RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3521/2022 MC JTAPI/1133/2022

JUGEMENT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

du 27 octobre 2022

dans la cause

Monsieur A_____, représenté par Me Joanna BURGISSER, avocate

contre

COMMISSAIRE DE POLICE

EN FAIT

1. Monsieur A_____, né le _____ 1997, originaire de B_____ et démuni de document d'identité, est bien connu de la justice pénale.

2. En date du 8 juillet 2021, il a fait l'objet d'une interdiction de pénétrer dans le canton de Genève, valable jusqu'au 7 juillet 2022, prononcée par le commissaire de police.

3. Par jugement du 22 mars 2022, le Tribunal de police a déclaré M. A_____, coupable de vol d'importance mineure (art. 172ter *cum* art. 139 ch. 1 du code pénal suisse - CP ; RS 311.0), de tentative de vol (art. 139 ch. 1 CP *cum* art. 22 CP), de violation de domicile (art. 186 CP) et d'infraction à l'art. 115 al. 1 let. a et b et à l'art. 119 al. 1 de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20) et l'a notamment condamné à une peine privative de liberté de quatre mois, tout en révoquant plusieurs sursis dont il avait bénéficié. Simultanément, il a ordonné son expulsion de Suisse pour une durée de cinq ans, selon l'art. 66a^{bis} CP et son maintien en détention pour des motifs de sûreté.

4. Pendant sa détention pénale, M. A_____ a été auditionné par la police internationale en vue de sa reprise en charge par un pays Dublin, en application de la réglementation du même nom.

5. Le 12 avril 2022, le secrétariat d'État aux migrations (ci-après : le SEM) a soumis une requête aux fins de l'admission de M. A_____ aux autorités allemandes, conformément au règlement Dublin.

6. Le 14 avril 2022, les autorités allemandes ont accepté de reprendre en charge l'intéressé en vertu de l'art. 18 al. 1 let. e du Règlement Dublin.

7. Eu égard à sa détention pénale, le délai de reprise en charge de M. A_____ par l'Allemagne, initialement fixé au 14 octobre 2022, a été prolongé jusqu'au 14 octobre 2023.

8. Le 3 mai 2022, l'intéressé s'est vu notifier, par l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM), une décision de non-report de son expulsion judiciaire, après que la possibilité de s'exprimer à cet égard lui eut été donnée.

9. Le 13 septembre 2022, M. A_____ a été libéré par les autorités pénales et placé en détention administrative par le commissaire de police pour une durée de six semaines en application de l'art. 76a LEI en vue de son refoulement, lequel était en cours d'organisation.

10. Le 11 octobre 2022, le service de l'application des peines et mesures a émis un ordre d'exécution de peine. M. A_____ a ainsi été incarcéré à la prison de Champ-Dollon afin de purger un écrou judiciaire du 11 au 16 octobre 2022.

11. Le 16 octobre 2022, M. A_____ a été libéré par les autorités pénales et il a été remis aux services de police.

12. Le même jour, le commissaire de police a ordonné la mise en détention administrative de l'intéressé pour une durée de quatorze jours sur la base des art.76a al. 2 let. b, d et h et al. 3 LEI aux fins de permettre l'exécution de son expulsion de Suisse.

    Au commissaire de police, M. A_____ a déclaré qu'il n'était pas d'accord de retourner en Allemagne.

13. Par requête du 24 octobre 2022, parvenue au greffe du Tribunal administratif de première instance (ci-après : le tribunal) le 25 octobre 2022 à 8h20, M. A_____ a demandé à être entendu et à ce que la légalité et l'adéquation de la détention administrative soit examinée par le tribunal.

14. Par courrier électronique du même jour, le tribunal a invité le commissaire de police à lui transmettre son dossier à déposer ses observations écrites d'ici au 27 octobre 2022, 14h00, conformément à la procédure prévue à l'art. 80a al. 3 LEI.

15. Le même jour, par retour de courriel, le commissaire de police a transmis son dossier au tribunal.

    Il ressortait notamment du dossier qu'une place à bord d'un avion à destination de C_____ avait été réservée en faveur de l'intéressé pour un départ prévu le _____ à 9:35.

16. Par courrier électronique du même jour, le tribunal a invité le conseil de l'intéressé à déposer ses observations écrites d'ici au 27 octobre 2022, 14h00.

