

# **GE\_GERICHTE A/645/2012 vom 20. März 2012**

GE Cour de justice, 2012-03-20, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_645\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_645_2012)

FR: GE\_GERICHTE A/645/2012 du 20 mars 2012

IT: GE\_GERICHTE A/645/2012 del 20 marzo 2012

## **Regeste**

; DÉTENTION AUX FINS D'EXPULSION ; PROPORTIONNALITÉ ; LÉGALITÉ ; CRIME ; DÉLIT | Violation des principes de la légalité et de la proportionnalité d'un ordre de mise en détention, l'intéressé n'ayant commis en Suisse qu'un délit et non un crime et qu'il n'a jamais laissé entendre souhaiter rester en Suisse. | LStup.19.ch1 ; LEtr.76.al1.letb.ch.1 ; LEtr.76.al1.letb.ch3 ; LEtr.76.al1.letb.ch4 ; CP.10.al2 ; CP.10.al3

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Monsieur K\_\_\_\_\_, ressortissant gambien né en 1965, a été interpellé par la police le 27 février 2012, après avoir vendu 2 g. de marijuana pour CHF 40.- à un toxicomane.

### **E. 2**

Entendu par la police, il a admis avoir acheté trois sachets de marijuana pour la somme de CHF 65.- et en avoir revendu un pour CHF 40.-. Il avait vendu cette drogue à, peut-être, quatre occasions et ne s'adonnait pas régulièrement à cette activité. Il avait déposé une demande d'asile en Suisse en 1996, mais était retourné en Afrique après trois ou quatre mois. Depuis 2008, il résidait en Espagne, où il disposait d'un titre de séjour. Il n'avait pas de domicile fixe en Suisse. Le rapport de police précisait que M. K\_\_\_\_\_ avait été contrôlé au moins à huit reprises dans le secteur en question.

### **E. 3**

Par ordonnance pénale du 28 février 2012, un procureur a condamné M. K\_\_\_\_\_, pour infractions à l'art. 115 al. 1 let. a et b de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20) ainsi qu'à l'art. 19 ch. 1 de la loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951 (LStup - RS 812.121) à une peine pécuniaire de quarante jours/amende, le mettant au bénéfice du sursis pendant une période de trois ans. L'intéressé avait vendu 2 g. de marijuana pour un montant de CHF 40.-, était entré en Suisse et y avait résidé depuis à tout le moins trois mois sans être au bénéfice des autorisations nécessaires et démuné de tout moyen de subsistance.

### **E. 4**

Le même jour, l'office cantonal de la population (ci-après : OCP) a prononcé le renvoi du territoire helvétique de M. K\_\_\_\_\_, ce dernier ayant dépassé la durée maximale de séjour autorisée en étant au bénéfice d'un visa d'un Etat membre du traité de Schengen, ne disposant pas de moyens financiers suffisants et constituant une menace pour l'ordre public, la sécurité intérieure ou les relations internationales de la Suisse, dès lors qu'il avait vendu un sachet de 2 g. de marijuana et qu'il résidait depuis plus de trois mois en Suisse. Dite décision était déclarée exécutoire nonobstant recours.

## **E. 5**

Le 28 février 2012 toujours, un officier de police a ordonné la mise en détention administrative de M. K\_\_\_\_\_ pour une durée d'un mois. Une demande avait été adressée aux autorités espagnoles en vue d'obtenir leur accord pour la réadmission de l'intéressé. Des indices concrets faisaient craindre qu'il se soustraie à son refoulement, dès lors qu'il n'avait ni domicile fixe ni lieu de résidence stable ni ressources financières pour rentrer dans son pays. Il faisait l'objet d'une décision de renvoi exécutoire.

## **E. 6**

Le 1<sup>er</sup> mars 2012, M. K\_\_\_\_\_ a été entendu par le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI). Il avait travaillé en Espagne en 2008, 2009 et 2011 et disposait d'un permis de séjour valable dans ce pays. Il était arrivé en Suisse trois mois avant la date de l'audience, en train. Il n'avait pas de travail et logeait parfois chez des connaissances, aidé financièrement par ces derniers. Il ne souhaitait pas retourner en Espagne maintenant, sauf si sa copine et son ami lui prêtaient l'argent nécessaire. Il avait une adresse officielle en Espagne mais ne pouvait la donner, étant illettré. L'OCP a confirmé que l'intéressé était titulaire d'un titre de séjour espagnol et précisait qu'il avait été entendu par la police le 19 octobre 2011. Au vu de la bonne collaboration des autorités espagnoles, le renvoi devait pouvoir être exécuté rapidement.

