REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4018/2021 MC JTAPI/1195/2021

JUGEMENT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

du 29 novembre 2021

dans la cause

Monsieur A_____, représenté par Me Sophie BOBILLIER, avocate

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

EN FAIT

1. Monsieur A_____, né le _____ 1995, est originaire du Nigéria. Il est en possession d'un passeport biométrique nigérian et d'un titre de séjour italien pour "*motivi umanitari*" en voie de renouvellement.

2. Le 20 février 2017, il a fait l'objet d'une interdiction d'entrée en Suisse prononcée par le secrétariat d'État aux migrations (ci-après : le SEM), valable jusqu'au 19 février 2020.

3. Par ordonnance pénale du 12 février 2021, M. A_____ a été condamné par le Ministère public pour infractions à l'art. 115 de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20) et pour contravention selon l'art. 19a de la loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951 (LStup - RS 812.121).

4. Le 17 septembre 2021, l'intéressé a été interpellé par les services de police et prévenu d'infraction à l'art. 19 al. 1 LStup et à l'art. 115 al. 1 LEI.

5. Par ordonnance pénale du 18 septembre 2021, il a été condamné par le Ministère public pour trafic de marijuana et séjour illégal en Suisse à une peine privative de liberté de nonante jours.

6. Le même jour, le commissaire de police lui a fait interdiction de pénétrer dans le canton de Genève pour une durée de six mois, en application de l'art. 74 LEI.

7. Le 9 novembre 2021, M. A_____ a été arrêté par les services de police, à la hauteur du n° 2 de la route des Acacias. Il était alors en possession de son passeport nigérian valable. Il a déclaré qu'il ne pensait pas séjourner illégalement en Suisse, dans la mesure où il était au bénéfice d'une « carte d'identité italienne » en cours de renouvellement. Cela étant, il ne l'avait pas encore reçue. Il n'avait pas compris qu'il n'avait pas le droit de se trouver dans le canton de Genève. Toute sa famille, dont ses enfants, se trouvait au Nigéria.

8. Par ordonnance pénale du 10 novembre 2021, l'intéressé a été condamné pour infractions aux art. 115 et 119 LEI puis remis en mains des services de police.

9. Le même jour, la police internationale de Genève, soit pour elle la Brigade Migrations et Retour, a demandé la réadmission de l'intéressé en Italie, en application de l'accord entre la Confédération suisse et la République italienne relatif à la réadmission des personnes en situation irrégulière (RS 0.142.114.549).

10. Le 10 novembre 2021 toujours, le commissaire de police a émis un ordre de mise en détention administrative fondé sur l'art. 75 al. 1 let. b LEI à l'encontre de M. A_____ pour une durée de quatre semaines.

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

11. Lors de l'audience qui a eu lieu par-devant le Tribunal administratif de première instance (ci-après : le tribunal) le 11 novembre 2021, la représentante du commissaire de police a en substance déclaré que les autorités suisses étaient dans l'attente de le réponse positive des autorités italiennes, laquelle devrait intervenir une huitaine de jours après qu'elles aient été saisies, avant de prononcer une décision de renvoi.

    M. A_____ a confirmé être d'accord de retourner en Italie. Il était au bénéfice d'un permis humanitaire en Italie qui lui avait été accordé deux ans plus tôt. Il était revenu à Genève ce dimanche soir pour y chercher ses affaires qu'il avait laissées la dernière fois qu'il était venu, ce qu'il avait expliqué à la police lors de son interpellation. En Italie, il habitait au B_____, à Reggio Emilia. S'agissant de ses revenus là-bas, il achetait des habits et les revendait plus cher, il était indépendant. Il avait un avocat en Italie qui se chargeait de ses affaires administratives, Monsieur C_____. Il demandait la « clémence » du tribunal, vu qu'il ignorait ne pas avoir le droit de revenir à Genève.

