

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/290/2017-MC

ATA/201/2017

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 16 février 2017

en section

dans la cause

COMMISSAIRE DE POLICE

contre

Mme A_____ et M. B_____

représentés par Me Michael Mitzicos-Giogios, avocat

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
27 janvier 2017 (JTAPI/103/2017)**

EN FAIT

1. En 2008, Mme A_____, née en 1985 et originaire de Moldavie, et M. B_____, né en 1988 et ressortissant ukrainien, se sont mariés.
2. M. B_____ a déposé une demande d'asile en Suisse le 10 février 2015. Mme A_____ a quant à elle déposé une demande d'asile en date du 11 mars 2015.
3. Par décision du 29 avril 2016, le secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM) a rejeté ces demandes, les requérants n'ayant pas la qualité de réfugiés, a prononcé leur renvoi de Suisse et leur a imparti un délai au 24 juin 2016 pour quitter la Suisse, faute de quoi ils s'exposaient à une détention en vue de l'exécution du renvoi sous contrainte. Le canton de Genève était tenu de procéder à l'exécution de la décision de renvoi.
4. Par arrêt du 24 août 2016, le Tribunal administratif fédéral (ci-après : TAF) a rejeté le recours formé par les intéressés le 2 juin 2016 contre ladite décision.

Les recourants ne contestaient pas la décision du SEM en tant qu'elle leur déniait la qualité de réfugiés, rejetait leurs demandes d'asile et prononçait leur renvoi, de sorte que sur ces points, celle-ci avait acquis la force de chose décidée.

Sous l'angle de la licéité de l'exécution du renvoi, s'agissant d'abord du refus de servir du mari, rien dans le dossier ne permettait de présager que celui-ci risquait, en Ukraine, des sanctions qui seraient déterminantes sous l'angle de l'art. 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101). Sur ce point, il convenait de relever que, selon la convocation produite, le refus de servir à l'armée pouvait être puni, en Ukraine, soit d'une amende ou d'emprisonnement pour six mois, soit d'une astreinte à des travaux « correctionnels » pour un maximum de deux ans. Quant au risque d'être mobilisé et envoyé sur le front, celui-ci ne pouvait pas, non plus, s'analyser comme une atteinte à l'art. 3 CEDH. Il s'agissait en effet ici de l'accomplissement d'un devoir de citoyen. Le risque d'être blessé voire tué était en effet inhérent à la défense de son pays dans la cadre d'un service commandé.

Concernant la situation de l'épouse, aucun élément du dossier ne permettait de présager qu'elle puisse être soumise, après son renvoi en Moldavie, à des traitements prohibés par l'art. 3 CEDH. Le recours ne contenait d'ailleurs aucune allégation sur ce point.

Pour le reste, l'exécution du renvoi, en Moldavie pour Mme A_____ et en Ukraine pour M. B_____, était exigible et possible.

Certes, les intéressés, qui étaient mariés, provenaient de deux pays différents. Mme A_____ disposait toutefois d'un permis de séjour en Ukraine. Elle pouvait donc s'y installer avec son mari si elle ne souhaitait pas se séparer de lui. Inversement, si M. B_____ désirait suivre son épouse en Moldavie, il lui était loisible d'entamer, auprès des autorités compétentes de ce pays, une procédure de regroupement familial lui permettant d'y obtenir une autorisation de séjour adéquate.

5. Le 31 août 2016, le SEM a imparti aux époux un nouveau délai au 28 septembre 2016 pour quitter la Suisse.
6. Par courrier du 5 septembre 2016, l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après: OCPM) a convoqué Mme A_____ et M. B_____ pour le 13 septembre 2016, munis de leurs livrets N.

Les intéressés ne se sont pas rendus à cet entretien, mais ont transmis à l'OCPM copie d'une « demande de reconsidération » du 12 septembre 2016, rédigée par l'association qui défendait alors leurs droits et adressée au SEM.

Le 12 septembre 2016, en réponse au courriel précité, l'OCPM a enjoint Mme A_____ et M. B_____ à se présenter dans les plus brefs délais à ses guichets pour y déposer leurs livrets N et assister à un entretien de départ.