## **E. 7**

Par jugement du 1<sup>er</sup> mars 2012, le TAPI a confirmé l'ordre de détention de l'officier de police. L'intéressé faisait l'objet d'une décision de renvoi de Suisse exécutoire nonobstant recours. Il existait des éléments permettant de craindre qu'il ne se soustraie à son renvoi car il n'avait pas de domicile fixe, pas de lieu de résidence connu ni de moyens financiers légaux et avérés lui permettant de quitter la Confédération helvétique. Il faisait par ailleurs l'objet d'une poursuite pénale pour crime ayant donné lieu au prononcé d'une ordonnance pénale.

## **E. 8**

Le 12 mars 2012, M. K\_\_\_\_\_ a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), avec demande de levée immédiate de la détention administrative à titre de mesures provisionnelles. Il n'avait jamais été condamné pour un crime, mais pour des délits au sens de l'art. 10 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0). De plus, il était d'accord de quitter la Suisse, ainsi que l'avait retenu le TAPI. Le fait de ne pas disposer d'un travail ni d'un domicile en Suisse ne suffisait pas pour qu'une volonté de se soustraire au refoulement soit retenue. Le principe de la proportionnalité exigeait sa remise en liberté dès lors qu'une autre mesure, cas échéant une surveillance électronique, l'obligation de se rendre à intervalle régulier dans les locaux de l'OCP, permettait d'atteindre le même but. Selon la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101), la privation de liberté était une mesure si grave qu'elle ne se justifiait qu'en dernier recours.

## **E. 9**

Un délai au 16 mars 2012 a été fixé à l'officier de police pour qu'il se détermine tant sur la demande de mesures provisionnelles que sur le fond du recours.

## **E. 10**

Par téléphone et télécopie du 16 mars 2012, l'officier de police a demandé et obtenu la prolongation du délai qui lui avait été accordé jusqu'au 19 mars 2012 à 12h00. M. K\_\_\_\_\_ avait été refoulé par l'Espagne le jeudi 15 mars 2012.

#### **E. 11**

Le 16 mars 2012 encore, le conseil de l'intéressé s'est adressé à la chambre administrative. Il maintenait le recours, la question de la légalité de la détention devant être tranchée. La procédure ne pouvait être rayée du rôle, car les étrangers détenus administrativement à Genève étaient rapidement transférés dans un autre pays, rendant vain le contrôle de la légalité de la détention.

#### **E. 12**

Le 19 mars 2012, l'officier de police a conclu au rejet du recours, relevant que l'exécution du renvoi l'avait rendu sans objet, et s'en rapportant à justice au sujet de sa recevabilité. Le recourant faisait l'objet d'une décision de renvoi exécutoire. Il existait des indices concrets indiquant que le recourant entendait se soustraire à cette mesure. En particulier, M. K\_\_\_\_\_ avait indiqué « ne pas vouloir retourner maintenant en Espagne », mais désirait transiter par l'Italie pour rendre visite à un proche. La bonne foi du recourant, qui séjournait sans droit en Suisse et s'adonnait au trafic de stupéfiants, était douteuse. L'intéressé avait, selon le rapport d'arrestation, été contrôlé à huit reprises à l'endroit où il avait été interpellé, bien connu des trafiquants genevois, et avait reconnu à la police avoir vendu de la drogue à quatre occasions. La décision litigieuse respectait le principe de la proportionnalité et les autorités avaient agi avec diligence.