17. Dans le délai imparti, le conseil de M. A_____ a déposé des observations. La détention de son client était illicite depuis le 25 octobre 2022, de sorte que sa mise en liberté devait être prononcée immédiatement. Il sollicitait dès lors une indemnité de CHF 200.- par jour de détention illicite à partir du 25 octobre 2022. Enfin, il requérait son admission provisoire pour une durée de trois mois pour des raisons médicales et procédurales.

18. Par courriel de ce jour, le commissaire de police a informé le tribunal du fait que M. A_____ n'était pas monté à bord de l'avion devant le ramener en Allemagne.

EN DROIT

1. Le Tribunal administratif de première instance est, de façon générale, compétent pour procéder à l'examen de la légalité et de l'adéquation de la détention administrative décidée en vue du renvoi (art. 115 al. 2 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 la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10).

2. Selon l'art. 80a al. 3 LEI, la légalité et l'adéquation de la détention ordonnée dans le cadre d'une procédure Dublin sont examinées, sur demande de la personne détenue, par une autorité judiciaire au terme d'une procédure écrite. Cet examen pouvant être demandé à tout moment.

   La LaLEtr, qui n'a pas été mise en jour suite à l'adoption et l'entrée en vigueur des art. 76a et 80a LEI, ne définit pas la compétence et ne détermine pas la procédure applicable dans les cas de figure envisagés par ces dispositions. Il ne fait néanmoins pas de doute que la compétence du tribunal est donnée s'agissant des demandes formées par les personnes détenues sur la base de l'art. 76a LEI (cf. not. JTAPI/803/2019 du 6 septembre 2019 ; JTAPI/720/2018 du 27 août 2018 ; JTAPI/13172018 du 13 février 2018 ; cf. aussi ATA/557/2017 du 16 mai 2017).

3. En l'espèce, M. A_____ a dûment requis du tribunal qu'il contrôle la légalité et l'adéquation de sa détention et a pu exposer ses motifs, par écrit, par l'intermédiaire d'un conseil désigné d'office conformément à la loi.

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 (cf. art. 9 al. 3 LaLEtr).

5. 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) 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).

6. Selon l’art. 28 par. 2 du Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil de l’Union européenne du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l’État membre responsable de l’examen d’une demande de protection internationale introduite dans l’un des États membres par

un ressortissant d'un pays tiers ou un apatride (règlement Dublin III), les États membres peuvent placer les personnes concernées en rétention en vue de garantir les procédures de transfert conformément audit règlement lorsqu'il existe un risque non négligeable de fuite de ces personnes, sur la base d'une évaluation individuelle et uniquement dans la mesure où le placement en rétention est proportionnel et si d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être effectivement appliquées. À teneur du par. 3 du même article, le placement en rétention est d'une durée aussi brève que possible et ne se prolonge pas au-delà du délai raisonnablement nécessaire pour accomplir les procédures administratives requises avec toute la diligence voulue jusqu'à l'exécution du transfert au titre du présent règlement.

7. À teneur de l'art. 76a al. 1 LEI, afin d'assurer son renvoi dans l'État Dublin responsable, l'autorité compétente peut mettre l'étranger en détention sur la base d'une évaluation individuelle lorsque les conditions suivantes sont remplies :

a. des éléments concrets font craindre que l'étranger concerné n'entende se soustraire au renvoi ;

b. la détention est proportionnée ;

c. d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être appliquées de manière efficace (art. 28 par. 2 du règlement [UE] n° 604/2013).

Selon l'art. 76a al. 2 LEI encore, les éléments concrets suivants font craindre que l'étranger entende se soustraire à l'exécution du renvoi :

- son comportement en Suisse ou à l'étranger permet de conclure qu'il refuse d'obtempérer aux instructions des autorités (let. b);

- il quitte la région qui lui est assignée ou pénètre dans une zone qui lui est interdite en vertu de l'art. 74 (let. d) ;

- il a été condamné pour crime (let. h).

8. Les motifs énumérés, de manière exhaustive, à l'art. 76a al. 2 LEI correspondent en principe à ceux déjà retenus aux art. 75 et 76 LEI (Gregor CHATTON/ Laurent MERZ in Code annoté de droit des migrations, volume II : loi sur les étrangers, n° 2.5 ad art. 76a, p. 808).

