RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2237/2022 MC JTAPI/719/2022

JUGEMENT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

du 8 juillet 2022

dans la cause

Monsieur A_____, représenté par Me Philippe GIROD, avocat

contre

COMMISSAIRE DE POLICE

EN FAIT

1. Le 22 juillet 2013, Monsieur A_____, né le _____ 1988 et originaire de Gambie, a déposé en Suisse une demande d'asile, laquelle a fait l'objet d'une décision de non-entrée en matière et de renvoi. La prise en charge et l'exécution du renvoi de M. A_____ avaient été confiées au canton d'Argovie. Le transfert de M. A_____, dans le cadre des Accords Dublin n'avait pu avoir lieu en raison de sa disparition.

2. Le 7 septembre 2016, M. A_____ a été réadmis en Italie. Par ailleurs, M. A_____ a fait l'objet d'une interdiction d'entrée en Suisse valable jusqu'au 6 septembre 2020, qui lui a été notifiée le 5 septembre 2016.

3. Le 19 juillet 2021, M. A_____ s'est vu notifier par l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : l'OCPM) une décision de renvoi de Suisse immédiatement exécutoire.

4. Entre le 17 juillet 2013 et le 28 avril 2022, M. A_____ a été condamné cinq fois, pour entrée illégale, séjour illégal, recel (art. 160 ch. 1 al. 1 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 - CP - RS 311.0), contravention, délit et crime contre la loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951 (LStup - RS 812.121).

   La dernière condamnation dont M. A_____ a fait l'objet le 28 avril 2022 était assortie d'une mesure d'expulsion de Suisse pour une durée de 5 ans, mesure que l'autorité administrative compétente a décidé de ne pas reporter. Il ressortait des pièces du dossier que M. A_____, qui est titulaire d'un titre de séjour délivré par les autorités italiennes, n'avait aucun lieu de résidence fixe en Suisse, ni aucun lien particulier avec ce pays, ni non plus aucune source légale de revenu.

5. Durant la détention pénale de M. A_____, les autorités chargées de l'exécution de son refoulement ont procédé aux démarches relatives à sa réadmission en Italie, laquelle a été acceptée par les autorités italiennes.

   M. A_____ ayant été testé positivement positif au COVID-19, le secrétariat d'État aux migrations (ci-après : le SEM) a indiqué que son transfert en Italie, initialement organisé à sa sortie de prison, devait être annulé. Son transfert serait possible lorsque M. A_____ ne serait plus positif au COVID-19.

6. Le 6 juillet 2022, à sa sortie de prison, M. A_____ a été remis entre les mains des services de police en vue de son refoulement.

7. Le même jour, à 14h25, le commissaire de police a émis un ordre de mise en détention administrative à l'encontre de M. A_____ pour une durée de quatre semaines, en application de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 1 de la loi fédérale sur les

étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20) en lien avec l'art. 75 al. 1 let. g et h LEI, ainsi que de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 et 4 LEI.

Au commissaire de police, M. A_____ a déclaré qu'il ne s'opposait pas à son renvoi en Italie.

8. 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.

9. Entendu ce jour par le tribunal, M. A_____ a déclaré qu'il était toujours d'accord de retourner en Italie et qu'à ce jour il n'avait pas de symptômes du Covid-19.

La représentante du commissaire de police a expliqué qu'il avait été prévu qu'au moment de la sortie de détention pénale prévue le 6 juillet 2022. M. A_____ soit directement acheminé par véhicule à la frontière entre l'Italie et la Suisse, soit à B_____. Toutefois, malgré le fait que les tests négatifs au Covid-19 n'étaient plus exigés par l'Italie, un test avait tout de même été demandé en application de l'ancienne directive, et comme son résultat s'était révélé positif, le SEM avait décidé d'annuler l'ordre de transfert.

Concernant la décision du SEM d'annuler le transfert de M. A_____ malgré le fait que les autorités italiennes n'exigeaient pas la production d'un test négatif, elle n'était pas en mesure d'indiquer au tribunal sur quelle directive elle se fondait.

Un nouveau test devait ainsi être effectué la semaine prochaine et dans l'hypothèse où il serait négatif, il conviendrait alors de procéder aux démarches visant à acheminer l'intéressé en Italie.

Elle a également précisé qu'un renvoi par avion n'était pas prévu par la procédure dès lors que les réadmissions se faisaient par la voie terrestre, contrairement aux procédures Dublin.

Les réacheminements par JTS avaient lieu une fois par semaine, les mercredis. Une nuit à la Stampa précédait le transfert des intéressés aux autorités italiennes qui avait lieu le jeudi. Elle a ajouté qu'un acheminement direct par la BMR ne pourrait être organisé que selon les disponibilités du service en terme d'effectifs. Ce type d'acheminement évitait la nuit à la Stampa. C'était d'ailleurs ce qui avait initialement été prévu pour M. A_____ pour lui éviter une détention administrative.

Elle a encore rappelé que dans le cadre des accords de réadmissions, il était indispensable de suivre la procédure qui consistait à amener l'intéressé à la frontière en en informant les autorités italiennes. Elle a confirmé que les autorités italiennes avaient d'ores et déjà accepté la réadmission de M. A_____ sur leur territoire. Elle a enfin souligné que les autorités suisses devaient exécuter la mesure d'expulsion prononcée par les autorités pénales.

Pour le surplus, elle a conclu à la confirmation de l'ordre de mise en détention administrative pour une durée de quatre semaines.

Le conseil de M. A_____ a indiqué que son client qui était d'accord de retourner en Italie, s'opposait à sa détention administrative et a conclu à sa mise en liberté immédiate. La question de la légalité de la décision du SEM d'annuler le transfert se posait et compte tenu des éléments du dossier le principe de proportionnalité n'était pas respecté.

