RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3296/2023 MC JTAPI/1149/2023

JUGEMENT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

du 20 octobre 2023

dans la cause

Monsieur A_____, représenté par Me Kaveh MIRFAKHRAEI, avocat

contre

COMMISSAIRE DE POLICE

EN FAIT

1. Monsieur A_____, né le _____ 1995, est originaire du Sénégal.

2. Le 11 octobre 2023, alors qu'il était en possession de son passeport national et d'un titre de séjour espagnol de type « residencia larga duracion » valables, il a été interpellé par les services de police genevois, dans le quartier des Pâquis.

3. Il ressort notamment du rapport de police établi à cette occasion qu'il a été arrêté par les policiers - lesquels effectuaient une patrouille préventive dans le cadre d'une opération de lutte contre le trafic de stupéfiants - après avoir pris contact et procédé à un échange de la main à la main avec un badaud. Ce dernier, également interpellé, a expliqué avoir acheté une galette de crack contre la somme de CHF 30.- à M. A_____ qu'il a formellement identifié sur planche photographique.

4. A leur arrivée au Vieil Hôtel de Police, les inspecteurs ont entendu le téléphone de M. A_____ sonner et ont répondu à l'appel : une femme leur a alors demandé dans combien de temps M. A_____ « serait là pour lui vendre une galette de crack ». Convoquée au poste de police, la femme en question, après avoir reconnu M. A_____ sur planche photographique, a déclaré qu'elle avait acheté à ce dernier du crack à trois occasions (une galette contre CHF 40.- à chaque fois), la première fois plusieurs mois auparavant.

5. A l'occasion de son audition par la police, M. A_____ a reconnu la vente du jour du caillou de crack contre la somme de CHF 30.-. Après avoir été informé qu'il avait été formellement mis en cause par la toxicomane dont le numéro de téléphone était enregistré dans son portable sous le nom de « maman cool », il a déclaré ne lui avoir vendu qu'un seul caillou de crack.

   Il a encore précisé que l'argent trouvé en sa possession provenait pour partie du trafic de drogue et que lui-même consommait parfois du crack, à raison d'un ou deux cailloux par semaine. Il se trouvait en Suisse depuis quinze jours et y était arrivé en train depuis l'Espagne. Il n'était au bénéfice d'aucune autorisation de séjour en Suisse et n'avait formulé aucune demande après de l'office cantonal de la population et de migrations de Genève (ci-après : OCPM) en ce sens. Il subvenait à ses besoins grâce à ses économies personnelles (environ EUR 300.-). Il était sans domicile fixe en Suisse, pays avec lequel il n'avait aucun lien.

6. Prévenu d'infractions à la loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951 (LStup - RS 812.121 ; trafic de stupéfiants) et à la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20), il a été mis, sur ordre du commissaire de police, à disposition du Ministère public.

7. Par décision déclarée exécutoire nonobstant recours du 12 octobre 2023, dûment notifiée, l'OCPM a prononcé le renvoi de Suisse de M. A_____, en application de l'art. 64 LEI, et a chargé les services de police de procéder à l'exécution de cette mesure dès sa remise en liberté.

8. Le 12 octobre 2023, par ordonnance pénale, le Ministère public a condamné M. A_____ pour les faits ayant conduit à son arrestation, le reconnaissant coupable notamment d'infraction à l'art. 19 al. 1 let. c LStup.

9. Le même jour, M. A_____ a été libéré par les autorités pénales et remis entre les mains des services de police en vue de son refoulement.

10. Ces derniers ont immédiatement demandé au secrétariat d'Etat aux migrations (ci-après : SEM), soit pour lui swissREPAT, de réserver un vol à destination de l'Espagne en faveur de M. A_____, lequel vol a été confirmé pour le 18 octobre 2023 au départ de Genève.

11. Le 12 octobre 2023 également, à 17h50, le commissaire de police a émis un ordre de mise en détention administrative à l'encontre de M. A_____ pour une durée de trois semaines sur la base de l'art. 75 al. 1 let. g et 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 ; anciennement dénommée loi fédérale sur les étrangers - LEtr).

