RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/848/2023 MC JTAPI/274/2023

JUGEMENT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

du 10 mars 2023

dans la cause

Monsieur A_____, représenté par Me Magali BUSER, avocate

contre

COMMISSAIRE DE POLICE

EN FAIT

1. Le 15 juin 2013, Monsieur A_____, né le _____ 1992 et originaire de Libye (aussi connu sous d'autres identités), démuni de tout document d'identité, a déposé, en Suisse, une demande d'asile, laquelle a fait l'objet, le 5 septembre 2013, d'une décision de non-entrée en matière et de renvoi rendue par l'Office fédéral des migrations. La prise en charge et l'exécution du renvoi de l'intéressé avaient lors été confiées au canton de Zürich.

2. Par ordonnances pénales des 4 août 2013 et 28 mai 2016, entrées en force, M. A_____ a été condamné par le Ministère public de Zürich pour, respectivement, vol (au sens de l'art. 139 ch. 1 du code pénal suisse ; CP ; RS 311.0) et pour entrée illégale.

3. Par ordonnance pénale du 5 septembre 2022, l'intéressé a condamné par le Ministère public de Genève pour séjour illégal à la suite de son arrestation, le même jour, par les forces de l'ordre.

   Selon ses déclarations faites devant la police, il n'avait aucun lien avec la Suisse, dormait dans la rue et n'avait aucune source de revenu et ni autorisation de séjourner en Suisse. Il voulait régulariser sa situation et trouver du travail.

4. Le 24 septembre 2022, M. A_____ a été interpellé par la police genevoise, alors qu'il venait de s'introduire dans un véhicule stationné à la rue de B_____ dans le but d'y dérober de la monnaie. Les contrôles d'usage opérés par les policiers ont révélé que l'intéressé faisait l'objet de communiqués de recherche pour deux vols de sacs à main, commis les 4 et 15 septembre 2022, à la place de C_____ et à la gare de D_____. M. A_____ a été prévenu de vol (au sens de l'art. 139 CP), ainsi que d'infractions à la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20).

5. Lors de son interrogatoire par la police du même jour, il a refusé de répondre à toutes les questions qui lui étaient posées.

6. Le 25 septembre 2022, M. A_____ a été condamné par ordonnance pénale du Ministère public pour les faits ayant mené à son arrestation, la veille, soit pour vol au sens de l'art. 139 ch. 1 CP et pour séjour illégal.

7. Le même jour, en application de l'art. 74 al. 1 let. a LEI, le commissaire de police lui a fait interdiction de pénétrer dans le canton de Genève pour une durée de douze mois, après lui avoir imparti un délai de 24 heures pour quitter le territoire interdit.

8. Toujours le 25 septembre 2022, l'intéressé a déposé, à Zürich, une nouvelle demande d'asile en Suisse.

9. Le 28 novembre 2022, l'intéressé, revenu dans le canton de Genève en dépit de l'interdiction d'y pénétrer pour une durée de 12 mois dont il faisait l'objet, a été écroué à la prison de Champ-Dollon pour y exécuter la peine privative de liberté de 120 jours (sous déduction d'un jour de détention avant jugement) à laquelle il avait été condamné par le Ministère public le 25 septembre 2022.

10. Le 13 décembre 2022, M. A_____, détenu, a été auditionné par la police internationale en vue de sa reprise en charge par un pays européen dans le cadre des accords de Dublin.

    M. A_____ a indiqué être venu en Suisse pour trouver du travail. Il était démuni de toute autorisation de séjour et ne souhaitait pas retourner en Allemagne. Il souhaitait se rendre à Zürich pour consulter son dossier de demande d'asile car le juge de Zürich lui avait dit qu'il avait des chances de pouvoir rester en Suisse. Tous ses documents se trouvaient dans cette ville.

11. Le 14 décembre 2022, en se basant sur ce qui précède, le secrétariat d'Etat aux migrations (ci-après : le SEM) a soumis une requête aux fins de l'admission de M. A_____ aux autorités allemandes, conformément à l'art. 18 al. 1 let. b du Règlement Dublin III.

12. Le 16 décembre 2022, les autorités allemandes ont accepté de reprendre en charge l'intéressé.

13. Le 27 décembre 2022, le SEM, après avoir, le même jour, radié la demande d'asile de l'intéressé du 27 décembre 2022, a rendu à l'encontre de M. A_____ une décision de renvoi au sens de l'art. 64a al. 1 LEI.

14. Le 10 février 2023, le Tribunal d'application des peines et des mesures (ci-après : TAPEM) a ordonné la libération conditionnelle de M. A_____ pour le 27 février 2023.

    Son comportement en détention ne s'opposait pas à cette libération conditionnelle et il n'avait jamais bénéficié auparavant d'une telle mesure. Il s'agissait en effet de sa première incarcération et il était dès lors permis d'espérer qu'elle ait eu un effet dissuasif suffisant à l'avenir qui puisse le détourner de la commission de nouvelles infractions. Enfin, au vu de sa situation administrative - à savoir qu'une procédure de renvoi selon l'art. 64a LEI allait être initiée à son encontre, qu'au terme de sa procédure de demande d'asile la brigade migration et retour aurait à charge l'exécution de son refoulement, qu'une interdiction d'entrée en Suisse serait proposée au SEM et qu'il n'avait déposé au greffe de la prison aucun document d'identité - il ne semblait pas pertinent au Service d'application des peines et mesures de soumettre l'intéressé à un mandat d'assistance de probation.

15. Le 24 janvier 2023, la décision du SEM du 27 décembre 2022 a été notifiée à M. A_____, lequel a, le 27 janvier 2023, déposé un recours auprès du Tribunal administratif fédéral (ci-après : TAF) à son encontre.

16. Par décision du 1er février 2023, le TAF a ordonné, sur mesures superprovisionnelles, que l'exécution du transfert de M. A_____ soit provisoirement suspendue.

17. M. A_____ a été remis en liberté le 27 février 2023.

18. Le même jour à 14h50, le commissaire de police a émis un ordre de mise en détention administrative à l'encontre de M. A_____ pour une durée de six semaines à compter de l'entrée en force de la décision du SEM du 27 décembre 2022 en application de l'art. 76a al. 1 et al. 3 let. c LEI.

    Il ressortait du procès-verbal d'audition que la détention administrative de M. A_____ pour des motifs de droit des étrangers avait débuté le même jour à 14h30.

    M. A_____ a notamment indiqué qu'il n'était pas d'accord de retourner en Allemagne car il y avait des dettes de casino.

19. Par requête du 8 mars 2023, reçu par le Tribunal administratif de première instance (ci-après : le tribunal) le lendemain, M. A_____, sous la plume de son conseil, a déposé une demande d'examen de la légalité et de l'adéquation de sa détention administrative.

    Le TAPEM avait ordonné sa libération conditionnelle pour le 27 février 2023. Dans son jugement, il avait notamment retenu qu'il s'était bien comporté en prison et que tous les préavis étaient favorables pour cette libération. Il n'y avait dès lors pas de raison de s'écarter de cette analyse et il comprenait mal les motifs qui avaient conduit le commissaire de police à retenir qu'il y aurait des éléments concrets faisant craindre qu'il entende se soustraire à son renvoi au sens de l'art. 76a al. 1 let. a LEI. La première condition posée par cette disposition faisant défaut, la décision de l'ordre de mise en détention ne respectait pour ce motif déjà, pas la condition de légalité de la détention.

    La détention administrative sur la base de l'art. 76a al. 1 LEI devait être prononcée en vue d'assurer l'exécution du renvoi dans l'Etat Dublin responsable, exécution qui avait été expressément suspendue par le TAF, de sorte que sa détention ne se justifiait plus du tout et ne reposait à ce jour plus sur une décision des autorités.

    Les conditions légales pour sa mise en détention n'étant plus réalisées, il requérait donc sa libération immédiate. Il concluait également à ce qu'il soit constaté que sa détention était illégale et inadéquate.

Il était enfin possible d'ordonner une assignation à résidence, mesure moins restrictive qu'une détention, jusqu'à droit jugé sur son recours au TAF.

20. Le même jour, le commissaire de police, sur demande du tribunal, a transmis son dossier.

21. Invité par le tribunal à lui communiquer ses éventuelles observations écrites d'ici au 9 mars 2023 à 18h00, le commissaire de police n'y a pas donné suite.

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/817/2021 du 20 août 2021 confirmé par ATA/903/2021 du 3 septembre 2021; JTAPI/1004/2020 du 19 novembre 2020 confirmé par ATA/1252/2020 du 8 décembre 2020 ; JTAPI/803/2019 du 6 septembre 2019).

3. En l'espèce, M. A_____ a, sous la plume de son conseil, demandé par acte dûment motivé du 8 mars 2023 reçu par le tribunal le 9 mars 2023, que ce dernier contrôle la légalité et l'adéquation de sa détention.

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 ch. 2 du 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 ch. 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 : des éléments concrets font craindre que l'étranger concerné n'entende se soustraire au renvoi (let. a), la détention est proportionnée (let. b) et d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être appliquées de manière efficace (art. 28 par. 2 du règlement [UE] n° 604/2013) (let. c).

8. Selon l'art. 76a al. 2 LEI, 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), qu'il a été condamné pour crime (let. h).

   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. 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).

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 CP; 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. 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).

11. Selon l'art. 76a al. 3 let. c 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.

12. Cette durée de six semaines est calquée sur l'art. 28 ch. 3 par. 3 du Règlement Dublin III, qui stipule que lorsqu'une personne est placée en rétention en vertu du présent article, son transfert de l'État membre requérant vers l'État membre

responsable est effectué dès qu'il est matériellement possible, mais au plus tard dans un délai de six semaines à compter de l'acceptation implicite ou explicite par un autre État membre de la requête aux fins de la prise en charge ou de reprise en charge de la personne concernée ou à compter du moment où le recours ou la révision n'a plus d'effet suspensif conformément à l'art. 27 par. 3.

13. Selon un arrêt du Tribunal fédéral du 11 mars 2022 (ATF 148 II 169), se référant à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (Arrêt Mohamed Khir Amayry contre Migrationsverket du 13 septembre 2017 C-2017-675) - qui a retenu que l'art. 28 ch. 3 par. 3 du règlement Dublin doit être interprété en ce sens qu'il ne convient pas de déduire du délai de six semaines à compter du moment où le recours ou la révision n'a plus d'effet suspensif, le nombre de jours durant lesquels la personne concernée était déjà placée en rétention après qu'un Etat membre ait accepté la requête aux fins de prise en charge ou de reprise en charge, - la détention doit prendre fin au plus tard six semaines à compter du moment où la décision de transfert devient exécutoire (ou qu'il n'y a plus d'effet suspensif).

14. En l'espèce, M. A_____ a été condamné pour divers vols, soit des crimes au sens de l'art. 10 al. 2 CP et également pour avoir enfreint une interdiction de pénétrer dans le canton de Genève qui avait été prise à son encontre le 25 septembre 2022 pour une durée de 12 mois.

Il n'a par ailleurs aucun lieu de vie ni aucune attache à Genève. Il n'a également pas de sources légales de revenus.

Il a en outre clairement déclaré, et encore devant le commissaire de police lors de son audition du 27 février 2023, qu'il refusait d'être renvoyé en Allemagne et qu'il souhaitait se rendre dès que possible à Zürich, canton dans lequel il avait déposé sa demande d'asile. Le dépôt de cette demande démontre également son intention de tout entreprendre pour rester en Suisse. Le risque qu'il se soustraie à son renvoi et disparaisse dans la clandestinité, notamment en cas de rejet de son recours au TAF, est donc avéré.

Enfin, le SEM a prononcé à son encontre, le 27 décembre 2022, une décision de renvoi, laquelle prévoit que son refoulement doit se faire à destination de l'Allemagne.

Au vu de ce qui précède, les conditions pour une détention sur la base de l'art. 76a al. 2 let. b, d et h LEI sont remplies et aucune mesure moins incisive ne permettrait de garantir la présente de M. A_____ au moment où il devra être effectivement refoulé.

15. Par ailleurs, le fait que le renvoi ne soit pas exécutoire de par le recours pendant devant le TAF et le prononcé par ce dernier de mesures superprovisionnelles le 1er février 2023 entraînant la suspension provisoire de son transfert, ne rend pas la

détention administrative illégale mais suspend le délai de six semaines dans lequel les autorités doivent agir pour procéder effectivement au refoulement une fois la décision de transfert exécutoire, conformément à l'interprétation qui doit être faite de l'art. 28 ch. 3 par. 3 du Règlement Dublin III.

16. Au vu de ce qui précède, il y a lieu de confirmer l'ordre de mise en détention administrative litigieux.

17. Conformément à l'art. 9 al. 6 LaLEtr, le présent jugement sera communiqué à M. A_____, à son avocate 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 27 février 2023 à l'encontre de Monsieur A_____ pour une durée de six semaines, à compter de l'entrée en force de la décision du SEM du 27 décembre 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

Sophie CORNIOLEY BERGER

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

Genève, le 10 mars 2023 La greffière