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 - LaLEtr - 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 - LEtr ; 9 al. 3 LaLEtr).

2. En l'espèce, le tribunal a été valablement saisi et respecte le délai précité en statuant ce jour, la détention administrative ayant débuté le 6 juillet 2022 à 14h00.

3. Le tribunal se prononce au terme d'une procédure orale (art. 9 al. 5 LaLEtr) ; 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 LaLEtr).

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. Selon l'art. 76 al. 1 let. b ch. 1 LEI, en lien avec l'art. 75 al. 1 let. g et 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 lorsque elle menace sérieusement d'autres personnes ou met gravement en danger leur vie ou leur intégrité corporelle et fait l'objet d'une poursuite pénale ou a été condamnée pour ce motif (let. g), respectivement lorsqu'elle 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).

6. Une mise en détention administrative est aussi envisageable si des éléments concrets font craindre que la personne entend se soustraire au renvoi ou à l'expulsion, en particulier parce qu'elle ne se soumet pas à son obligation de collaborer en vertu de l'art. 90 LEI (art. 76 al. 1 let. b ch. 3 LEI), ou encore si son comportement permet de conclure qu'elle se refuse à obtempérer aux instructions des autorités (art. 76 al. 1 let. b ch. 4 LEI).

7. Selon l'art. 79 al. 1 LEI, la détention 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) ou lorsque l'obtention des documents nécessaires au départ auprès d'un État qui ne fait pas partie des États Schengen prend du retard (art. 79 al. 2 let. b LEI).

8. 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). 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 CEDH ; ATF 143 I 147 consid. 3.1 ; 142 I 135 consid. 4.1 ; 134 I 92 consid. 2.3 , 133 II 1 consid. 5.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_672/2019 du 22 août 2019 consid. 5.4 ; 2C_263/2019 du 27 juin 2019 consid. 4.1 ; 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).

9. 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 (cf. arrêt du

Tribunal fédéral 2A.581/2006 du 18 octobre 2006 ; ATA/611/2021 du 8 juin 2021 consid. 5a ; ATA/1367/2020 du 24 décembre 2020 consid. 7 et les références citées).

10. En l'occurrence, M. A_____ fait l'objet d'une mesure d'expulsion judiciaire ordonnée par le Tribunal de police le 28 avril 2022, laquelle est exécutoire. Il a en outre notamment été condamné pour infraction grave à la LStup, laquelle est constitutive d'un crime au sens de l'art. 10 al. 2 CP et susceptible de mettre sérieusement en danger la vie ou leur intégrité corporelle d'autres personnes (art. 75 al. 1 let. g LEI). Sa détention administrative se justifie donc sous l'angle des art. 75 al. 1 let. g et h cum 76 al. 1 let. b ch. 1 LEI déjà, sans qu'il ne soit nécessaire d'examiner si les conditions de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 et 4 LEI.

Le principe de la légalité est ainsi respecté.

Ayant entrepris les démarches nécessaires, en sollicitant et en obtenant l'accord des autorités italiennes en vue de la réadmission de M. A_____ puis en organisant son transfert vers l'Italie pour le 6 juillet 2022, pendant sa détention pénale, la police a respecté son obligation découlant de l'art. 76 al. 4 LEI. Toutefois, en soumettant l'intéressé à un test COVID-19 avant sa sortie de prison, alors même que cette mesure n'est plus requise ni par les autorités suisses ni par les autorités italiennes, puis au vu du résultat positif de ce test, en décidant d'annuler le transfert de M. A_____ prévu le 6 juillet 2022, les autorités ont fait preuve d'un excès de zèle critiquable et contrevenu par-là au principe de diligence.

Cela étant, l'assurance de l'exécution du refoulement de M. A_____ répond à un intérêt public certain et, compte tenu de ses nombreuses condamnations pénales, aucune autre mesure moins incisive que la détention ne peut être envisagée pour garantir son expulsion, étant rappelé que les autorités suisses doivent s'assurer du fait qu'il quittera effectivement le territoire à destination de l'Italie (cf. not. art. 8 par. 6 de la Directive sur le retour et 15f de l'ordonnance sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers du 11 août 1999 - OERE - RS 142.281), laquelle est apte à atteindre ce but et est proportionnée au sens étroit, l'intérêt de l'intéressé à être libéré devant céder le pas à l'intérêt public à son renvoi.

En revanche, au vu des circonstances, la durée de la détention administrative de quatre semaines décidée par le commissaire de police n'est pas proportionnée et doit dès lors être réduite au temps strictement nécessaire pour assurer le transfert de M. A_____ à la frontière italienne soit par la BMR, tel qu'initialement prévu, soit par convoyage JTS, et ce sans attendre la réalisation d'un nouveau test COVID-19 ni son résultat négatif, puisque cette exigence a désormais été abandonnée par les autorités des deux pays concernés et ne repose donc actuellement sur aucune disposition en vigueur.

En conséquence, la durée de l'ordre de mise en détention sera ramenée à huit jours, soit jusqu'au 14 juillet 2022.

11. Au vu de ce qui précède, il y a lieu de confirmer l'ordre de mise en détention administrative de M. A_____ mais pour une durée de huit jours.

12. Conformément à l'art. 9 al. 6 LaLEtr, 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. confirme l'ordre de mise en détention administrative pris par le commissaire de police le 6 juillet 2022 à l'encontre de Monsieur A_____ pour une durée de huit jours, soit jusqu'au 14 juillet 2022 ;

2. dit que, conformément aux art. 132 LOJ, 10 al. 1 LaLEtr 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

Caroline DEL GAUDIO-SIEGRIST

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, La greffière