    Au commissaire de police, M. A_____ a déclaré qu'il ne s'opposait pas à son retour en Espagne. Il était en outre d'accord que le Tribunal administratif de première instance renonce à la procédure orale, après que le commissaire de police eût attiré son attention sur la teneur de l'art. 80 al. 3 LEI.

    Selon le procès-verbal du commissaire de police, la détention administrative pour des motifs de droit des étrangers a débuté à 17h30.

12. 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, par courriel.

13. A réception de l'ordre de mise en détention, le tribunal a invité le conseil de M. A_____ désigné d'office pour la défense de ses intérêts (cf. art. 12 al. 2 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10), à lui communiquer ses éventuelles observations écrites d'ici au 16 octobre 2023 à 08h00.

14. Par courrier adressé par télécopie au tribunal dans le délai imparti, le conseil de M. A_____ a présenté des observations.

15. M. A_____ avait été condamné le 12 octobre 2023 pour avoir vendu un caillou de crack pour CHF 30.- et trois galettes de crack pour CHF 120.-, ainsi que pour

avoir consommé du crack. Aucun matériel de conditionnement n'avait été trouvé par la police et l'intéressé n'avait pas d'antécédent judiciaire. Compte tenu du fait que sa condamnation ne concernait que de petites quantités de drogue dure, qu'il en était lui-même consommateur et qu'il ne disposait pas de matériel de conditionnement, le risque de réitération, au sens où l'entendait la jurisprudence rendue sur la base des dispositions légales invoquées dans la décision litigieuse, devait être écarté.

16. Par jugement du 16 octobre 2023 rendu dans le cadre de la procédure écrite (JTAPI/1124/2023), le tribunal a confirmé l'ordre de mise en détention administrative émis par le commissaire de police le 12 octobre 2023 à 17h50 à l'encontre de M. A_____ pour une durée de trois semaines, soit jusqu'au 1er novembre 2023.

17. Par courriel du 18 octobre 2023, le commissaire de police a informé le tribunal que M. A_____ n'avait pas pu quitter la Suisse ce jour, dans la mesure où les autorités espagnoles n'avaient pas encore consenti à sa réadmission sur leur territoire, et que le vol réservé en sa faveur avait dû être annulé.

18. Le tribunal a dès lors convoqué M. A_____ afin de l'entendre oralement. Lors de l'audience qui s'est tenue le 19 octobre 2023, celui-ci a indiqué qu'il était innocent des infractions retenues contre lui par l'ordonnance pénale du 12 octobre 2023. Tout ce qu'il demandait, c'était de pouvoir retourner chez lui en Espagne aussi rapidement que possible. Il soumettait à l'attention du tribunal le fait qu'on lui avait fourni deux informations différentes lorsqu'il avait vu le commissaire de police, à savoir qu'il faisait l'objet d'une interdiction valable dix-huit mois, puis que cette interdiction était valable pendant cinq ans.

    La représentante du commissaire de police a produit lors de l'audience diverses pièces supplémentaires, dont l'accord donné par les autorités espagnoles le 18 octobre 2023 pour la réadmission de M. A_____, un courriel du SEM du même jour qui rappelait la nécessité d'une réservation réservant un délai minimum de cinq jours ouvrables pour la communication de la date du vol à l'office DUBLIN, ainsi que la réservation du vol lui-même qui était prévu le 26 octobre 2023 au départ de Genève. La représentante du commissaire de police a expliqué que M. A_____ faisait l'objet d'une interdiction de pénétrer dans le canton de Genève pendant dix-huit mois et d'une interdiction d'entrée prononcée par le secrétariat d'Etat aux migrations pour une durée de cinq ans. Elle a demandé la confirmation de l'ordre de mise en détention administrative prononcé le 12 octobre 2023 à l'encontre de M. A_____ pour une durée de trois semaines.

    L'intéressé, par l'intermédiaire de son conseil, a conclu à l'annulation de l'ordre de mise en détention administrative prononcé le 12 octobre 2023 à son encontre et à sa mise en liberté immédiate, étant précisé que dans sa plaidoirie, son conseil a

indiqué que M. A_____ l'avait chargé de faire opposition à l'ordonnance pénale du 12 octobre 2023.