7. Le 15 septembre 2016 et suite à un courriel de l'OCPM du 13 septembre 2016, les époux ont eu un entretien de départ avec celui-ci et lui ont remis leurs livrets N. À cette occasion, ils ont indiqué n'avoir entrepris aucune démarche pour retourner dans leur pays dès lors qu'ils attendaient l'issue de leur demande de réexamen. Ils avaient pris bonne note qu'ils devaient se rendre au bureau de la Croix-Rouge genevoise d'ici au 22 septembre 2016 afin d'entreprendre les démarches en vue de l'organisation de leur retour.
8. Par décision incidente du 27 septembre 2016, le TAF, après avoir considéré la « demande de reconsidération » du 12 septembre 2016 adressée au SEM – que ce dernier lui avait transmis pour raison de compétence – comme une demande de révision de son arrêt du 24 août 2016, a notamment rejeté l'effet suspensif demandé par Mme A_____ et de M. B_____, puis, par arrêt du 16 novembre 2016, a rejeté leur demande de révision.

Les motifs invoqués à l'appui de cette demande de révision auraient pu et dû être invoqués lors de la procédure ordinaire, à savoir dans le mémoire de recours déposé par les intéressés, le 2 juin 2016, à l'encontre de la décision du SEM du 29 avril 2016. En effet, il était du ressort de plaideurs consciencieux de faire les recherches nécessaires leur permettant d'invoquer, à l'appui de leur pourvoi déposé le 2 juin 2016, la décision du Conseil fédéral, du 20 juin 2014, rayant l'Ukraine de la liste des États sûrs en raison de l'instabilité régnant dans ce pays,

la décision du Parlement ukrainien, du 5 février 2015, autorisant les officiers de l'armée ukrainienne à recourir à la force contre les déserteurs ainsi que les nouvelles mesures de conscription militaire entrées en vigueur en janvier 2015.

9. Par mandat du 16 novembre 2016, l'OCPM a requis les services de police de procéder au renvoi des intéressés en Ukraine.
10. Le 24 novembre 2016 – après les 29 septembre, 13 octobre et 10 novembre 2016 –, Mme A_____ et M. B_____ se sont rendus pour la dernière fois aux guichets de l'OCPM pour présenter leur « attestation de délai de départ et d'aide d'urgence ».
11. Les services de police ont sollicité la réservation d'un vol pour Kiev pour Mme A_____ et M. B_____, qui a été confirmé le 11 janvier 2017 pour le 25 janvier 2017, à 13h50, au départ de Genève.
12. Selon le rapport établi le 25 janvier 2017 par un agent de renvois de la police internationale à l'intention du commissaire de police, au matin du jour même, après leur interpellation sans heurt à leur domicile et prise de leurs effets personnels, les conjoints ont été acheminés à l'hôtel de police où a eu lieu un entretien de départ en anglais, lors duquel il leur a été confirmé qu'était réservé un vol DEPU permettant leur rapatriement pour le jour même à destination de Kiev. Il leur a été indiqué qu'ils allaient par la suite être transférés à l'aéroport (SARA) dans l'attente du vol susmentionné, d'où ils seraient accompagnés par des policiers en uniforme jusqu'à la porte de l'avion pour leur départ seuls, et que s'ils refusaient de prendre ce vol, ils seraient placés en détention administrative séparément dans l'attente d'un nouveau vol accompagné par des policiers (DEPA). Après que les services de police se sont assurés que Mme A_____ et M. B_____ avaient bien compris ces dires, ces derniers ont confirmé leur décision de rejoindre leurs pays d'origine via le vol précité.

À teneur d'un autre rapport émis le même jour par la police internationale, au moment de préparer les bagages des époux, les deux policiers engagés les ont informés de leur rapatriement à destination de Kiev et les intéressés n'ont pas dit qu'ils refuseraient de partir, de sorte que les policiers sont allés faire le check-in des bagages.

Il ressort des deux rapports précités qu'un peu plus tard, l'avocat des intéressés, récemment constitué, s'est présenté au poste de police de l'aéroport afin de s'entretenir avec ses mandants, qui se trouvaient alors dans le dortoir du SARA. Il a été fait droit à sa requête. Au terme de cet entretien avec leur conseil, Mme A_____ et M. B_____ ont fait savoir aux services de police qu'ils s'opposaient à leur retour en Ukraine. Il n'y a pas eu d'usage de la force.

13. Le même 25 janvier 2017, à 17h20, le commissaire de police a émis un ordre de mise en détention administrative à l'encontre de M. B_____ pour une durée de trois mois, sur la base de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 et 4 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20).

Au commissaire de police, M. B_____ a, relativement à son refus de prendre l'avion, déclaré que son accord préalable résultait du fait qu'il n'était pas bien réveillé au moment de l'annonce de cette décision, qu'il n'avait pas bien comprise. Il s'opposait à son renvoi en Ukraine car il courait le risque d'être enrôlé sur le front et qu'il ne voulait pas faire la guerre.