9. Par crime, au sens de l'art. 76a al. 2 let. h LEI, il faut entendre une infraction passible d'une peine privative de liberté de plus de trois ans (cf. art. 10 al. 2 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 - CP - RS 311.0 ; ATA/295/2011 du 12 mai 2011 consid. 4 relatif à l'art. 75 al. 1 let. h LEI, dont la teneur est identique).

10. Selon la jurisprudence relative à l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 et 4 LEI, 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), 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 quitter le pays (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). 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. Dans ce cas, il dispose d'une certaine marge d'appréciation (arrêts du Tribunal fédéral 2C_935/2011 du 7 décembre 2011 consid. 3.3 ; 2C_128/2009 du 30 mars 2009 consid. 3.1 ; ATA/484/2015 du 21 mai 2015).

11. Comme toute mesure étatique, la détention administrative en matière de droit des étrangers doit dans tous les cas respecter le principe de la proportionnalité (cf. art. 5 al. 2 et 36 Cst. et art. 76a al. 1 let. b et c LEtr ; 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 constitue une mesure appropriée et nécessaire (cf. art. 5 par. 1 let. f CEDH ; ATF 134 I 92 consid. 2.3 et 133 II 1 consid. 5.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_765/2015 du 18 septembre 2015 consid. 5.3 ; 2C_218/2013 du 26 mars 2013 consid. 5.1 ; 2C_624/2011 du 12 septembre 2011 consid. 2.1 ; 2C_974/2010 du 11 janvier 2011 consid. 3.1 et 2C_756/2009 du 15 décembre 2009 consid. 2.1) 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 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. ATF 130 II 425 consid. 5.2).

12. En l'espèce, M. A_____ fait l'objet d'une mesure d'expulsion prononcée par le Tribunal de police le 22 mars 2022 en raison de sa condamnation pour tentative de vol, infraction passible d'une peine privative de liberté de plus de trois ans et donc constitutive de crime au sens de l'art. 10 al. 2 CP (cf. arrêt du Tribunal fédéral 6B_490 du 14 octobre 2013 consid. 2.4.2). Il s'oppose par ailleurs catégoriquement à son refoulement vers l'Allemagne, ce qu'il a exprimé devant le commissaire de police puis en refusant ce jour de monter à bord de l'avion devant le reconduire en Allemagne. Le risque qu'il disparaisse sans que l'on puisse vérifier son départ pour le pays responsable du traitement de sa demande d'asile

apparaît ainsi suffisamment élevé, de sorte que toute autre mesure moins incisive que la détention administrative serait vaine pour assurer sa présence au moment où il devra monter dans l'avion ou prendre un autre moyen de transport devant le reconduire dans l'État Dublin chargé de sa prise en charge, étant notamment observé qu'à teneur du dossier, il ne dispose pas de moyens de subsistance et n'a ni lieu de séjour en Suisse.

Il convient ainsi d'admettre que les conditions prévues par l'art. 76a al. 1 et 2 let. b, d et h LEI sont réunies et que la détention est conforme au principe de proportionnalité.

13. M. A_____ soutient que la durée de sa détention qui courrait depuis le 13 septembre 2022 est venue à échéance le 25 octobre 2022 et que depuis lors sa détention administrative serait illicite. Selon lui en effet, son incarcération à Champ-Dollon n'était pas justifiée, de sorte que les cinq jours de détention pénale devaient être comptabilisés au titre de jours de détention administrative.

14. Selon l'art. 76a al. 3 let. a LEI, à compter du moment où la détention a été ordonnée, l'étranger peut être placé ou maintenu en détention pour une durée maximale de six semaines pour assurer l'exécution du renvoi entre la notification de la décision de renvoi ou d'expulsion ou après l'expiration de l'effet suspensif d'une éventuelle voie de droit saisie contre une décision de renvoi ou d'expulsion rendue en première instance et le transfert de l'étranger dans l'Etat Dublin responsable.

15. L'art. 80 al. 6 let. c LEI prévoit que la détention est levée lorsque la personne détenue doit subir une peine ou une mesures privative de liberté.

16. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il est admissible qu'un étranger libéré d'une première détention administrative soit détenu une nouvelle fois en vue de son renvoi ou de son expulsion dans le cadre de la même procédure ; il faut toutefois qu'un changement déterminant des circonstances permette de le justifier (ATF 140 II 1 consid. 5.2 et les arrêts cités ; arrêts 2C_381/2016 du 23 mai 2016 consid. 4.3 ; 2C_700/2015 du 8 décembre 2015 consid. 4.1 ; 2C_658/2014 du 7 août 2014 consid. 3.1 ; cf. aussi arrêt 2C_135/2019 du 18 novembre 2019 consid. 2.1, non publié in ATF 145 II 313), comme la survenance d'un nouveau motif de détention ou la disparition de l'impossibilité dont était affecté le renvoi ou l'expulsion (arrêt 2A.211/2003 du 5 juin 2003 consid. 3.2). Tel peut par exemple être le cas si l'étranger part dans la clandestinité après la libération de sa première détention (cf. ATF 121 II 110 consid. 2d). Est aussi envisageable la situation où l'autorité a levé une première détention administrative, dès lors que l'exécution du renvoi de l'étranger, en soi possible, n'apparaissait plus comme vraisemblable dans un délai utile ; en tant que les causes pour la mise en détention de l'étranger persistent, cette même autorité peut ordonner la réincarcération de celui-ci si le renvoi s'avère par la suite à nouveau vraisemblable dans un délai raisonnable

(ATF 140 II 1 consid. 5.2 in fine ; arrêts 2C_381/2016 du 23 mai 2016 consid. 4.3 ; 2C_700/2015 du 8 décembre 2015 consid. 4.1 ; cf. aussi arrêts 2C_634/2020 et 2C_635/2020 du 3 septembre 2020 consid. 6.8).

17. La détention administrative de M. A_____, ordonnée initialement le 13 septembre 2022 pour une durée de six semaines afin d'assurer son expulsion en Allemagne, a automatiquement été levée avant cette échéance, le 11 octobre 2022, car il a été incarcéré suite à un ordre d'exécution de peine dans le cadre d'une procédure pénale dirigée à son encontre (cf. art. 80 al. 6 let. c LEI). Les circonstances quant à son statut en Suisse n'ayant pas changé à l'issue de cette peine, il pouvait, sur le principe, être une nouvelle fois placé en détention administrative en vue de l'exécution de son refoulement (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2016 du 23 décembre 2016 consid. 3).

18. Pour calculer la durée totale d'une détention ordonnée en vertu du droit des étrangers, y compris les détentions régies par l'art. 76a LEI, (cf. Gregor CHATTON/Laurent MERZ, op. cit., n. 33 ad art. 76a p. 816), il faut, en cas de détentions multiples, additionner les durées de détention d'une seule et même procédure de refoulement. En revanche, si la décision de mise en détention intervient dans le cadre d'une nouvelle procédure indépendante des procédures antérieures, les délais légaux recommencent à courir et une détention est à nouveau admissible pour la durée maximale prévue. Il a notamment été jugé qu'il y avait une nouvelle procédure de refoulement lorsqu'une procédure antérieure s'est achevée par un renvoi ou une expulsion réussie ou par un départ volontaire de l'étranger et que, par la suite, celui-ci revient en Suisse et doit être à nouveau renvoyé ou expulsé (cf. ATF 145 II 313 consid. 3.1.2).

19. En l'occurrence, M. A_____ a été détenu administrativement sur la base de l'art. 76a al. 3 let. c LEI du 13 septembre 2022 au 11 octobre 2022, soit durant quatre semaines. Le commissaire de police était donc fondé à émettre un nouvel ordre de mise en détention d'une durée de deux semaines en application de cette disposition.

    En conséquence, l’ordre de mise en détention pris le 16 octobre 2022 sera confirmé.

20. Pour le surplus, les conclusions de l'intéressé visant l'octroi d'une indemnisation pour détention illicite doivent être déclarées irrecevables, le juge de la détention administrative n'étant pas compétent pour en connaître. Il en va de même concernant les conclusions visant une admission provisoire de l'intéressé. Il sera dès lors invité à mieux agir s'il s'y estime fondé.

21. 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 16 octobre 2022 à l'encontre de Monsieur A_____ pour une durée de quatorze jours, soit jusqu'au 30 octobre 2022, 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 :

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, le 27 octobre 2022 Le greffier