EN DROIT

1. Le tribunal est compétent pour examiner d'office la légalité et l'adéquation de la détention administrative (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 LaLEtr).

2. Il statue en principe au terme d'une procédure orale (cf. art. 80 al. 2 LEI et 9 al. 5 LaLEtr).

3. En l'espèce, le tribunal a statué le 16 octobre 2023 au terme d'une procédure écrite en application de l'art. 80 al. 3 LEI. Dans la mesure toutefois où le renvoi de l'intéressé ne pourra pas être exécuté dans le délai de huit jours précité, le tribunal se prononce à nouveau après l'avoir entendu oralement, le 19 octobre 2023, conformément à la procédure prévue par l'art. 80 al. 3 LEI.

4. Le tribunal 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).

5. Selon l'art. 76 al. 1 let. b LEI, lorsqu'une décision de renvoi ou d'expulsion a été notifiée, l'autorité compétente peut, afin d'en assurer l'exécution, placer la personne concernée en détention administrative, notamment si celle-ci 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 (ch. 1 renvoyant à l'art. 75 al. 1 let. g LEI).

6. Selon la jurisprudence constante, la participation à un trafic de stupéfiant comme de l'héroïne ou de la cocaïne constitue une menace pour les tiers et une grave mise en danger de leur vie ou de leur intégrité (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_293/2012 du 18 avril 2012; 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).

   Comme la loi exige une menace sérieuse ou une mise en danger grave de la vie ou de l'intégrité corporelle d'autres personnes, il faut que le comportement répréhensible revête une certaine intensité. Les infractions, y compris en relation avec les stupéfiants, qui apparaissent comme des cas bagatelles ne suffisent pas (arrêts du Tribunal fédéral 2C_293/2012 du 18 avril 2012 consid. 4.3 ;

2A.35/2000 du 10 février 2000 consid. 2b/bb ; 2A.450/1995 du 3 novembre 1995 consid. 5a). Enfin, comme la disposition est tournée vers le futur et tend à empêcher que l'étranger continue son comportement dangereux, il faut en outre faire un pronostic pour déterminer si, sur la base des circonstances connues, il existe un risque sérieux que d'autres mises en danger graves se reproduisent (arrêts du Tribunal fédéral 2C_293/2012 du 18 avril 2012 consid. 4.3 ; 2A.480/2003 du 26 août 2004 consid. 3.1 et les nombreuses références citées).

Un tel pronostic s'impose tout particulièrement en matière de stupéfiants, lorsqu'une procédure pénale a démontré que l'étranger s'est livré à un trafic de drogues dures, mais qui ne portait que sur de faibles quantités ; dans un tel cas de figure, il faut se demander s'il s'agit seulement d'un comportement coupable isolé ou s'il existe un risque que l'intéressé poursuive son trafic. En effet, la détention en phase préparatoire n'est pas d'emblée exclue en présence de petits trafiquants, s'ils présentent un risque de récidive (arrêts du Tribunal fédéral 2C_293/2012 du 18 avril 2012 consid. 4.3 ; 2A.480/2003 du 26 août 2004 consid. 3.5). Il est fréquent que les petits revendeurs ne soient jamais en possession d'une grande quantité de stupéfiants, ce qui ne les empêche pas de procéder constamment à du trafic, de sorte qu'en peu de temps, ils parviennent à écouler une grande quantité de drogue. Or, un tel comportement constitue une mise en danger grave de la vie ou de l'intégrité corporelle des personnes permettant de justifier une détention en phase préparatoire (cf. ATF 125 II 369 consid. 3b/bb ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_293/2012 du 18 avril 2012 consid. 4.3 ; 2A.35/2000 du 10 février 2000 consid. 2b/bb ; 2A.450/1995 du 3 novembre 1995 consid. 5b). En revanche, celui qui n'a agi que de manière isolée avec une petite quantité de stupéfiants ne représente pas encore un danger grave pour la vie ou l'intégrité corporelle d'autres personnes (arrêts du Tribunal fédéral 2C_293/2012 du 18 avril 2012 consid. 4.3 ; 2A.480/2003 du 26 août 2004 consid. 3.1 in fine ; 2A.35/2000 du 10 février 2000 consid. 2b/bb; 2A.450/1995 du 3 novembre 1995 consid. 3b).