14. Le même jour, à 17h40, le commissaire de police a émis un ordre de mise en détention administrative à l'encontre de Mme A_____ pour une durée de trois mois, sur la base de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 et 4 LEtr.

Au commissaire de police, Mme A_____ a déclaré qu'elle n'avait jamais donné son accord pour retourner en Ukraine puisqu'elle n'avait pas compris et n'avait signé aucun papier dans ce sens. Elle s'opposait à son renvoi en Ukraine, où son mari risquait pour sa vie. Un retour en Moldavie n'était pas envisageable dès lors que ce pays ne connaissait pas le regroupement familial et que son époux devrait retourner tous les trois mois en Ukraine. Elle avait par ailleurs des problèmes avec son ex-ami en Moldavie. Elle était en bonne santé et ne suivait actuellement aucun traitement.

15. Ces ordres de mise en détention administrative ont été transmis au Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) et celui-ci a tenu une audience le 27 janvier 2017.

Mme A_____ a déclaré qu'elle logeait actuellement, avec son mari, dans un foyer. Elle ne s'était pas opposée à son interpellation, le 25 janvier 2017. Lorsqu'ils étaient arrivés à l'aéroport, les époux n'avaient pas compris qu'ils devaient embarquer pour l'Ukraine. S'ils l'avaient compris, elle s'y serait opposée puisque son mari y risquait pour sa vie. Elle s'opposait à quitter la Suisse. Elle suivait un traitement depuis environ un an à la maternité de l'hôpital, en raison de problèmes d'ordre gynécologique. Les époux rencontraient en effet des difficultés pour avoir un enfant.

M. B_____ a précisé que son épouse et lui-même bénéficiaient de l'aide d'urgence depuis le mois de septembre 2016, soit un montant de CHF 245.- tous les quinze jours pour les deux. Depuis le 24 novembre 2016, ils avaient continué à se rendre, tous les quinze jours, au guichet de l'OCPM pour présenter l'attestation d'aide d'urgence. Ils avaient été interpellés le 25 janvier 2017 au foyer aux alentours de 6h00 du matin et ni lui, ni son épouse ne s'y étaient opposés. En arrivant à l'aéroport, il ne leur avait pas été indiqué que le vol était prévu à destination de l'Ukraine. Lorsqu'il avait vu son avocat – avec lequel il échangeait

en anglais –, M. B_____ lui avait indiqué qu'il s'opposait à son renvoi en Ukraine. Il n'était pas d'accord de quitter la Suisse. S'il devait retourner en Ukraine, il serait immédiatement arrêté ou envoyé sur le front. Il a insisté sur le fait qu'il y avait la guerre là-bas et qu'il refusait d'avoir à tirer sur des amis ou des voisins. Les conjoints avaient mandaté leur avocat afin qu'il dépose une demande de reconsidération auprès du SEM. Tous les jeudis, sa femme et lui travaillaient comme bénévoles à la crèche de leur foyer, ce qu'ils pourraient attester puisqu'ils signaient, une fois par mois, une liste de présence et qu'ils touchaient, par personne, la somme de CHF 50.- symbolique, l'administration ne pouvant pas leur verser de salaire. Il était recommandé à sa femme de vivre dans un environnement calme pour résoudre ses problèmes de santé.

Le conseil des intéressés a indiqué que Mme A_____ et M. B_____ étaient venus le consulter avant les fêtes de Noël 2016, c'est-à-dire après la réception de l'arrêt du TAF rejetant leur demande de révision. Ils lui avaient transmis la décision du TAF. L'avocat leur avait demandé de lui transmettre leur dossier afin de déposer une demande de reconsidération auprès du SEM et également pour examiner leur éventuel droit de séjour avec les autorités cantonales. Vu l'absence de réponse de l'ancien mandataire de ses clients, il avait dû demander le dossier au SEM en date du 15 janvier 2017 lequel lui avait répondu le 20 janvier 2017 et il avait reçu ce courrier le 23 janvier 2017. Il a conclu à leur mise en liberté immédiate et à ce qu'il leur soit fait obligation de se présenter à toutes convocations de l'OCPM. Il a, en substance, invoqué l'impossibilité de les renvoyer en Ukraine de même que la violation du principe de la proportionnalité.