#### **E. 13**

La cause a alors été gardée à juger, ce dont les parties ont été informées. EN DROIT 1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ce point de vue (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). 2. Selon l'art. 10 al. 2 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 (LaLEtr - F 2 10), la chambre administrative doit statuer dans les dix jours qui suivent sa saisine. En prononçant le présent arrêt ce jour, elle respecte ce délai. 3. a. A teneur de l'art. 60 let. a et b LPA, les parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée et toute personne qui est touchée directement par une décision et a un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée, sont titulaires de la qualité pour recourir (ATA/77/2009 du 17 février 2009 et les références citées). La chambre administrative a déjà jugé que les let. a et b de la disposition précitée doivent se lire en parallèle : ainsi, le particulier qui ne peut faire valoir un intérêt digne de protection ne saurait être admis comme partie recourante, même s'il était partie à la procédure de première instance (ATA/98/2012 du 21 février 2012, et les références citées). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un intérêt digne de protection suppose un intérêt actuel à obtenir l'annulation de la décision attaquée (ATF 135 I 79 consid. 1 p. 82 ; 131 II 361 consid. 1.2 p. 365 ; 128 II 34 consid. 1b p. 36 ; Arrêts du Tribunal fédéral 1C\_33/2009 du 4 juin 2009 consid. 3 ; 1C\_76/2009 du 30 avril 2009 consid. 2 ; 6B\_34/2009 du 20 avril 2009 consid. 1.3 ; H. SEILER, Handkommentar zum Bundesgerichtsgesetz [BGG], Berne 2007, n. 33 ad art. 89 LTF p. 365 ; K. SPUHLER / A. DOLGE / D. VOCK, Kurzkomentar zum Bundesgerichtsgesetz [BGG], Zurich/St-Gall 2006, n. 5 ad art. 89 LTF p. 167). L'existence d'un intérêt actuel s'apprécie non seulement au moment du dépôt du recours, mais aussi lors du prononcé de la décision

sur recours ; s'il s'éteint pendant la procédure, le recours, devenu sans objet, doit être simplement radié du rôle (ATF 125 V 373 consid. 1 p. 374 ; 118 Ib 1 consid. 2 p. 7 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_76/2009 du 30 avril 2009 consid. 2 ; ATA/195/2007 du 24 avril 2007 consid. 3 et 4 ; ATA/175/2007 du 17 avril 2007 consid. 2a ; ATA/915/2004 du 23 novembre 2004 consid. 2b) ou déclaré irrecevable (ATF 123 II 285 consid. 4 p. 286 et ss. ; 118 Ia 46 consid. 3c p. 53 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C.69/2007 du 11 juin 2007 consid. 2.3 ; ATA/192/2009 du 21 avril 2009 ; ATA/195/2007 du 24 avril 2007 ; ATA/640/2005 du 27 septembre 2005). b. Il peut exceptionnellement être fait abstraction de l'exigence d'un intérêt actuel, lorsque la contestation peut se reproduire en tout temps dans des circonstances identiques ou analogues, que sa nature ne permette pas de la trancher avant qu'elle ne perde son actualité et que, en raison de sa portée de principe, il existe un intérêt public suffisamment important à la solution de la question litigieuse (ATF 136 II 101 consid. 1.1 p. 103 ; 135 I 79 consid. 1.1 p. 81). La jurisprudence a par ailleurs admis que l'autorité de recours devait entrer en matière pour examiner la licéité de la détention d'une personne libérée en cours de la procédure, dans la mesure où le recourant invoque de manière défendable un grief fondé sur la CEDH (ATF 137 I 296 ). c. Les principes rappelés ci-dessus sont aussi applicables en matière de détention administrative (Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_597/2011 du 13 septembre 2011 ; Ordonnance du Tribunal fédéral 2C\_704/2009 du 5 novembre 2009). En l'espèce, le recourant allègue précisément une violation de la CEDH et son recours n'est a priori pas dépourvu de chance de succès. En conséquence, il sera déclaré recevable. 4. L'étranger qui a fait l'objet d'une décision de renvoi peut être mis en détention administrative si des éléments concrets font craindre qu'il entend se soustraire à son expulsion, en particulier parce qu'il ne se soumet pas à son obligation de collaborer au sens de l'art. 90 LEtr ou de l'art. 8 al. 1 let. a ou al. 4 de la loi sur l'asile du 26 juin 1998 (LAsi - RS 142.31 ; art. 76 al. 1 let. b ch. 3 LEtr). Il en va de même si son comportement permet de conclure qu'il se refuse à obtempérer aux instructions des autorités (art. 76 al. 1 let. b ch. 4 LEtr). L'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 et 4 LEtr décrit des comportements permettant de conclure à l'existence d'un risque de fuite ou de disparition. Ces deux éléments doivent donc être envisagés ensemble (Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_128/2009 du 30 mars 2009, consid. 3.1). La simple supposition qu'une personne pourrait se soustraire au renvoi ne suffit pas à admettre un risque de disparition. Il convient de se fonder sur la conduite que l'intéressé avait eue jusque-là. Les indices d'un danger de fuite peuvent être l'absence de domicile fixe, de relations établies, de moyens de subsistance ou de papiers d'identité, mais ces circonstances ne pouvaient pas justifier, à elles seules, la détention (ATF 129 I p. 139, consid. 4.2.1, pp. 146 ss). En outre, un étranger faisant l'objet d'une décision de renvoi peut être placé en détention administrative en vue de l'exécution de celle-ci s'il a été condamné pour un crime (art. 76 al. 1 let. b ch. 1 LEtr renvoyant à l'art. 75 al. 1 let. h LEtr) ou s'il 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 condamné pour ce motif (art. 76 al. 1 let. b ch. 1 LEtr renvoyant à l'art. 75 al. 1 let. g LEtr). 5. a. En l'espèce, le TAPI ne pouvait pas retenir le motif de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 1 LEtr en lien avec l'art. 75 al. 1 let. h LEtr. En effet, cette dernière disposition renvoie à la notion de crime au sens de l'art. 10 al. 2 CP. Il doit donc s'agir d'une infraction passible d'une peine privative de liberté de plus de trois ans, par opposition au délit (art. 10 al. 3 CP), passible d'une peine privative de liberté n'excédant pas trois ans ou d'une peine pécuniaire, et à la contravention, passible d'une amende (art. 103 CP). Le recourant a été condamné en Suisse une seule fois, le 28 février 2012, pour infractions à l'art. 115 al. 1 let. a et b LEtr et à l'art. 19 ch. 1 LStup. Or