Il en découle qu'un petit dealer condamné une fois pour trafic d'une faible quantité de drogue dure peut parfaitement tomber sous le coup de l'art. 75 al. 1 let. g LEI, indépendamment du fait qu'il ne remplit pas les conditions figurant à l'art. 19 al. 2 LStup, lorsque les circonstances dénotent un risque qu'il continue son trafic. Partant, le fait que l'intéressé ait été en possession d'une quantité en elle-même insuffisante, selon la jurisprudence (cf. ATF 109 IV 143 consid. 3b) à entraîner l'application de l'art. 19 al. 2 let. a LStup n'est pas pertinent, étant relevé que cette disposition pénale suppose une mise en danger de la santé de nombreuses personnes, alors que l'art. 75 al. 1 let. g LEI met l'accent sur la gravité de la mise en danger et non sur le nombre de personnes susceptibles d'être touchées (arrêt du Tribunal fédéral 2C_293/2012 du 18 avril 2012 consid. 4.3).

Dans cette mesure, le Tribunal fédéral a jugé que la position de la chambre administrative de Cour de justice, qui se fondait sur sa jurisprudence selon

laquelle le seul fait que l'intéressé ait été condamné pénalement pour trafic de cocaïne, soit une drogue "dure", justifiait l'application de l'art. 75 al. 1 let. g LEI, ne pouvait être suivie. Il ressortait des principes exposés ci-dessus qu'en présence d'un petit dealer n'ayant été condamné qu'une fois pour un trafic d'une faible quantité de stupéfiants (même de drogues dures), il convenait d'examiner l'ensemble des circonstances, afin de former un pronostic sur le risque de réitération. Ce n'était qu'en présence d'indices concrets en ce sens que l'on pouvait retenir pour l'avenir une grave mise en danger de la vie ou de l'intégrité d'autres personnes, ce qui était la condition à une mise en détention en phase préparatoire au sens de l'art. 75 al. 1 let. g LEI (arrêt du Tribunal fédéral 2C_293/2012 du 18 avril 2012 consid. 4.5).

7. En l'occurrence, le trafic de crack pour lequel a été condamné M. A_____ portait sur une petite quantité de drogue au sens de la jurisprudence mentionnée ci-dessus. Cela étant, les circonstances dans lesquelles il dit être arrivé en Suisse, sans but apparent et en n'était possesseur, au moment de son arrestation, que d'économies très faibles, tout en étant par ailleurs consommateur de crack, laissent peu de doutes sur la facilité avec laquelle M. A_____, s'il était remis en liberté, réitérerait son comportement répréhensible. Le tribunal a déjà exposé dans son jugement du 16 octobre 2023 les raisons pour lesquelles le fait qu'il ne disposait pas de matériel de conditionnement le fait qu'il est lui-même consommateur de cette drogue n'empêchent pas de retenir un tel risque.

8. A l'audience du 19 octobre 2023, M. A_____ a indiqué être innocent des infractions retenues contre lui dans l'ordonnance pénale du 12 octobre 2023, à laquelle il comptait s'opposer. Contrairement à ce qu'il a soutenu à ce sujet dans sa plaidoirie, ces éléments n'ont nullement pour effet d'empêcher l'application des art. 75 al. 1 let. g et 76 al. 1 let. b LEI, qui, à teneur de leur texte clair, trouvent application non seulement lorsque la personne concernée a été *condamnée* pour une infraction menaçant sérieusement d'autres personnes ou mettant gravement en danger leur vie ou leur intégrité corporelle, mais également lorsqu'elle fait l'objet d'une *poursuite pénale* pour une telle infraction. Par conséquent, quand bien même M. A_____ ferait opposition à l'ordonnance pénale du 12 octobre 2023 et l'empêcherait donc de valoir condamnation, il n'empêche qu'une poursuite pénale demeurerait en cours pour les mêmes infractions.

   Par conséquent, quant au principe, les conditions de la détention au sens des dispositions susmentionnées sont réalisées.