La représentante du commissaire de police a indiqué que, compte tenu du refus des intéressés de monter à bord de l'avion le 25 janvier 2017, les autorités avaient initié des démarches en vue de la réservation d'un vol spécial à destination de l'Ukraine. Cette destination avait été déterminée compte tenu du fait que les deux époux avaient le droit d'y résider. Les intéressés n'avaient à ce jour entrepris aucune démarche en vue d'un regroupement familial qui les autoriserait à séjourner en Moldavie. Un vol spécial était en cours d'organisation mais elle n'était pas en mesure d'indiquer la date à laquelle il pourrait avoir lieu. En l'état du dossier et des déclarations des intéressés, il était apparu qu'un vol DEPA, sous escorte policière, n'était pas opportun et serait voué, de toutes les façons, à l'échec. Sur question du conseil des intéressés, elle a indiqué qu'en l'état du dossier, il n'apparaissait pas que ceux-ci n'auraient pas donné suite à une convocation de la part de l'OCPM ou des services de police. À sa connaissance, ils avaient demeuré à la même adresse depuis leur arrivée à Genève. Ils n'avaient pas fait non plus l'objet de poursuite pénale. Pour le surplus, elle a conclu à la confirmation des ordres de mise en détention administrative de Mme A_____ et de M. B_____ pour une durée de trois mois.

16. Par jugement du 27 janvier 2017, notifié le jour même, le TAPI a joint les procédures A/290/2017 et A/291/2017 – qui concernaient chacune l'un des époux – sous le numéro de cause A/290/2017, a annulé les ordres de mise en détention administrative émis par le commissaire de police le 25 janvier 2017 à l'encontre de Mme A_____ et de M. B_____ pour une durée de trois mois et a ordonné leur mise en liberté immédiate.

Mme A_____ et M. B_____ ne contestaient pas ne pas avoir entrepris de démarche concrète en vue de leur départ. À cet égard, ils avaient tenté de faire échec à l'exécution de leur renvoi en Ukraine, par les voies judiciaires, prévues par la loi. À ce jour, ils espéraient d'ailleurs encore changer la situation puisqu'ils avaient mandaté leur avocat pour déposer une nouvelle demande de reconsidération devant les autorités fédérales et que celui-là, confronté à des difficultés pour obtenir une copie de leur dossier, n'avait pas encore été en mesure de leur indiquer si leur démarche avec quelque chance de succès.

Par ailleurs, selon le commissaire de police, ils ne se seraient plus présentés aux guichets de l'OCPM pour présenter leur attestation d'aide d'urgence depuis le 24 novembre 2016, ce qu'ils avaient catégoriquement contesté devant le TAPI, offrant de prouver leurs allégations par la production des formulaires se trouvant dans leur chambre au foyer.

Lors de leur interpellation le 25 janvier 2017, ils n'avaient manifesté aucune opposition à leur renvoi. Arrivés au SARA, ils n'avaient pas d'avantage indiqué qu'ils refusaient de partir. Ce n'était qu'après avoir compris que l'avion dans lequel ils devaient embarquer devait les ramener en Ukraine qu'ils avaient déclaré refuser d'être rapatriés à Kiev. Ils avaient réitéré ce refus devant le commissaire de police qui avait prononcé les ordres de mises en détention administrative à leur rencontre. Enfin, devant le TAPI, ils avaient confirmé qu'ils s'opposaient à un retour en Ukraine, invoquant le danger qu'y courait le mari.

Par ailleurs, le dossier ne contenait aucune pièce démontrant que les intéressés auraient cherché délibérément à se soustraire à un entretien ou en ne donnant pas suite à une convocation dûment adressée à leur adresse. Ceux-ci avaient en outre rendu vraisemblable qu'ils pouvaient être atteints aisément à leur foyer où ils résidaient sans interruption depuis leur arrivée à Genève puisqu'ils y avaient été trouvés le 25 janvier 2017. Dans ces conditions, le risque de disparition – qui selon le message du Conseil fédéral, fondait cette détention – n'apparaissait nullement établi en l'espèce.

Partant, on pouvait douter que les conditions d'application de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 et 4 LEtr soient remplies, dans la mesure où il n'était en l'état pas démontré par des faits ou indices concrets que les intéressés étaient inatteignables par les autorités ou qu'ils auraient refusé de se rendre à des convocations, et donc qu'il existait un risque de fuite au sens de cette disposition légale. Quoi qu'il en

soit, cette question pouvait souffrir de demeurer indécise. En effet, en tout état et au vu de l'ensemble des éléments relevés ci-dessus, et compte du fait qu'à ce jour aucune date pour un vol spécial n'était avancée – étant rappelé que l'organisation d'un vol prenait souvent de longs mois –, il apparaissait que la mise en détention administrative de Mme A_____ et de M. B_____ ne respectait pas le principe de la proportionnalité.

