

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2662/2024 MC

JTAPI/812/2024

JUGEMENT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

du 22 août 2024

dans la cause

Monsieur A_____, représenté par Me Orianna HALDIMANN, avocate

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

EN FAIT

1. Monsieur A_____, né le _____ 1999, est originaire de Gambie. Il est en possession d'un passeport gambien valable et d'un permis de séjour italien échu (CASI SPECIALI) depuis le 8 août 2020.
2. Depuis son arrivée en Suisse en 2021, il a été condamné à six reprises par les instances pénales genevoises, principalement pour des infractions à la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20) (séjour illégal), au code pénal suisse (vol – art. 139 al. 1 Code pénal suisse du 21 décembre 1937 ; CP - RS 311.0), rupture de ban – art. 291 CP, dommages à la propriété – art. 144 CP) et à la loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951 (LStup - RS 812.121) (art 19 al. 1 et 19a).
3. Le Tribunal de police a prononcé l'expulsion de Suisse de M. A_____ à trois reprises : le 28 mars 2022 pour une durée de 3 ans, le 11 janvier 2023 pour une durée de 5 ans, et le 15 avril 2024 pour une durée de 20 ans, en application des art. 66a bis et 66a CP.
4. Le 31 mars 2022, l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) a décidé de ne pas reporter l'expulsion judiciaire de l'intéressé.
5. M. A_____, se prévalant de son orientation sexuelle pour faire obstacle à son renvoi de Suisse à destination de la Gambie, a contesté cette décision auprès de la Chambre pénale de recours de la Cour de justice, laquelle a rejeté son recours par arrêt du 2 août 2022 (ACPR/516/2022).

Par arrêt du 24 octobre 2023 (7B_149/2022), le Tribunal fédéral a confirmé que l'expulsion judiciaire de l'intéressé de Suisse à destination de la Gambie ne devait pas être reportée. Selon la Haute Cour, l'homosexualité du recourant n'étant pas établie – sans que celui-ci démontre l'arbitraire de cette conclusion – il n'y avait pas lieu d'examiner plus avant les dangers auxquels seraient exposées les personnes homosexuelles en Gambie dont le recourant se prévalait.
6. Le 27 avril 2022, l'OCPM a procédé à la saisie du document d'identité de l'intéressé (passeport gambien valable jusqu'au 24 février 2026) et simultanément, le commissaire de police a assigné M. A_____ au territoire de la commune de B_____ pour une durée de douze mois, le temps que les juridictions puissent trancher la question du report/non-report de l'expulsion de l'intéressé.
7. Le 3 janvier 2024, M. A_____ a été incarcéré à la prison de Champ-Dollon en vue de purger différentes peines privatives de liberté.
8. Par ordonnance du 6 juin 2024, le Tribunal d'application des peines et des mesures a refusé la libération conditionnelle de M. A_____. Cette juridiction a notamment retenu que la situation personnelle de l'intéressé demeurait inchangée et on ne percevait aucun effort du cité pour modifier sa situation, étant rappelé qu'il faisait l'objet de trois expulsions de Suisse pour une durée de 3, 5 et 20 ans. En particulier,

aucun projet concret et étayé n'était présenté, de sorte que l'intéressé se retrouverait à sa sortie dans la même situation personnelle que celle ayant mené à ses dernières condamnations, à savoir en situation illégale en Suisse, sans travail, ni logement.

9. Le 2 juillet 2024, à la fin de sa peine, les services de police ont conduit l'intéressé à l'aéroport de Genève, où une place à bord d'un vol à destination de la Gambie avait été réservée.
10. M. A_____ a refusé d'embarquer sur ledit vol arguant que du fait de son homosexualité, il était en danger dans son pays. Il a été mis à disposition du Ministère public sur ordre du commissaire de police pour infractions aux art. 291, 292 et 286 CP.
11. Dans le cadre de son audition, M. A_____ a réitéré qu'il ne voulait pas retourner dans son pays d'origine en raison de son orientation sexuelle. S'agissant de sa situation personnelle, il a déclaré être démuné de moyens financiers, loger dans des foyers et avoir un oncle résidant dans le quartier de la Servette.
12. Le 3 juillet 2024, le Ministère public a entendu l'intéressé sans le condamner, les faits relatifs à son arrestation devant être joints à la procédure pénale ouverte le 17 mai 2024 (P/1_____), actuellement en cours. Le Ministère public a ensuite libéré l'intéressé et l'a remis en mains des services de police.
13. Le 3 juillet 2024, à 11h05, le commissaire de police a émis un ordre de mise en détention administrative à l'encontre de M. A_____ pour une durée de six mois.
14. L'organisation d'un vol de degré supérieur était actuellement à l'étude par les services de police. Selon les informations figurant sur l'EXTRANET du secrétariat d'État aux migrations (ci-après: SEM), le vol avec escorte policière n'était pas possible et la seule option envisageable restait le vol spécial. L'intéressé avait déjà été préinscrit/annoncé au SEM comme candidat potentiel sur un vol spécial depuis 2022, demande qui avait été renouvelée le 23 mai 2024.
15. Au commissaire de police, M. A_____ a déclaré qu'il s'opposait à son renvoi en Gambie.
16. 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.
17. Par courriel du même jour, le commissaire de police a informé le tribunal qu'une demande de réadmission concernant l'intéressé avait été formulée auprès des autorités italiennes.
18. Entendu le 4 juillet 2024 par le tribunal, M. A_____ a déclaré qu'il n'était pas d'accord de retourner en Gambie en raison de son homosexualité, mais qu'il ne serait pas opposé à son renvoi vers l'Italie. Son pays d'origine était musulman et les homosexuels n'y étaient pas bien vus. Il risquait ainsi d'être mis en prison et même d'être tué pour cette raison.