ces infractions sont des délits. b. L'intéressé ayant été condamné pour un trafic de stupéfiant portant sur la vente de 2 g. de marijuana, ni la quantité de stupéfiant, ni le produit en lui-même, ne sont aptes à mettre en danger la vie ou la santé de nombreuses personnes (ATA/142/2012 du 14 mars 2012). Le motif tiré de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 1 LEtr renvoyant à l'art. 75 al. 1 let. g LEtr n'est dès lors pas, non plus, fondé. c. En dernier lieu, le recourant dispose d'un titre de séjour en Espagne et d'un document d'identité. S'il a certes indiqué, lors de son audition par le TAPI, qu'il ne désirait pas se rendre « maintenant » en Espagne, il a précisé, d'une part, que c'était parce qu'il n'en avait pas les moyens financiers et, d'autre part, parce qu'il désirait se rendre en premier lieu en Italie, ne laissant jamais entendre qu'il souhaitait rester en Suisse. Il a par ailleurs, lors de son audition par l'officier de police, donné son accord à un retour en Espagne. Dans ces circonstances, l'officier de police et le TAPI ne pouvaient retenir l'existence d'un risque de fuite ou de disparition, au sens des art. 76 al. 1 let. b ch. 3 et 4 LEtr, pour justifier la détention de l'intéressé, alors que d'autres moyens, telle par exemple une obligation de se présenter quotidiennement à l'autorité, étaient aptes à assurer son départ. 6. Dans ces circonstances, le recours sera admis et il sera constaté que tant la décision de mise en détention que le jugement du TAPI ne respectaient pas le principe de la légalité et de la proportionnalité et n'étaient pas conformes au droit. Au vu de cette issue, une indemnité de procédure de CHF 1'000.- sera allouée au recourant à la charge de l'Etat de Genève (art. 87 LPA). Il ne sera pas perçu d'émolument, conformément aux art. 10 et 11 al. 1 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 - RFPA - E 5 10.03). \* \* \* \* \*

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.