selon la jurisprudence, un risque de fuite existe notamment lorsque l'étranger a déjà disparu une première fois dans la clandestinité (ATF 140 II 1 consid. 5.3 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_256/2013 du 10 avril 2013 consid. 4.2 ; 2C_806/2010 du 21 octobre 2010 consid. 2.1 ; 2C_743/2009 du 7 décembre 2009 consid. 4), qu'il tente d'entraver les démarches en vue de l'exécution du renvoi en donnant des indications manifestement inexactes ou contradictoires ou encore s'il laisse clairement apparaître, par ses déclarations ou son comportement, qu'il n'est pas disposé à retourner dans son pays d'origine (cf. ATF 140 II 1 consid. 5.3 ; 130

II 56 consid. 3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_1139/2012 du 21 décembre 2012 consid. 3.2 ; ATA/315/2014 du 2 mai 2014).

Lorsqu'il existe un risque de fuite, le juge de la détention administrative doit établir un pronostic en déterminant s'il existe des garanties que l'étranger prêtera son concours à l'exécution du renvoi, soit qu'il se conformera aux instructions de l'autorité et regagnera ainsi son pays d'origine le moment venu, c'est-à-dire lorsque les conditions seront réunies. Dans ce cas, le juge de la détention dispose d'une certaine marge d'appréciation (arrêt du Tribunal fédéral 2C.400/2009 du 16 juillet 2009 consid. 3.1).

7. Comme le prévoit expressément l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 LEI, il faut qu'il existe des éléments concrets en ce sens (ATF 140 II 1 consid. 5.3 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_256/2013 du 10 avril 2013 consid. 4.2 ; 2C_142/2013 du 1er mars 2013 consid. 4.2 ; 2C_1017/2012 du 30 octobre 2012 consid. 4.1.1 ; ATA/315/2014 du 2 mai 2014). Ne constituent pas des éléments suffisants le seul fait que l'étranger soit entré en Suisse de façon illégale ou le fait qu'il soit démuni de papiers d'identité (cf. ATF 129 I 139 consid. 4.2.1). De même, le fait de ne pas quitter le pays dans le délai imparti à cet effet n'est pas à lui seul suffisant pour admettre un motif de détention au sens de l'art. 76 al. 1 ch. 3 ou 4 LEI, mais peut tout au plus constituer un indice parmi d'autres en vue d'établir un risque de fuite (ATF 140 II 1 consid. 5.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_142/2013 du 1er mars consid. 4.2 in fine ; ATA/315/2014 du 2 mai 2014). En effet, si tel était le cas, il aurait appartenu au législateur d'indiquer expressément à l'art. 76 al. 1 LEI que le non-respect du délai de départ constitue à lui seul un motif justifiant la mise en détention de l'étranger (arrêt du Tribunal fédéral 2C_478/2012 du 14 juin 2012 consid. 2.2 et les références citées). Dans la même ligne, le fait de travailler au noir ne constitue pas non plus un indice d'un risque de fuite (ATF 140 II 1 consid. 5.4.2 p. 5). A l'inverse, la circonstance que la personne concernée s'est tenue, assez longtemps et de manière ininterrompue, en un endroit stable à la disposition des autorités plaide en défaveur du risque de fuite (arrêt du Tribunal fédéral 2C_478/2012 du 14 juin 2012 consid. 2.2 et les références citées).

8. En l'occurrence, M. A_____ se trouve sur le territoire helvétique depuis 2010 malgré neuf condamnations pour séjour illégal. Il fait l'objet d'une décision de renvoi de Suisse définitive et exécutoire prise le 12 janvier 2016 à laquelle il ne s'est pas conformé, pas plus qu'il ne s'est conformé à l'injonction de quitter la Suisse d'ici au 3 avril 2021 que lui ont donné les gardes-frontières. Il a ainsi démontré par son comportement son absence de collaboration et qu'il n'était pas disposé à retourner dans son pays d'origine.

Cela étant, il doit également être relevé que l'intéressé dispose d'un domicile fixe à Genève depuis fin 2019. Même si ce domicile n'a pas formellement été annoncé à l'OCPM, il ressort du dossier du commissaire de police et force est donc d'admettre qu'il était connu de ce dernier. Or, il n'apparait pas que l'intéressé aurait

cherché délibérément à se soustraire à un entretien en ne donnant pas suite à une convocation dûment adressée à cette adresse, avant le prononcé de l'ordre de mise en détention litigieux. Rien ne permet au surplus de retenir qu'il n'était pas joignable ou qu'il n'aurait pas pu être aisément contacté à ladite adresse. Il a d'ailleurs communiqué ladite adresse à l'administration fédérale des douanes, le 27 mars 2021, démontrant par là qu'il n'entendait pas disparaitre dans la clandestinité.

Dans ces conditions, on peut douter que les conditions d'application de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 et 4 LEtr soient remplies, dans la mesure où il n'est en l'état pas démontré par des faits ou indices concrets que l'intéressés était inatteignable par les autorités ou qu'ils auraient refusé de se rendre à des convocations, et donc qu'il existe un risque de fuite au sens de cette disposition légale. Quoi qu'il en soit, cette question peut souffrir de demeurer indécise.

9. En effet, même si un motif de détention existe, la mise en détention doit respecter le principe de la proportionnalité (cf. ATA/201/2017 du 16 février 2017 consid. 6).

10. 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 Cst. et art. 80 et 96 LEI ; 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). Il convient en particulier d'examiner, en fonction de l'ensemble des circonstances concrètes, si la détention en vue d'assurer l'exécution d'un renvoi ou d'une expulsion constitue une mesure appropriée et nécessaire (cf. art. 5 par. 1 let. f CEDH ; ATF 143 I 147 consid. 3.1 ; 142 I 135 consid. 4.1 ; 134 I 92 consid. 2.3 et 133 II 1 consid. 5.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_672/2019 du 22 août 2019 consid. 5.4 ; 2C_765/2015 du 18 septembre 2015 consid. 5.3) 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 (cf. 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 ; cf. aussi ATF 130 II 425 consid. 5.2).

11. En l'occurrence, au vu de la situation personnelle de M. A_____, qui vit en concubinage avec sa compagne au bénéfice d'un permis d'établissement, le fils de cette dernière et leur fille commune, depuis fin 2019, comme dûment attesté lors de l'audience de ce jour, qui dispose ainsi non seulement d'un domicile connu à Genève mais également d'attaches familiales fortes et qui n'a jamais disparu dans la clandestinité, il faut considérer qu'une mise en détention ne se justifie pas sous cet angle. On peut en effet retenir que le risque que M. A_____, qui entend se marier avec Mme B_____ et régulariser sa situation aux fins de pouvoir, à terme, demeurer à Genève auprès de l'intéressée et de ses enfants, disparaisse dans la clandestinité est suffisamment faible pour qu'il soit remis en liberté.

Cela étant, on ne peut pas sans autre prononcer cette mise en liberté. Il faut en effet tenir compte en particulier du risque d'une non-représentation le 1er février 2022, date du vol devant le renvoyer en Bolivie en l'assortissant de mesures d'aménagement pour y pallier, soit en substituant à la détention d'autres mesures moins incisives, sous la forme d'une assignation territoriale, selon l'art. 74 LEI, et/ou d'une ou plusieurs des mesures prévues par l'art. 64e LEI, lesquelles, selon la jurisprudence de la chambre administrative, peuvent être ordonnées par le tribunal, en vertu de son pouvoir de réforme (cf. ATA/471/2017 du 27 avril 2017 ; ATA/442/2017 du 19 avril 2017 ; ATA/201/2017 du 16 février 2017 consid. 6, la disposition légale et les arrêts cités).

Compte tenu de ce qui précède, l'ordre de mise en détention administrative pris par le commissaire de police sera annulé. La détention administrative sera levée et M. A_____ remis en liberté.

Néanmoins, à ce stade, il lui sera fait obligation de déposer une copie originale de son passeport bolivien auprès du greffe de Favra d'ici au 21 janvier 2022 et de se présenter une fois par semaine, la première fois le 21 janvier 2022, auprès du Vieil Hôtel de Police de Carl-Vogt, Bd Carl-Vogt 17, 1205 Genève.

Enfin, l'attention de M. A_____ sera attirée sur le fait que le non-respect de ces obligations pourra entrainer un nouvel examen de sa situation, susceptible de conduire à sa mise en détention (cf. en particulier art. 76 al. 1 let. b ch. 1 cum 75 al. 1 let. b LEI en cas de non-respect d'une éventuelle mesure d'assignation prise en application de l'art. 74 LEI).

12. Conformément à l'art. 9 al. 6 LaLEI, le présent jugement sera communiqué à M. A_____, à son avocat et au commissaire de police. En vertu des art. 89 al. 2 et 111 al. 2 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), il sera en outre communiqué au secrétariat d'État aux migrations.

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

1. annule l'ordre de mise en détention administrative pris par le commissaire de police le 19 janvier 2022 à 17h35 à l'encontre de Monsieur A_____ pour une durée d'un mois ;

2. ordonne la mise en liberté immédiate de Monsieur A_____ ;

3. fait obligation à Monsieur A_____ de déposer, au plus tard le 21 janvier 2022, une copie originale de son passeport bolivien auprès du greffe de Favra ;

4. fait obligation à Monsieur A_____ de se présenter une fois par semaine, la première fois le 21 janvier 2022, auprès du Vieil Hôtel de Police de Carl-Vogt, Bd Carl-Vogt 17, 1205 Genève ;

5. dit que, conformément aux art. 132 LOJ, 10 al. 1 LaLEI et 65 LPA, le présent jugement est susceptible de faire l'objet d'un recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (10 rue de Saint-Léger, case postale 1956, 1211 Genève 1) dans les dix jours à compter de sa notification. L'acte de recours doit être dûment motivé et contenir, sous peine d'irrecevabilité, la désignation du jugement attaqué et les conclusions du recourant. Il doit être accompagné du présent jugement et des autres pièces dont dispose le recourant.

Au nom du Tribunal :

La présidente

Marielle TONOSSI

Copie conforme de ce jugement est communiquée à Monsieur A_____, à son avocat, au commissaire de police et au secrétariat d'État aux migrations.

Genève, le La greffière