C'était aussi le lieu de rappeler, toujours sous l'angle de la proportionnalité, que l'objectif poursuivi par la détention administrative, en l'occurrence le départ de Suisse de Mme A_____ et de M. B_____, pourrait être garanti par la mise en place d'une mesure de substitution moins incisive, sous la forme d'une assignation d'un lieu de résidence territoriale selon l'art. 74 LEtr et/ou de l'obligation de se présenter régulièrement à une autorité au sens de l'art. 64e let. a LEtr, ce d'autant plus que leur passeport était déjà en main de l'autorité.

17. Par acte expédié le 6 février 2017 au greffe de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), le commissaire de police a formé recours contre ce jugement, concluant à l'annulation de ce dernier, à la confirmation de l'ordre de mise en détention qu'il avait émis le 25 janvier 2017 et à ce que les services de police soient autorisés à réintégrer Mme A_____ et M. B_____ en détention administrative sur la base de cet ordre de mise en détention.

Vu notamment la soustraction effective des intimés au vol qui leur avait été réservé, les conditions d'application de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 et 4 LEtr étaient remplies et la mesure litigieuse était proportionnée.

S'agissant du principe de la proportionnalité, l'organisation d'un vol spécial nécessitait par essence de lourds moyens logistiques et la date d'un tel vol ne pouvait pas être aussi prévisible qu'un vol de ligne, de sorte qu'exiger la date de celui-ci revenait à faire peser sur les autorités des exigences impossibles à respecter. En outre, la libération immédiate des intimés mettait en danger leur inscription confirmée sur le prochain vol spécial, dont on savait aujourd'hui avec certitude, de par un courriel adressé le 31 janvier 2017 par le SEM, qu'il interviendrait à destination de Kiev durant les mois de février ou mars 2017, la date n'étant pas encore connue.

18. Par courrier du 7 février 2017, le TAPI a transmis son dossier à la chambre administrative, sans formuler d'observations.
19. Dans leur réponse du 14 février 2017, Mme A_____ et M. B_____ ont conclu à l'irrecevabilité du recours pour défaut de qualité pour recourir, au fond à la confirmation du jugement entrepris.

« Très prochainement, [seraient] déposés en mains des autorités cantonales et/ou fédérales, des moyens juridiques visant à un réexamen du fond de [leur] situation ».

Dans une attestation établie le 10 février 2017, la Dresse C_____, endocrinologue et diabétologue FMH, certifiait, en tant que médecin traitant de Mme A_____, que celle-ci était actuellement en état de choc réactionnel avec syndrome de stress post-traumatique, qui s'inscrivait dans le contexte d'un état anxio-dépressif préexistant, en sévère décompensation depuis son incarcération le 25 janvier 2017.

Étaient par ailleurs produites des « attestation[s] de délai de départ et d'aide d'urgence » dont il ressortait que les époux s'étaient rendus aux guichets de l'OCPM à deux reprises, ces attestations valant jusqu'au 23 février 2017.

20. Par lettre du même jour, la chambre administrative a informé les parties de ce que la cause était gardée à juger.
21. Pour le reste, les arguments des parties seront repris, en tant que de besoin, dans la partie en droit ci-après.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile - c'est-à-dire dans le délai de dix jours - devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ces points de vue (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 10 al. 1 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10 ; art. 17 al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la qualité pour recourir suppose un intérêt actuel au recours (ATF 135 I 79 consid. 1 ; 131 II 361 consid. 1.2).

La condition de l'intérêt actuel fait défaut en particulier lorsque, notamment, la décision attaquée a été exécutée et a sorti tous ses effets (ATF 125 I 394 consid. 4 ; ATA/2/2016 du 4 janvier 2016 ; ATA/671/2015 du 23 juin 2015 et les références citées).

Il est toutefois renoncé à l'exigence d'un intérêt actuel lorsque cette condition de recours fait obstacle au contrôle de la légalité d'un acte qui pourrait se reproduire en tout temps, dans des circonstances semblables et qui, en raison de sa brève durée ou de ses effets limités dans le temps, échapperait ainsi toujours à la censure de l'autorité de recours (ATF 135 I 79 ; 131 II 361 ; ATA/2/2016 précité ; ATA/671/2015 précité).

En matière de détention administrative, le Tribunal fédéral a indiqué qu'il pouvait se justifier de faire abstraction de l'exigence d'un intérêt actuel au recours pour autant qu'il subsiste, par rapport à d'éventuels nouveaux cas pouvant se produire, un avantage suffisant à ce que la question litigieuse soit tranchée, par exemple s'il s'agit d'une question juridique nouvelle ou s'il n'est pas possible autrement de s'opposer au développement d'une pratique contraire au droit fédéral (arrêt du Tribunal fédéral 2C_445/2007 du 30 octobre 2007 et la jurisprudence citée ; ATA/156/2013 du 7 mars 2013).