12. Par jugement du 11 novembre 2021 (JTAPI/1138/2021), le tribunal a confirmé l'ordre de mise en détention administrative mais pour une durée de trois semaines, soit jusqu'au 30 novembre 2021 inclus, en application de l'art. 75 al. 1 let. b LEI.

13. Le 18 novembre 2021, le SEM a indiqué à la Brigade Migration et Retour de la police internationale de Genève que le permis de séjour (*motivi umanitari*) joint à sa demande ne permettait pas de procéder à une réadmission en Italie de M. A_____, mais qu'une procédure Dublin de catégorie III était cependant possible.

14. Le 23 novembre 2021, l'office cantonal de la population et des migrations de Genève (ci-après : OCPM) a adressé au SEM les documents nécessaires à l'ouverture d'une procédure Dublin III. Ladite procédure est en cours.

15. Par requête motivée du 25 novembre 2021, l'OCPM a sollicité la prolongation de la détention administrative de M. A_____ jusqu'au 29 décembre 2021.

16. Devant le tribunal, lors de l'audience de ce jour, M. A_____ a confirmé être d'accord de retourner en Italie.

    La représentante de l'OCPM a expliqué qu'il était exact que l'ordre de mise en détention initial avait été émis sur la base de l'art. 75 LEI, à savoir en phase préparatoire. Subséquemment, il était apparu que M. A_____ n'était pas au bénéfice d'une autorisation de séjour en Italie, mais d'une autorisation pour "*motivi umanitari*", délivrée suite à sa demande d'asile et qui était en cours de renouvellement.

Partant, une procédure Dublin avait été ouverte le 25 novembre 2021 en vue de la reprise en charge de l'intéressé par les autorités italiennes. Le SEM avait d'ores et déjà requis ces autorités comme le relevait l'extrait SYMIC qu'elle produisait et restait dans l'attente de leur réponse.

La demande de prolongation se justifiait dès lors que la procédure était toujours en phase préparatoire d'une décision et qu'il s'agissait d'attendre la position des autorités italiennes.

Selon l'estimation du SEM, celui-ci devrait être en mesure de prononcer la décision de renvoi sur la base de l'art. 64a LEI d'ici le 10 décembre 2021 ensuite de quoi le renvoi de M. A_____ serait organisé. La date de ce renvoi restait difficile à prévoir, compte tenu des fêtes de fin d'année. Il devrait, en tout état, être exécuté dans le délai de six semaines prévu par la loi.

Elle a par ailleurs admis que la demande de prolongation était parvenue au tribunal après le délai d'ordre prévu par la LaLEtr.

Pour le surplus elle a conclu à l'admission de la demande de prolongation jusqu'au 29 décembre 2021.

Le conseil de M. A_____ a conclu au rejet de la demande de prolongation émise à l'encontre de son client, subsidiairement à ce qu'elle soit limitée au 10 décembre 2021.

Sur quoi la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Le Tribunal administratif de première instance est compétent pour prolonger 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. e de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10).

2. S'il entend demander la prolongation de la détention en vue du renvoi, l'OCPM doit saisir le tribunal d'une requête écrite et motivée dans ce sens au plus tard huit jours ouvrables avant l'expiration de la détention (art. 7 al. 1 let. d et 8 al. 4 LaLEtr).

3. En l'espèce, la demande de prolongation est parvenue au tribunal le 25 novembre 2021 soit moins de huit jours ouvrables avant l'expiration de la détention fixée au 30 novembre 2021. Le délai fixé par l'art. 8 al. 4 LaLEtr est toutefois un délai d'ordre qui a pour but de permettre l'organisation de la procédure dans de meilleures conditions que lorsqu'il s'agit d'un ordre de mise en détention. La

nécessité de demander la prolongation de la détention est prévisible, ce qui permet de faire peser sur l'autorité requérante une obligation de soumettre sa demande à l'autorité judiciaire de manière anticipée. Dans cette mesure, le fait que le délai ne soit pas respecté n'est en principe pas de nature à entraîner l'invalidité de la demande de prolongation (JTAPI/280/2018 du 27 mars 2018). Il en va ainsi dans la présente procédure, dès lors en particulier que M. A_____ n'en a subi aucun préjudice, ce qu'il n'invoque au demeurant pas.

4. La question soumise au tribunal est celle de la prolongation de la détention administrative de M. A_____ au sens de l'art. 79 LEI.

5. S'il est lié par les conclusions des parties, le tribunal n'est en revanche pas lié par les motifs qu'elles invoquent et est dès lors compétent pour appliquer le droit d'office (art. 69 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). Il peut par ailleurs confirmer une détention par substitution de motifs (ATA/695/2020 du 17 mars 2020 consid. 5).

6. 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).

7. Conformément à l'art. 75 al. 1 let. b LEI, « afin d'assurer l'exécution d'une procédure de renvoi », l'autorité cantonale compétente peut ordonner la détention « pendant la préparation de la décision sur le séjour », pour une durée de six mois au plus, d'un étranger qui n'est pas titulaire d'une autorisation de courte durée, de séjour ou d'établissement lorsque celui-ci quitte la région qui lui est assignée ou pénètre dans une zone qui lui est interdite en vertu de l'art. 74 LEI.

8. Une fois que la décision statuant sur le séjour d'un étranger détenu sur la base de l'un des motifs prévus par l'art. 75 LEI a été prise, la détention doit, le cas échéant, être convertie en détention en vue du renvoi aux conditions de l'art. 76 LEI (cf. ATF 125 II 377 consid. 2b ; art. 76 al. 1 let. a LEtr).

9. La détention en phase préparatoire peut être remplacée par une détention en vue du renvoi - c'est-à-dire sans qu'il soit nécessaire de libérer l'étranger dans l'intervalle -, lorsque la décision de renvoi peut être prise. Il faut cependant que la détention en vue du renvoi fasse l'objet d'une décision, laquelle est soumise à un contrôle judiciaire (cf. ATF 121 II 105 consid. 2a et b ; cf. aussi ATF 127 II 174

consid. 2b ; 125 II 377 consid. 2b ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_618/2011 du 1er septembre 2011 consid. 2.1 ; ATA/355/2014 du 14 mai 2014 ; ATA/85/2012 du 10 février 2012), étant relevé que les différentes formes de détention peuvent être combinées, pour autant que la durée totale de celle-ci ne dépasse pas la durée maximale prévue par la loi (cf. not. ATA/85/2012 du 10 février 2012 consid. 6).

10. Selon les art. 75 al. 1 et 79 al. 1 LEI, la détention en phase préparatoire ne peut excéder six mois au total. Cette durée 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), hypothèses non réalisées en l'occurrence.

11. La durée de la détention doit en outre être proportionnée par rapport aux circonstances d'espèce (arrêts du Tribunal fédéral 2C_18/2016 du 2 février 2016 consid. 4.2 ; 2C_218/2013 du 26 mars 2013 consid. 2.3 ; cf. aussi ATF 133 II 97 consid. 2.2 ; 130 II 56 consid. 1), étant précisé que plus elle se prolonge, plus les exigences relatives à la proportionnalité sont accrues (arrêts du Tribunal fédéral 2C_984/2013 du 14 novembre 2013 consid. 3.2 ; 2C_639/2011 du 16 septembre 2011 consid. 3.1 ; ATA/848/2014 du 31 octobre 2014).

12. L'art. 76 LEI, comme les autres formes de détention selon les art. 75, 77 et 78 LEI, a pour but d'assurer l'exécution d'une mesure de renvoi ou d'expulsion. En revanche, ne tombent pas dans le champ d'application de l'art. 76 LEI, les cas dits Dublin, auxquels s'applique l'art. 76a LEI. Lorsque le champ d'application de cette dernière disposition est ouvert, les autorités ne peuvent pas se fonder sur d'autres normes de la LEI, p. ex. les art. 76 ou 78 LEI (Gregor CHATTON/Laurent MERZ. Code annoté de droit des migrations, vol. II, Loi sur les étrangers, n. 1 ad. art. 76 p. 778 et n. 6 ad art. 76a p. 802).

13. 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).

14. Selon l'art. 76a al. 2 LEI, les éléments concrets suivants font aussi 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).

15. 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).

16. Selon l'art. 76a al. 3 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 :

a. sept semaines pendant la préparation de la décision relative à la responsabilité du traitement de la demande d'asile ; les démarches y afférentes comprennent l'établissement de la demande de reprise en charge adressée à un autre Etat Dublin, le délai d'attente de la réponse à la demande ou de son acceptation tacite, la rédaction de la décision et sa notification ;

b. cinq semaines pendant la procédure prévue à l'art. 5 du règlement (CE) n° 1560/20034 ;

c. 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.

17. Selon l'art. 76a al. 4 LEI, si une personne refuse de monter à bord d'un véhicule en vue de l'exécution d'un transfert vers l'Etat Dublin responsable ou empêche le transfert de toute autre manière par son comportement, elle peut être placée en détention afin de garantir l'exécution du transfert, pour autant que les conditions de sa mise en détention en vertu de l'al. 3, let. c ne soient plus remplies et qu'il n'existe pas d'autre mesure moins contraignante susceptible de conduire à l'objectif visé. La détention ne peut durer que jusqu'à ce qu'un nouveau transfert soit possible, mais sa durée ne peut excéder six semaines. Avec l'accord de l'autorité judiciaire, elle peut être prolongée pour autant que la personne concernée persiste à refuser de modifier son comportement. La durée maximale de cette détention est de trois mois.

18. 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 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 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).

19. En l'espèce, à teneur de l'ordre de mise en détention administrative du 10 novembre 2021, la détention se fonde sur l'art. 75 al. 1 let. b LEI, lequel vise la violation d'une mesure d'assignation territoriale. Les conditions posées par cette disposition sont en soi à ce jour toujours réunies, dès lors que M. A_____ est dépourvu de tout titre de séjour en Suisse et qu'il a contrevenu à une mesure d'assignation territoriale. En outre, l'intérêt public à ce que la procédure de renvoi puisse être menée à son terme n'a pas disparu.

    Il résulte toutefois des explications de la représentante de l'OCPM qu'une procédure Dublin a été initiée le 25 novembre 2021 visant la reprise en charge de M. A_____ par l'État responsable, à savoir l'Italie. Partant, la détention administrative de l'intéressé, en tant qu'elle est destinée à assurer son renvoi, ne peut se fonder désormais que sur l'art. 76a LEI, disposition qui prévoit d'ailleurs un motif de détention similaire (art. 76a al 2 let. a LEI).

    La question de savoir si le commissaire aurait dû prononcer un nouvel ordre de détention sur la base de l'art. 76a al. 3 let. a LEI, dès le 25 novembre 2021, souffrira de demeurer non résolue compte tenu de l'issue de la présente procédure.

    En effet, pour maintenir l'intéressé en détention, seul un nouvel ordre de détention administrative fondé sur la disposition précitée est envisageable, lequel devra immanquablement tenir compte de la détention déjà subie.

20. Au vu de ce qui précède, la demande de prolongation de la détention administrative de M. A_____ sera rejetée.

21. Conformément à l'art. 9 al. 6 LaLEtr, le présent jugement sera communiqué à M. A_____, à son avocat et à l'OCPM. 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. déclare recevable la demande de prolongation de la détention administrative de Monsieur A_____ formée le 25 novembre 2021 par l'office cantonal de la population et des migrations ;

2. la rejette ;

3. 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, à l'office cantonal de la population et des migrations et au secrétariat d'État aux migrations.

Genève, le La greffière