Le conseil de l'intéressé a remis au tribunal un flyer de l'association Asile LGBT ainsi qu'une capture d'écran du site internet Dialogai.org que lui avait remis son client lors de sa visite à FAVRA. Celui-ci lui avait indiqué qu'il comptait demander l'aide de ces organismes.

M. A_____ a expliqué qu'il n'avait plus de proches en Gambie. Son père vivait en Allemagne, sa mère était décédée et il avait un frère qui habitait la Gambie. Depuis que son père et son frère avaient appris son homosexualité, ils l'avaient chassé de leur vie. Il avait vécu cinq années en Sicile où il avait encore des amis. Il les contacterait pour leur demander s'ils pouvaient l'aider dans ses démarches visant le renouvellement de son autorisation de séjour. Il avait fait renouveler son passeport gambien en 2021 depuis la Suisse dans le but de demander la prolongation de son autorisation de séjour en Italie. Un passeport valable était en effet nécessaire pour retourner en Italie. Il n'y était toutefois pas retourné car il n'avait pas les moyens pour entreprendre ce voyage.

Le représentant du commissaire de police a expliqué qu'ils avaient initié des démarches le 3 juillet 2024, auprès des autorités italiennes afin de leur demander s'ils seraient d'accord de réadmettre M. A_____ sur leur territoire. Les chances d'une réponse positive étaient faibles dès lors que l'autorisation de séjour italienne de l'intéressé était échue depuis quatre ans et que M. A_____ n'avait entrepris aucune démarche pour solliciter le renouvellement de son autorisation. Quoi qu'il en fût, une réponse des autorités italiennes ne devrait pas intervenir avant une dizaine de jours. L'ordre de mise en détention était prononcé pour une durée de six mois, dès lors que tout restait à faire pour organiser un vol spécial à destination de la Gambie. En particulier, l'autorisation de ce pays devrait être obtenue, il conviendrait également d'affréter un avion et de réunir, avec l'aide des cantons, un nombre suffisant de candidats au renvoi dans ce pays, pour des questions de coûts. Si le nombre nécessaire de candidats ne pouvait être trouvé, il devrait être envisagé d'organiser un vol FRONTEx chargé de rapatrier des candidats au retour depuis différents pays européens. Ainsi à ce stade, ils n'avaient aucune visibilité concernant la date à laquelle le renvoi de M. A_____ pourrait être exécuté. Il a ajouté que les vols sous escorte policière à destination de la Gambie n'étaient pas possibles. En revanche, si M. A_____ était volontaire à son renvoi, un vol pourrait être organisé dans la semaine puisque celui-ci était au bénéfice d'un passeport valable. Il a conclu à la confirmation de l'ordre de mise en détention administrative prononcé à l'encontre de M. A_____ le 3 juillet 2024 pour une durée de six mois.

Le conseil de l'intéressé a conclu, principalement, à l'annulation de l'ordre de mise en détention administrative et à sa mise en liberté immédiate ; subsidiairement à sa libération et au prononcé d'une mesure d'assignation à territoire ; encore plus subsidiairement, à la réduction de la durée de la détention à un mois et enfin, à l'allocation d'une indemnité de procédure de CHF 880.-.

19. Par jugement du 5 juillet 2024 (JTAPI/679/2024) le tribunal a confirmé l'ordre de mise en détention administrative pris par le commissaire de police le 3 juillet 2024

à l'encontre de M. A_____ pour une durée de six mois, soit jusqu'au 2 janvier 2025, inclus.

20. Par arrêt du 30 juillet 2024 (ATA/890/2024), la chambre administrative de la Cour de justice a confirmé ce jugement.

En substance, après réexamen de la situation concrète du recourant, l'argument de la préférence sexuelle n'avait pas, au-delà de l'assertion, été substantifié au degré pouvant être attendu compte tenu des risques allégués en cas d'exécution du renvoi, de sorte que le commissaire puis le TAPI n'avaient commis ni excès ni abus de leur pouvoir d'appréciation en ne retenant pas de risque de ce type faisant obstacle à l'exécution du renvoi du recourant. Il n'y avait ainsi aucun motif de s'écarter de la décision définitive d'exécuter l'expulsion du recourant. Le renvoi était possible. Le recourant disposait d'un passeport valable et, ayant refusé d'embarquer dans le vol de ligne du 2 juillet 2024, seule son opposition faisait obstacle à l'exécution de son renvoi et rien n'indiquait qu'un vol spécial ne pourrait pas être affrété. Le recourant ayant constamment manifesté son refus d'être expulsé vers la Gambie et s'étant opposé à son embarquement le 2 juillet 2024, sa détention apparaissait nécessaire pour s'assurer de sa disponibilité le jour où il devra embarquer sur un vol spécial. Aucune autre mesure moins incisive que la détention, et en particulier pas une assignation à résidence comme il le proposait, n'était apte à atteindre l'objectif de disposer du recourant le jour de son renvoi effectif. Enfin, la durée de la détention, était proportionnée au temps nécessaire pour organiser un vol spécial, lequel devrait avoir lieu avant la fin de l'année 2024.

21. Par requête du 14 août 2024, M. A_____ a déposé une demande de mise en liberté auprès du tribunal. Il demandait sa mise en liberté de façon à quitter rapidement le territoire, selon la demande des autorités migratoires.

22. Lors de sa comparution, ce jour, devant le tribunal, M. A_____ a confirmé sa demande de mise en liberté, afin de pouvoir quitter la Suisse le plus rapidement possible. Il ne souhaitait plus rester dans cette « prison ». S'il n'avait pas le droit de rester en Suisse, alors il demandait qu'on lui donne 24 heures et il quitterait le territoire. Il ne souhaitait toujours pas retourner en Gambie car, en raison de son homosexualité, il serait mis en prison, voire tué. S'il était remis en liberté, il souhaitait quitter la Suisse, mais rester en Europe. Il n'avait pas de permis de séjour lui permettant de séjourner en Europe. Auparavant, en 2020, il avait eu un permis de séjour italien, lequel n'avait toutefois pas été renouvelé. Il ne serait pas capable de cacher son homosexualité en cas de retour en Gambie, car il aimait les hommes et pas les femmes. En 2022, son oncle s'était rendu compte de son homosexualité à la façon dont il s'habillait et parce qu'il portait des boucles d'oreille. Il l'avait ensuite dit à toute sa famille. À Genève, il rencontrait ses partenaires masculins dans deux clubs : le C_____ et D_____. S'il devait être libéré, il serait d'accord de se soumettre à des mesures permettant de garantir sa présence en vue de son renvoi. Il s'engageait à respecter une éventuelle assignation à un territoire.

Le représentant de l'OCPM a déclaré, concernant le vol spécial, que celui-ci était toujours en cours d'organisation. Ils étaient dans l'attente d'informations complémentaires de la part du SEM. À ce stade, ils n'avaient pas encore de date précise.

Le conseil de M. A_____ a plaidé et conclu à la libération immédiate de son client, son renvoi étant impossible dès lors que l'exécution de son expulsion violait le principe de non-refoulement. Subsidiairement, elle a conclu à ce que des mesures de substitution adéquates soient ordonnées en lieu et place de la détention administrative, le maintien de celle-ci étant disproportionnée.

Le représentant de l'OCPM a conclu au rejet de la demande de mise en liberté de M. A_____ et la confirmation de la détention administrative, en l'absence d'éléments et faits nouveaux depuis le dernier examen de sa situation par le tribunal puis la chambre administrative. L'OCPM était opposé au prononcé de mesures alternatives au vu du vol spécial en cours d'organisation. Seule la détention administrative leur apparaissait apte à garantir la présence de l'intéressé. Si M. A_____ devait être d'accord de repartir en Gambie, son rapatriement pourrait s'organiser en l'espace d'une semaine, par vol de ligne.

EN DROIT

1. Le Tribunal administratif de première instance (ci-après le tribunal) est compétent pour examiner les demandes de levée de détention faites par l'étranger (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. g de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10).
2. Selon l'art. 80 al. 5 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), l'étranger en détention peut déposer une demande de levée de détention un mois après que la légalité de cette dernière a été examinée. L'autorité judiciaire se prononce dans un délai de huit jours ouvrables, au terme d'une procédure orale.

Cela étant, l'art. 7 al. 4 let. g LaLEtr prévoit que la personne détenue peut déposer en tout temps une demande de levée de détention.

Sur ce point, il a été jugé que le droit cantonal peut déroger au droit fédéral, dans la mesure où il étend les droits de la personne détenue (DCCR du 27 mars 2008 en la cause MC/023/2008 et du 24 avril 2008 en la cause MC/026/2008).

Le tribunal statue alors dans les huit jours ouvrables qui suivent sa saisine sur la demande de levée de détention (art. 9 al. 4 LaLEtr).

3. En l'espèce, la demande de levée de la détention administrative formée par M. A_____ le 14 août 2024 est recevable et la décision du tribunal intervient dans le respect du délai légal susmentionné.

4. Selon l'art. 80 al. 6 let. a LEI, la détention administrative d'une personne étrangère devant quitter le territoire suisse doit être levée si l'exécution du renvoi ou de l'expulsion s'avère impossible pour des raisons juridiques ou matérielles. Dans ce cas, la détention dans l'attente de l'expulsion ne peut en effet plus être justifiée par une procédure d'éloignement en cours; elle est, de plus, contraire à l'art. 5 par. 1 let. f CEDH (cf. ATF 130 II 56 consid. 4.1.1; arrêt 2C_216/2023 du 22 juin 2023 consid. 6.1 et les arrêts cités). Il s'agit d'évaluer la possibilité d'exécuter la décision de renvoi en fonction des circonstances de chaque cas d'espèce. Le facteur décisif est de savoir si l'exécution de la mesure d'éloignement semble possible dans un délai prévisible, respectivement raisonnable avec une probabilité suffisante (arrêts 2C_468/2022 du 7 juillet 2022 consid. 4.1; 2C_233/2022 du 12 avril 2022 consid. 4.3.1; 2C_984/2020 du 7 janvier 2021 consid. 4.1; 2C_955/2020 du 10 décembre 2020 consid. 5.1; 2C_634/2020 du 3 septembre 2020 consid. 6.1). Sous l'angle de l'art. 80 al. 6 let. a LEI, la détention ne doit être levée que si la possibilité de procéder à l'expulsion est inexistante ou hautement improbable et purement théorique, mais pas s'il y a une chance sérieuse, bien que mince, d'y procéder (cf. ATF 130 II 56 consid. 4.1; arrêt 2C_468/2022 du 7 juillet 2022 consid. 4.1 et les arrêts cités).
5. La détention administrative peut également être levée si la demande de levée de détention est admise, ce qui suppose dans ce cas que les conditions de la détention ne sont plus remplies que ce soient sous l'angle de la légalité au sens strict ou de la proportionnalité.
6. En l'espèce, tant le tribunal de céans que la chambre administrative ont confirmé que les conditions légales de la détention de l'intéressé étaient remplies (JTAPI/679/2024 et ATA/890/2024 précités). En dernier lieu, la chambre a retenu que l'argument de la préférence sexuelle n'avait pas, au-delà de l'assertion, été substantifié au degré pouvant être attendu compte tenu des risques allégués en cas d'exécution du renvoi et qu'il n'y avait ainsi aucun motif de s'écarter de la décision définitive d'exécuter l'expulsion de l'intéressé, dont le renvoi était possible. Ce dernier ayant pour le surplus constamment manifesté son refus d'être expulsé vers la Gambie et s'étant opposé à son embarquement le 2 juillet 2024, sa détention apparaissait nécessaire pour s'assurer de sa disponibilité le jour où il devrait embarquer sur un vol spécial. Aucune autre mesure moins incisive que la détention, et en particulier pas une assignation à résidence, n'était apte à atteindre l'objectif de disposer de M. A_____ le jour de son renvoi effectif. Enfin, la durée de la détention, était proportionnée au temps nécessaire pour organiser un vol spécial, lequel devrait avoir lieu avant la fin de l'année 2024.

L'intéressé n'apporte aucun élément qui permettrait de considérer que tel ne serait plus le cas aujourd'hui, respectivement que la détention serait disproportionnée ou que son renvoi ne serait plus possible. En particulier, les circonstances ayant conduit à cette détention n'ont pas changé.

Rien au dossier ne permet pour le surplus de retenir que les autorités ne continuent pas d'agir avec diligence et célérité, étant rappelé que M. A_____ est inscrit sur un vol spécial à destination de la Gambie lequel devrait avoir lieu avant la fin de l'année 2024.

Partant, aucun motif ne justifie une levée de sa détention administrative.

7. Au vu de ce qui précède, la demande de mise en liberté sera rejetée. En tant que de besoin, la détention administrative sera confirmée jusqu'au 2 janvier 2025 inclus, date jusqu'à laquelle elle a été confirmée selon jugement du tribunal du 5 juillet 2024.
8. 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 mise en liberté formée le 14 août 2024 par Monsieur A_____ ;
2. la rejette et confirme en tant que de besoin la détention jusqu'au 2 janvier 2025 ;
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 10 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

Marielle TONOSI

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

Le greffier