Tel est le cas en l'espèce, dès lors que le commissaire de police a conclu à l'annulation du jugement du TAPI alors que les intimés ont déjà été mis en liberté et qu'en fonction des circonstances, un nouvel ordre de mise en détention pourra être prononcé à leur encontre, s'il devait être à nouveau nécessaire de faire appel à une privation de liberté à des fins administratives. Dans ces conditions, il convient de déclarer le recours recevable, en faisant abstraction de l'exigence de l'intérêt actuel, et de trancher le litige, cas échéant par une décision constatatoire (dans ce sens ATA/2/2016 précité ; ATA/671/2015 précité).

Le recours formé par le commissaire de police sera en conséquence déclaré recevable.

3. Selon l'art. 10 al. 2 1^{ère} phr. LaLEtr, la chambre administrative doit statuer dans les dix jours qui suivent sa saisine. Ayant reçu le recours le 7 février 2017 et statuant ce jour, elle respecte en tout état de cause ce délai.

En outre, à teneur dudit art. 10 LaLEtr, elle est compétente pour apprécier l'opportunité des décisions portées devant elle en cette matière (al. 2 2^{ème} phr.) ; elle peut confirmer, réformer ou annuler la décision attaquée ; le cas échéant, elle ordonne la mise en liberté de l'étranger (al. 3 1^{ère} phr.).

4. a. La détention administrative porte une atteinte grave à la liberté personnelle et ne peut être ordonnée que dans le respect de l'art. 5 § 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 de la Confédération 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).
- b. En vertu de l'art. 76 al. 1 let. b LEtr, lorsqu'une décision de renvoi ou d'expulsion de première instance a été notifiée, l'autorité compétente peut, afin d'en assurer l'exécution, mettre en détention la personne concernée si des éléments concrets font craindre qu'elle entende se soustraire au renvoi ou à l'expulsion, en particulier parce qu'elle ne se soumet pas à son obligation de collaborer en vertu 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) (ch. 3), ou si son comportement permet de conclure qu'elle se refuse à obtempérer aux instructions des autorités (ch. 4).

Ces chiffres 3 et 4 décrivent tous deux les comportements permettant de conclure à l'existence d'un risque de fuite ou de disparition ; ils doivent donc être envisagés ensemble (arrêt du Tribunal fédéral 2C_128/2009 du 30 mars 2009 consid. 3.1).

Selon la jurisprudence, un risque de fuite – c'est-à-dire la réalisation de l'un de ces deux motifs – existe notamment lorsque l'étranger a déjà disparu une première fois dans la clandestinité, qu'il tente d'entraver les démarches en vue de l'exécution du renvoi en donnant des indications manifestement inexacts ou contradictoires ou encore s'il laisse clairement apparaître, par ses déclarations ou son comportement, qu'il n'est pas disposé à retourner dans son pays d'origine. Comme le prévoit expressément l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 LEtr, il faut qu'il existe des éléments concrets en ce sens (ATF 140 II 1 consid. 5.3 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_381/2016 du 23 mai 2016 consid. 4.1 ; 2C_658/2014 du 7 août 2014 consid. 1.2). Si le fait d'être entré en Suisse illégalement, d'être démuné de papiers ou de ne pas quitter le pays dans le délai imparti à cet effet ne saurait, pris individuellement, suffire à admettre un motif de détention au sens de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 (voire ch. 4) LEtr, ces éléments peuvent constituer des indices parmi d'autres en vue d'établir un risque de fuite (arrêt du Tribunal fédéral 2C_142/2013 du 1er mars 2013 consid. 4.2 ; voir aussi ATF 140 II 1 consid. 5.3).

Lorsqu'il examine le risque de fuite, le juge de la détention doit établir un pronostic, en déterminant s'il existe des garanties que l'étranger prêtera son concours à l'exécution du renvoi le moment venu, c'est-à-dire lorsque les conditions en seront réunies. Il dispose pour ce faire 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).

c. La détention administrative doit respecter le principe de la proportionnalité, garanti par l'art. 36 Cst., qui se compose des règles d'aptitude – exigeant que le moyen choisi soit propre à atteindre le but fixé –, de nécessité – qui impose qu'entre plusieurs moyens adaptés, on choisisse celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés – et de proportionnalité au sens étroit – qui met en balance les effets de la mesure choisie sur la situation de l'administré et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (ATF 125 I 474 consid. 3 et les arrêts cités ; arrêt du Tribunal fédéral 1P.269/2001 du 7 juin 2001 consid. 2c ; ATA/189/2015 du 18 février 2015 consid. 7a).

d. Selon l'art. 76 al. 4 LEtr, les démarches nécessaires à l'exécution du renvoi ou de l'expulsion doivent être entreprises sans tarder.