9. 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) (ATF 140 II 1 consid. 5.1 ; 135 II 105 consid. 2.2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_237/2013 du 27 mars 2013 consid. 5.1 ; 2C_413/2012 du 22 mai 2012 consid. 3.1) 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 (arrêts du Tribunal fédéral 2C_584/2012 du 29 juin 2012 consid. 5.1 ; 2C_478/2012 du 14 juin 2012 consid. 2.1). Le respect de la légalité implique ainsi que la mise en détention administrative ne peut être prononcée que si les motifs prévus dans la loi sont concrètement réalisés (ATF 140 II 1 consid. 5.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_256/2013 du 10 avril 2013 consid. 4.1 ; 2C_237/2013 du 27 mars 2013 consid. 5.1 ; 2C_478/2012 du 14 juin 2012 consid. 2.1).

Le principe de la proportionnalité, garanti par l'art. 36 Cst., se compose des règles d'aptitude - qui exige que le moyen choisi soit propre à atteindre le but fixé -, de nécessité - qui impose qu'entre plusieurs moyens adaptés, on choisisse celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés - et de proportionnalité au sens étroit - qui met en balance les effets de la mesure choisie sur la situation de la personne concernée et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (ATF 125 I 474 consid. 3 et les arrêts cités ; arrêt du Tribunal fédéral 1P.269/2001 du 7 juin 2001 consid. 2c ; ATA/752/2012 du 1er novembre 2012 consid. 7).

Il convient dès lors d'examiner, en fonction des circonstances concrètes, si la détention en vue d'assurer l'exécution d'un renvoi au sens de l'art. 5 par. 1 let. f CEDH est adaptée et nécessaire (ATF 135 II 105 consid. 2.2.1 ; 134 I 92 consid. 2.3.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_26/2013 du 29 janvier 2013 consid. 3.1 ; 2C_420/2011 du 9 juin 2011 consid. 4.1 ; 2C_974/2010 du 11 janvier 2011 consid. 3.1 ; 2C_756/2009 du 15 décembre 2009 consid. 2.1).

10. En l'occurrence, il convient tout d'abord de souligner que la détention apparaît comme le seul moyen apte à permettre l'exécution effective du renvoi de M. A_____, celui-ci n'ayant à Genève ni attaches ni revenu et ayant fait preuve d'une profonde désinvolture à l'égard de l'ordre juridique. La levée de sa détention ne pourrait conduire qu'à sa probable disparition et à l'impossibilité d'assurer concrètement son renvoi. Lors de sa comparution, M. A_____ a indiqué qu'il souhaiterait quitter la Suisse immédiatement et retourner en Espagne s'il était libéré. Or, il ne pourrait en aller ainsi, la Suisse étant liée à l'Espagne par un accord de réadmission qui implique le respect de certaines démarches et délais. La Suisse, garante du respect de cet accord, ne peut ainsi laisser M. A_____ décider pour son propre compte de la façon de retourner en Espagne. A tout le moins, celui-ci devrait rester en Suisse jusqu'au vol désormais prévu le 26 octobre 2023, puis prendre l'avion à cette date. Or, le comportement de M. A_____ en Suisse permet de retenir de façon plausible qu'il ne respecterait pas une telle règle et disparaîtrait rapidement dans la clandestinité.

11. Concernant la durée de la détention, M. A_____ pourra être renvoyé en Espagne le 26 octobre 2023. Le fait que la détention a été prononcée pour une durée de trois semaines n'est pas problématique, dès lors qu'elle prendra fin lors de l'exécution du renvoi. Au cas où celui-ci ne pourrait pas se dérouler à la date

susmentionnée, il conviendrait que l'autorité dispose encore du délai nécessaire pour pouvoir, cas échéant, saisir le tribunal d'une demande de prolongation de la détention.

12. En l'espèce, eu égard à l'ensemble des circonstances, il y a lieu de confirmer l'ordre de mise en détention administrative pour une durée de trois semaines, qui respecte en soi l'art. 79 LEI et n'apparaît pas disproportionnée.

13. 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 émis par le commissaire de police le 12 octobre 2023 à l'encontre de Monsieur A_____ pour une durée de trois semaines, soit jusqu'au 1er novembre 2023 inclus ;

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 :

Le président

Olivier BINDSCHEDLER TORNARE

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