5. a. En l'espèce, les intimés font l'objet d'une décision de renvoi définitive et exécutoire, prononcée par le SEM le 29 avril 2016 et confirmée par le TAF par arrêt du 24 août 2016, dont la demande de révision a été rejetée le 16 novembre 2016.

La première condition de l'art. 76 al. 1 LETr est en conséquence remplie.

Il est ici précisé que les craintes des intimés par rapport aux risques qu'ils allèguent encourir ne relèvent pas de l'examen des autorités compétentes en matière de détention administrative (dans ce sens ATA/1074/2016 du 20 décembre 2016 consid. 9c ; ATA/1075/2016 du 20 décembre 2016 consid. 9c), mais du SEM et du TAF, lesquels se sont déjà penchés sur cette question de manière circonstanciée.

- b. Le TAPI doit être suivi lorsqu'il admet que les époux intimés n'ont pas cherché délibérément à se soustraire à un entretien avec les autorités auquel ils auraient été convoqués et qu'ils ont rendu vraisemblable qu'ils peuvent être atteints aisément à leur foyer où ils résident sans interruption depuis leur arrivée à Genève.

En revanche, si, le 25 janvier 2017, ils n'ont manifesté aucune opposition à leur interpellation par les services de police et leur conduite à l'aéroport (SARA), ils se sont, suite à l'entretien avec leur conseil, opposés de manière déterminée à leur entrée dans l'avion devant les mener en Ukraine, ce qui a empêché l'exécution programmée de leur renvoi. Entendus par le TAPI, ils ont fait part à celui-ci de leur refus déterminé de quitter la Suisse, pour le présent et l'avenir.

- c. Il importe peu qu'ils expliquent leur réaction tardive par une incompréhension de la situation. Les deux rapports circonstanciés de la police internationale jettent un doute sur la crédibilité de cette justification et l'on voit mal à quoi d'autre qu'à un renvoi ils auraient pu s'attendre, dès lors qu'ils étaient conduits à l'aéroport par les services de police.

Ce qui est déterminant est qu'il ressort de leur comportement qu'ils ne coopéreront pas complètement avec les autorités dans l'exécution de la décision de renvoi ou qu'il y a un risque concret qu'ils se refuseront à obtempérer à leurs instructions lorsque celles-ci leur ordonneront de prendre l'avion à destination de l'Ukraine, situation visée par l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 et 4 LETr.

- d. C'est en vain que, dans leur réponse au recours, les intimés soutiennent que leur simple refus de prendre le vol pour l'Ukraine, exprimé le 25 janvier 2017 sans résistance et « en toute civilité », ne constituerait pas en soi une « soustraction » au sens de la loi et de la jurisprudence.

Contrairement à ce dont semble douter le TAPI, l'absence de risque de disparition dans la clandestinité ou de fuite loin des autorités lorsque celles-ci

viendraient les chercher pour leur faire prendre le vol spécial prévu n'exclut pas l'application de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 et 4 LEtr.

Certes, la circonstance que la personne concernée s'est tenue, assez longtemps et de manière ininterrompue, en un endroit stable à la disposition des autorités plaide en défaveur du risque de fuite (arrêt du Tribunal fédéral 2C_478/2012 du 14 juin 2012 consid. 2.2). Cette circonstance ne constitue toutefois qu'un indice dans ce sens, la question centrale étant de déterminer s'il existe des garanties que les étrangers concernés prêteront leur concours à l'exécution du renvoi le moment venu - soit lorsque les conditions en seront réunies - ce qui dépend des circonstances et situations particulières.

La chambre de céans a ainsi, dans un arrêt cité d'ailleurs par les recourants, retenu que les déclarations de l'étranger concerné indiquant ne pas vouloir repartir vers son pays ainsi que son refus de monter à bord du vol de retour qui avait été prévu suffisaient à démontrer le risque de fuite et le refus d'obtempérer aux injonctions des autorités (ATA/653/2012 du 25 septembre 2012 consid. 6). Plus récemment, elle a relevé qu'un recourant, qui non seulement n'avait entrepris aucune démarche en vue d'obtempérer à l'ordre de se rendre en Italie mais qui avait concrétisé son opposition en refusant de prendre place dans l'avion pour Rome où une place lui avait été réservée, avait, de la sorte, manqué au devoir de collaboration que lui imposait l'art. 90 let. a et c LEtr ; il avait en outre par la suite régulièrement exprimé sa volonté de ne pas vouloir retourner en Italie, pays compétent pour traiter sa demande ; ces éléments, pris ensemble, faisaient craindre un risque de disparition dans la clandestinité et de soustraction aux mesures d'exécution de la décision de renvoi ; ils étaient constitutifs d'un risque de fuite (ATA/304/2015 du 27 mars 2015 consid. 6). Dans un autre arrêt, la chambre administrative a laissé ouverte la question d'un risque de fuite, parce que, malgré une volonté réitérée et clairement affichée de l'étranger concerné de ne pas se soumettre à son obligation de quitter la Suisse et l'inscription au RIPOL, il n'était en l'état pas démontré par des faits ou indices concrets que l'intéressé était inatteignable par les autorités ou qu'il aurait refusé de se rendre à des convocations (ATA/1227/2015 du 12 novembre 2015). Plus récemment, la chambre de céans a retenu l'existence d'un risque de fuite même si elle admettait qu'un étranger renvoyé s'était régulièrement présenté aux rendez-vous qui lui avaient été fixés par l'OCPM et que son adresse avait toujours été connue des autorités suisses, parce que celui-ci avait affirmé clairement qu'il refusait de retourner dans son pays et s'était par ailleurs déjà une fois opposé physiquement à son renvoi (ATA/1074/2016 précité consid. 6 ; ATA/1075/2016 précité 2016 consid. 6).

En l'occurrence, à l'instar des cas précités, les intimés laissent clairement apparaître, par leurs déclarations et leur comportement concret, qu'ils ne sont pas disposés à retourner dans le pays d'origine de l'époux. Conformément à ce

qu'exige la jurisprudence relative à l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 LEtr, il ne s'agit pas d'une simple supposition que les personnes pourraient se soustraire au renvoi, mais d'un pronostic du comportement des intimés fondé sur des éléments concrets qui font craindre que ceux-ci entendent se soustraire au renvoi (ATA/1074/2016 précité consid. 6 ; ATA/1075/2016 précité consid. 6).

e. Au vu de ce qui précède, sous l'angle du principe de la légalité, les conditions d'application de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 et 4 LEtr sont remplies, ce que le TAPI aurait dû retenir sans laisser la question ouverte.

6. Même si un risque de fuite existe, la mise en détention doit respecter le principe de la proportionnalité.

Sur ce plan, le TAPI peut être suivi lorsqu'il considère qu'une mise en détention ne se justifie pas sous cet angle en fonction de la situation personnelle des recourants qui sont mariés et dont l'un des membres souffre de problèmes de santé, qui ont un lieu de résidence fixe et n'ont jamais jusque-là disparus dans la clandestinité. Toutefois, il ne pouvait pas sans autre prononcer leur mise en liberté. Il se devait de tenir compte du risque d'une nouvelle non-représentation à la prochaine tentative de renvoi en assortissant cette mise en liberté de mesures d'aménagement pour pallier ce risque, en substituant à la mise en détention d'autres mesures moins incisives, sous la forme d'une assignation territoriale selon l'art. 74 LEtr et/ou d'une ou plusieurs des mesures prévues par l'art. 64e LEtr (arrêt du Tribunal fédéral 2C_105/2016 du 8 mars 2016 consid. 5.4 a contrario), mesures qu'il lui était loisible de prononcer en vertu de son pouvoir de réforme (art. 9 al. 3 LaLEtr).

7. Vu ce qui précède, le recours sera partiellement admis et il sera constaté que le jugement attaqué n'est pas conforme au droit au sens des considérants.

Vu la nature du litige, il ne sera pas perçu d'émolument (art. 12 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 - RFPA - E 5 10.03). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée aux intimés, qui n'y ont pas conclu (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 6 février 2017 par le commissaire de police contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 27 janvier 2017 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

constate que le jugement du Tribunal administratif de première instance du 27 janvier 2017 n'est pas conforme au droit en tant qu'il annule les décisions de mise en détention administrative prises par le commissaire de police le 25 janvier 2017 à l'encontre de Mme A_____ et de M. B_____ sans les réformer au sens des considérants ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument, ni alloué d'indemnité de procédure ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt au commissaire de police, à Me Michael Mitzicos-Giogios, avocat des recourants, au Tribunal administratif de première instance, à l'office cantonal de la population et des migrations, ainsi qu'au secrétariat d'État aux migrations.

Siégeants : M. Thélin, président, MM. Dumartheray et Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :