RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2181/2021 MC JTAPI/673/2021

# JUGEMENT

# DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

# DE PREMIÈRE INSTANCE

du 30 juin 2021

dans la cause

**Monsieur A_____**, représenté par Me Philippe GIROD, avocat

contre

**COMMISSAIRE DE POLICE**

# EN FAIT

1. Monsieur A_____, né le_____ 1988, est originaire de Tunisie.

2. Par décision du 16 juillet 2014, confirmée le 5 novembre 2014 par le Tribunal administratif fédéral, l'office fédéral des migrations, devenu depuis lors le secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM), a rejeté la demande d'asile qu'il avait déposée le 17 novembre 2013 et ordonné son renvoi de Suisse, lui impartissant un délai au 10 septembre 2014 pour quitter le pays, à défaut de quoi il s'exposerait à une détention en vue de l'exécution de son renvoi sous la contrainte. L'exécution de cette décision a été confiée au canton de Genève.

3. Le 27 novembre 2014, entendu par un collaborateur de l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM), il a notamment indiqué qu'il refusait de retourner dans son pays d'origine et, après avoir pris note du fait que s'il ne collaborait pas à l'exécution de son renvoi, la police serait mandatée pour y procéder et qu'une mesure de contrainte pourrait être ordonnée, a déclaré qu'il préférait être placé en détention administrative pour une durée de dix-huit mois plutôt que d'être renvoyé en Tunisie.

4. Le 15 novembre 2017, le SEM a indiqué à l'OCPM qu'il avait été reconnu par les autorités tunisiennes comme étant l'un de leurs ressortissants et que ces dernières étaient disposées à délivrer un laissez-passer en sa faveur.

5. Le 22 novembre 2017, l'OCPM a requis des services de police qu'ils procèdent à l'exécution de son renvoi à destination de la Tunisie.

6. Le 13 décembre 2017, l'OCPM a informé le SEM de sa disparition depuis le 23 novembre 2017.

7. Le 13 décembre 2017, son inscription au système de recherche de la police (RIPOL) a été sollicité sur la base de l'art. 47 de la loi sur l'asile du 26 juin 1998 (LAsi - RS 142.31), motifs pris de sa soustraction à l'exécution de son renvoi et de son lieu de séjour inconnu.

8. Entre le 29 juillet 2017 et le 23 novembre 2018, il a été condamné pénalement à trois reprises, notamment pour séjour illégal, lésions corporelles simples, vol, opposition aux actes de l'autorité, injure et contravention à la loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951 (LStup - RS 812.121).

9. Le 23 juillet 2018, il s'est vu notifier une décision lui faisant interdiction de pénétrer au centre-ville de Genève pour une durée de douze mois, prise à son encontre par le commissaire de police en application de l'art. 74 de la loi fédérale

sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20 ; à l'époque dénommée loi fédérale sur les étrangers - LEtr).

10. Le 14 février 2019, il a été arrêté par la police genevoise suite, notamment, à la commission d'un vol le 25 juillet 2018. À cette occasion, il s'est vu notifier une décision d'interdiction d'entrée en Suisse prononcée par le SEM à son encontre le 16 janvier 2019, valable jusqu'au 15 janvier 2023 et étendue à l'ensemble du territoire des États Schengen.

11. Le 15 février 2019, le commissaire de police a ordonné sa mise en détention administrative pour une durée de quatre mois. Préalablement, il avait déclaré qu'il n'entendait pas retourner en Tunisie. Il souhaitait rester en Suisse, car il y avait une fille.

12. Par jugement du 19 février 2019, le Tribunal administratif de première instance (ci-après : le tribunal) a confirmé cet ordre de mise en détention administrative, dont il a réduit la durée de validité à trois mois.

13. Le 1er mars 2019, il a interpelé le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant (ci-après : TPAE), lui faisant savoir qu'il était le père biologique de l'enfant mineure B_____, née le _____ 2017, dont la mère était C_____. Il se trouvait dans une situation administrative difficile et pouvait faire l'objet d'un renvoi. Il souhaitait qu'une action en constatation de sa paternité sur l'enfant soit intentée, afin de faire reconnaître ses droits et ceux de sa fille mineure.

14. Le 4 mars 2019, il a été écroué à la prison de Champ-Dollon en vue de l'exécution de deux peines privatives de liberté, dont la fin était prévue le 2 octobre 2019, de sorte que sa détention administrative a été levée (cf. art. 80 al. 6 let. c LEI).

15. Le 1er avril 2019, C_____ a indiqué au TPAE qu'elle s'opposait fermement, du moins en l'état, même si elle ne contestait pas sa paternité biologique, à ce qu'il puisse bénéficier de droits à l'égard de sa fille, compte tenu des violences conjugales dont elle avait été victime de sa part, y compris en présence de cette dernière.

16. Par jugement du 8 juillet 2019, le Tribunal d'application des peines et des mesures (ci-après : TAPEM) a ordonné sa libération conditionnelle pour le 22 juillet 2019, date à laquelle il est sorti de la prison de Champ-Dollon.

17. Le 1er mai 2020, alors qu'il faisait l'objet d'un avis de recherche et d'arrestation émanant du Ministère public pour, notamment, le vol de différents articles de sport, ainsi que pour des menaces et des lésions corporelles simples commises au préjudice de C_____, il a à nouveau été arrêté par la police. Lors de son audition, il a notamment indiqué qu'il s'était rendu en Italie en 2019, après que la décision d'interdiction d'entrée en Suisse du SEM lui avait été notifiée, afin de se marier avec sa « nouvelle copine ». Il était revenu en Suisse à la demande du service de

protection des mineurs (ci-après : SPMi), afin de reconnaître sa fille, de nationalité suisse, puis avait dû y rester à cause de la situation sanitaire liée à la pandémie de COVID-19. Il n'avait pas de lieu de résidence fixe en Suisse (il dormait chez des amis ou chez sa tante, D_____, à F_____), subsistait à ses besoins grâce à l'argent que sa copine lui envoyait d'Italie ou que sa tante lui donnait pour l'aider et ne voulait pas rester en Suisse, mais retourner en Italie. Sa mère, handicapée, vivait en Tunisie et son demi-frère à G_____, en France. Enfin, il ne serait pas en mesure de prendre en charge les frais de son rapatriement.

Il a ensuite été incarcéré à la prison de Champ-Dollon.

18. Par ordonnance du 9 septembre 2020, le TPAE a désigné E_____, juriste titulaire de mandats au SPMi, aux fonctions de curatrice de B_____, avec mandat d'établir sa filiation paternelle, ainsi que pour conseiller, orienter et assister C_____ de façon appropriée.

19. Par arrêt du 28 novembre 2020, la chambre pénale d'appel et de révision de la Cour de justice, confirmant le jugement que le Tribunal de police avait rendu le 15 juillet 2020 à son encontre, l'a reconnu coupable de lésions corporelles simples, voies de fait, vol, menaces, empêchement d'accomplir un acte officiel, entrée illégale, séjour illégal, infraction à l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) du 13 mars 2020 et infraction à l'art. 19a LStup, a révoqué sa libération conditionnelle accordée le 8 juillet 2019 et l'a condamné, notamment, à une peine privative de liberté d'ensemble de huit mois, tout en ordonnant son expulsion du territoire suisse pour une durée de cinq ans (art. 66*a*$^{bis}$ du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 - CP - RS 311.0) et son maintien en détention pour des motifs de sûreté.

20. Le 5 janvier 2021, le service de l'application des peines et mesures (SAPEM) a indiqué à l'OCPM que la fin de sa peine interviendrait le 11 janvier 2021.

21. Par courriel du 8 janvier 2021, le SEM a fait savoir à l'OCPM qu'un laissez-passer en sa faveur pourrait être obtenu dans un délai de trois semaines environ en vue de son retour en Tunisie.

22. À sa sortie de prison, le 11 janvier 2021, il a été remis entre les mains des services de police en vue de son refoulement.

23. Le même jour, l'OCPM lui a notifié une « décision de non-report d'expulsion judiciaire », déclarée exécutoire nonobstant recours, aux termes de laquelle il chargeait la police de procéder à l'exécution de son expulsion dans les meilleurs délais, après qu'il avait déclaré qu'il renonçait à recourir contre celle-ci.

24. Le même jour encore, le commissaire de police a émis un ordre de mise en détention administrative à son encontre pour une durée de trois mois sur la base de

l'art. 76 al. 1 let. b ch. 1 LEI, en lien avec l'art. 75 al. 1 let. h LEI, et de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 et 4 LEI. Préalablement, il avait déclaré qu'il n'était pas d'accord de retourner en Tunisie.

25. Le 12 janvier 2021, la police a adressé à swissREPAT une demande de réservation d'une place sur un vol à destination de Tunis.

26. Par jugement du 14 janvier 2021, le tribunal a confirmé l'ordre de mise en détention administrative du commissaire de police pour une durée de trois mois, soit jusqu'au 10 avril 2021 inclus.

27. Suite à la réservation de vol effectuée par la police le 12 janvier 2021, compte tenu du risque potentiel pour sa santé, la société H_____ AG (chargée par le SEM d'évaluer l'aptitude des personnes à entreprendre leur voyage de retour et de l'encadrement médical des renvois) a demandé des informations médicales quant à son aptitude à voyager.

28. Le 8 février 2021, les informations médicales ont été refusées au motif du secret médical.

29. Le 22 février 2021, il a présenté des symptômes compatibles avec une infection au COVID-19. Le lendemain, le service de médecine pénitentiaire a ordonné sa mise en quarantaine pour une durée de dix jours, dans la mesure où il refusait de subir le test permettant de définir s'il était ou non porteur de ce virus (test PCR-COVID-19).

30. Le 27 février 2021, l'établissement de détention de Favra a informé les autorités de son retour dans leur établissement en date du 26 février 2021, après qu'il avait accepté de se soumettre au test PCR-COVID-19.

31. Par courriel du 23 mars 2021, les autorités chargées d'exécuter le renvoi se sont adressées aux Hôpitaux universitaires de Genève (HUG), afin d'obtenir les documents nécessaires dans le but d'évaluer sa situation médicale.

32. Saisi le 29 mars 2021 par l'OCPM, le tribunal a, par jugement du 6 avril 2021, prolongé sa détention administrative pour une durée réduite de dix-huit jours.

33. Suite au courriel précité du 23 mars 2021 et après un nouveau refus des HUG de transmettre les informations médicales sollicitées, il a été convenu qu'H_____ AG prenne contact directement avec les HUG, afin d'obtenir l'ensemble des rapports médicaux.

34. Le 13 avril 2021, H_____ AG a transmis à l'OCPM les rapports médicaux reçus la veille de la part des HUG. Sur cette base, la police l'a inscrit sur le prochain vol spécial à destination de la Tunisie.

35. Le 15 avril 2021, l'OCPM a sollicité une nouvelle prolongation de sa détention administrative pour une durée de trois mois.

36. Devant le tribunal, le 20 avril 2021, il a indiqué que, depuis la dernière audience du 6 avril 2021, il n'y avait pas eu de changement dans sa situation personnelle. Il était convoqué le 26 avril 2021 pour la procédure de reconnaissance de paternité. Une fois sa fille reconnue, il serait d'accord de quitter la Suisse. Il ne souhaitait pas retourner en Tunisie, mais en France, où il avait toute sa famille. Il n'avait toujours pas obtenu de permis de séjour, que ce soit en France ou en Italie. Lors de sa sortie de prison, le 26 janvier 2021, il avait souhaité entamer des démarches dans ce sens, mais n'avait pas pu le faire, car il s'était retrouvé en détention administrative.

    La représentante de l'OCPM a confirmé que celui-ci avait « tout reçu » de la part des HUG et que son inscription sur le prochain vol spécial à destination de la Tunisie avait été sollicitée. L'OCPM attendait un retour du SEM, qui était en négociation avec les autorités tunisiennes. Si le vol spécial ne pouvait avoir lieu dans les deux mois, il organiserait un vol avec escorte policière le plus rapidement possible. Pour ce faire, il fallait prévoir un délai de trois semaines. Les rapports médicaux étaient en mains d'H_____ AG, qui avait demandé aux HUG de se voir transmettre les pièces pertinentes en application de la LEI. La dernière consultation médicale datait du 12 avril 2021 et H_____ AG avait également été informée de la grève de la faim qu'il avait entamée. H_____ AG avait confirmé qu'il était apte au transport.

    Son conseil a déposé un procès-verbal d'audience et une convocation pour une audience devant le Tribunal civil de première instance (ci-après : TPI) prévue le 26 mai 2021 en relation avec la reconnaissance de sa paternité.

37. Par jugement du 20 avril 2021, le tribunal a prolongé sa détention administrative jusqu'au 27 juillet 2021 inclus.

38. Par arrêt du 27 avril 2021 (ATA/464/2021), la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) a rejeté son recours formé contre le jugement du tribunal du 6 avril 2021.

    Les conditions de sa détention avaient déjà été admises par le tribunal le 14 janvier 2021, sans que les circonstances n'aient changé jusqu'au 6 avril 2021. L'OCPM, le SEM et H_____ AG avaient procédé sans délai, mais s'étaient heurtés à un refus, par les HUG, de communiquer des informations nécessaires à l'organisation du voyage. Le retard accusé par la procédure ne leur était pas imputable et il ne pouvait leur être reproché une violation du principe de célérité. Il était certes en droit de refuser de délier ses médecins du secret médical, mais son attitude pouvait être interprétée comme un refus de coopération (art. 22 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). Il était

détenu depuis le 11 janvier 2021, de sorte que la durée totale de sa détention respectait le cadre légal posé par l'art. 79 al. 1 LEI. Tout en soulignant que les difficultés rencontrées par l'OCPM, le SEM et H_____ AG dans la préparation des formalités ne devaient pas conduire à une prolongation indéfinie de la détention, le tribunal avait pris acte des discussions en cours pour surmonter l'obstacle de l'obtention des informations médicales et, en prévoyant explicitement un aboutissement de ces discussions, avait prolongé la détention jusqu'au 28 avril 2021 pour donner aux autorités concernées la possibilité de trouver un accord. Au moment du jugement du 6 avril 2021, l'exécution de son refoulement n'était ainsi, à juste titre, pas considérée comme impossible. Cette manière de procéder ne contrevenait en outre pas au principe de proportionnalité. Au contraire, le tribunal avait arrêté au 28 avril 2021 une échéance au-delà de laquelle on comprenait que les retards et leurs effets sur la détention seraient considérés comme problématiques.

39. Par arrêt du 11 mai 2021 (ATA/489/2021), la chambre administrative a partiellement admis le recours qu'il avait formé contre le jugement du tribunal du 20 avril 2021, en ce sens qu'elle a ramené la durée de sa détention administrative au 30 juin 2021.

Comme exposé dans l'arrêt du 27 avril 2021, il ne pouvait être retenu qu'il ne présentait pas de risque de fuite et qu'il se rendrait en Tunisie s'il venait à être libéré. Il y aurait bien au contraire lieu de craindre qu'il ne disparaisse à nouveau, par exemple en France ou en Italie. Dès lors, aucune mesure moins incisive que la détention administrative ne permettait d'assurer sa présence au moment de son refoulement. L'intérêt public à l'exécution de son expulsion primait par ailleurs son intérêt privé à être remis en liberté.

L'OCPM, le SEM et H_____ AG avaient procédé sans délai, mais s'étaient, dans un premier temps, heurtés à un refus des HUG de communiquer des informations nécessaires à l'organisation du voyage. Selon la représentante de l'OCPM, présente lors de l'audience du 20 avril 2021, les rapports médicaux avaient cependant été transmis dans l'intervalle à H_____ AG. Celle-ci, qui avait indiqué que sa dernière consultation avait eu lieu le 12 avril 2021, considérait qu'il était apte au transport. Il n'indiquait pas en quoi son état de santé ne permettrait pas son vol de retour. Dans ces circonstances, il n'y avait pas lieu de mettre en doute les informations reçues par l'OCPM d'H_____ AG.

Il ressortait du dossier que les discussions entre les autorités suisses et tunisiennes avaient abouti, en ce sens que des vols de retour en Tunisie étaient possibles, moyennant les précautions liées à la pandémie. L'OCPM avait indiqué que les frais de test PCR-COVID-19 et d'auto-isolement de sept jours seraient pris en charge par les autorités suisses. Par ailleurs, le SEM avait confirmé le 4 mai 2021 qu'un vol DEPA (avec escorte policière) pouvait être réservé. Le même jour, l'OCPM avait demandé à la police de réserver un tel vol dès que possible. Enfin,

selon le site Internet de Tunisair (https://book.tunisair.com), la compagnie proposait deux à trois vols hebdomadaires à destination de Tunis. Ainsi, quand bien même la date du vol de retour n'avait pas été précisée, il apparaissait que les démarches entreprises par les autorités suisses (obtention de l'accord des autorités tunisiennes en vue de l'exécution de décisions de renvoi vers la Tunisie ; avis de H_____ AG ; possibilité d'organiser un vol DEPA, le cas échéant avec accompagnement médical ; prise en charge du test PCR-COVID-19 et des frais d'hôtel en vue d'y effectuer l'auto-isolement requis ; réservation d'un vol demandée) permettaient de considérer que l'exécution de son refoulement semblait possible dans un délai prévisible, respectivement raisonnable avec une probabilité suffisante. L'exécution de son expulsion ne pouvait ainsi être considérée comme impossible. Cela étant, dès lors que les autorisations nécessaires des autorités tunisiennes avaient été obtenues, que son état de santé le permettait et que la possibilité de vols DEPA de retour vers la Tunisie était démontrée, un délai d'environ six semaines paraissait suffisant, dans les présentes circonstances, pour réaliser son refoulement.

40. Le 9 juin 2021, l'ambassade de Tunisie à Berne a délivré un laissez-passer - valable pendant vingt-et-un jours - pour permettre son « retour au pays ».

41. Entre le 17 mai et le 16 juin 2021, trois vols destinés à le reconduire dans son pays (prévus les 8, 16 et 23 juin 2021) ont été annulés par la compagnie Tunisair.

42. Le 18 juin 2021, la police a sollicité la réservation d'un nouveau vol DEPA auprès de swissREPAT, lequel a été confirmé pour le 28 juin à 12h20 au départ de Genève.

43. Le même jour, l'OCPM a requis du tribunal qu'il prolonge sa détention jusqu'au 30 août 2020. Ce dernier a enregistré cette requête sous le n° de cause A/2099/2021.

44. Le 21 juin 2021, il a refusé de se soumettre au test PCR-COVID-19 exigé par les autorités tunisiennes (devant être réalisé dans les 72 heures avant le départ et être négatif), nécessaire pour lui permettre de monter à bord du vol du 28 juin 2021, lequel a donc été annulé le 25 juin 2021 (ce dont le tribunal n'a pas été informé).

45. Le 28 juin 2021, à 14h07, le commissaire de police a ordonné sa mise en détention administrative pour une durée d'un mois en application de l'art. 78 LEI (détention pour insoumission).

46. Ce nouvel ordre de mise en détention a été soumis le même jour au tribunal en vue du contrôle de sa légalité et de son adéquation. A cette fin, celui-ci a ouvert une procédure portant le n° A/2099/2021.

47. Le 29 juin 2021, devant le tribunal, la représentante du commissaire de police a sollicité la jonction des causes A/2099/2021 et A/2181/2021, se prévalant du fait

qu'il n'avait pas été statué sur la requête de l'OCPM du 18 juin 2021 et que celle-ci n'avait pas été retirée. Elle a précisé que la demande de réservation d'une place sur un vol spécial était toujours pendante. Elle n'avait pas abouti jusqu'ici, car M. A_____ était la seule personne susceptible d'y prendre place, ce qui était insuffisant. Cela étant, un test PCR-COVID-19 était aussi indispensable pour prendre place sur un tel vol. Elle a encore précisé que le vol DEPA prévu le 28 juin 2021 comprenait un accompagnement médical.

De son côté, M. A_____ a déclaré qu'il était toujours opposé à un retour en Tunisie, rappelant qu'il était partie à une procédure tendant à l'établissement de sa paternité. Il n'avait rien d'autre à ajouter que ce qu'il avait dit à plusieurs reprises depuis sa mise en détention. Il tenait néanmoins à relever que la mère de sa fille faisait tout pour faire obstruction à l'avancée de la procédure civile en cours, y compris avec l'éducatrice en charge du dossier, qui n'avait pas de nouvelles de sa part. Il a enfin remarqué que la Tunisie faisait face à une nouvelle augmentation des cas de COVID-19, de sorte que le contraindre à retourner dans son pays reviendrait à l'envoyer à la mort.

Son conseil a produit copie d'une citation à comparaître devant le TPI relative à une audience appointée le 8 septembre 2021, destiné à l'audition de la mère de l'enfant, qui ne s'était pas présentée devant cette juridiction le 26 mai 2021, ainsi que le procès-verbal de l'audience. Il a également joint copie d'une ordonnance du TPI, prise à la même date, commettant un expert « en vue d'analyse pour rechercher par la méthode ADN, soit la probabilité de paternité de [A_____], soit inversement l'exclusion de celle-ci ».

La représentante du commissaire de police a sollicité la confirmation de l'ordre de mise en détention pris le 28 juin 2021 et conclu subsidiairement, si le tribunal devait considérer que les conditions de l'art. 78 LEI n'était pas remplies, à ce qu'il soit fait droit à la demande de l'OCPM tendant à la prolongation de la détention en application de l'art. 76 LEI pour une durée de deux mois.

Par l'intermédiaire de son conseil, M. A_____ a conclu à l'annulation de l'ordre de mise en détention pour insoumission pris à son encontre et au rejet de la requête de l'OCPM tendant à la prolongation de sa détention, sous l'angle de l'art. 76 LEI. En bref, alors que la chambre administrative avait en dernier lieu fixé une « date limite » au 30 juin 2021, au-delà de laquelle sa détention devrait prendre fin, si l'autorité ne parvenait pas à le faire quitter le pays, l'OCPM, sans scrupules ni bonne foi, cherchant à lui « faire mal » et créant la confusion, en adoptant un comportement incompréhensible et déloyal, avait entamé une « épreuve de force» à son égard, faisant fi de sa situation médicale et familiale, de ses inquiétudes, notamment à l'égard de la pandémie, de façon à l'éprouver et obtenir de lui ce qu'il voulait à tout prix. Il vivait cette épreuve, qu'il ne comprenait pas, malgré les explications que son conseil lui avait données, comme une « torture ». Il était en outre en droit de s'opposer à ce qu'un test PCR-COVID-

19 soit réalisé sur sa personne. Aucune insoumission ne pouvait lui être reprochée et sa privation de liberté, devant clairement prendre fin le 30 juin 2021, dans la mesure où l'OCPM n'avait pas réussi à exécuter son refoulement, était disproportionnée.

# EN DROIT

1. Le tribunal est compétent pour examiner d'office la légalité et l'adéquation de la détention administrative ordonnée en vertu des art. 75 ss LEI (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 et 8 al. 3 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10).

2. Il statue ce jour dans le délai de 96 heures que lui imposent les art. 78 al. 4 LEI et 9 al. 3 LaLEtr.

3. Il se prononce au terme d'une procédure orale (art. 9 al. 5 LaLEtr) ; il peut confirmer, réformer ou annuler la décision du commissaire de police ; le cas échéant, il ordonne la mise en liberté de l'étranger (art. 9 al. 3 LaLEtr).

4. Le tribunal est aussi en soi compétent pour prolonger la détention administrative en vue du renvoi ou de l'expulsion (cf. art. 7 al. 4 let. e 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) (cf. ATF 135 II 105 consid. 2.2.1) 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. 78 al. 1 LEI, si l'étranger n'a pas obtempéré à l'injonction de quitter la Suisse dans le délai prescrit et que la décision entrée en force de renvoi ou la décision entrée en force d'expulsion au sens des art. 66*a* ou 66*a*$^{bis}$ CP - notamment - ne peut être exécutée en raison de son comportement, il peut être placé en détention, afin de garantir qu'il quittera effectivement le pays, pour autant que les conditions de la détention au sens de l'art. 76 LEI ne soient pas remplies et qu'il n'existe pas d'autre mesure moins contraignante permettant d'atteindre l'objectif visé.

La cause pour l'inexécution du renvoi ou de l'expulsion doit résider dans le comportement de l'étranger. Cela peut être son manque de collaboration, qui peut concerner autant son identification que l'obtention des documents de voyage, ou son refus de quitter sans force le pays (cf. Gregor CHATTON/Laurent MERZ, *in* Minh Son NGUYEN/Cesla AMARELLE [éd.], Code annoté de droit des migrations - vol. II : LEtr, 2017, p. 834 ; cf. aussi ATA/1517/2017 du 21 novembre 2017 consid. 5c).

7. Le but de la détention pour insoumission est de pousser un étranger tenu de quitter la Suisse à changer de comportement, lorsqu'à l'échéance du délai de départ, l'exécution de la décision ordonnant son refoulement ne peut être assurée sans la coopération de celui-ci, malgré les efforts des autorités (ATF 140 II 409 consid. 2.1 ; 135 II 105 consid. 2.2.1 ; 134 I 92 consid. 2.3.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_280/2021 du 22 avril 2021 consid. 2.2.1 ; 2C_188/2020 du 15 avril 2020 consid. 7.1 ; 2C_984/2013 du 14 novembre 2013 consid. 3.1). La détention pour insoumission apparaît ainsi comme une *ultima ratio*, dans la mesure où il n'existe plus d'autres mesures permettant d'aboutir à ce que l'étranger présent illégalement en Suisse soit refoulé dans son pays (ATF 140 II 409 consid. 2.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_188/2020 du 15 avril 2020 consid. 7.1 ; 2C_984/2013 du 14 novembre 2013 consid. 3.1 ; 2C_26/2013 du 29 janvier 2013 consid. 3.1).

8. Conformément aux conditions fixées à l'art. 78 al. 1 LEI, il faut, pour qu'une telle détention soit ordonnée, qu'une décision de renvoi ou d'expulsion soit entrée en force, que la personne concernée ne s'y soit pas conformée dans le délai imparti et que l'exécution de celle-ci échoue en raison du comportement reprochable de l'intéressé (cf. not. arrêts du Tribunal fédéral 2C_188/2020 du 15 avril 2020 consid. 7.2 ; 2C_1038/2018 du 7 décembre 2018 consid. 2.2). En outre, la détention en vue du renvoi (art. 76 LEI) ne doit plus être possible et il ne doit pas y avoir d'autres moyens moins contraignants pour atteindre le but visé (cf. not. arrêts du Tribunal fédéral 2C_188/2020 du 15 avril 2020 consid. 7.2 ; 2C_1038/2018 du 7 décembre 2018 consid. 2.2).

   Les objectifs de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion ne sont donc pas les mêmes que ceux de la détention pour insoumission. Alors que la première tend à permettre l'exécution du renvoi ou de l'expulsion en évitant que l'étranger disparaisse (cf. art. 76 LEI), la seconde vise à obtenir un changement de comportement chez l'intéressé et ne se justifie que si sa détention en vue du renvoi ou de l'expulsion n'est plus possible. Ces deux détentions trouvent du reste une base différente dans la CEDH : la première est assimilée à une détention régulière d'une personne contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours au sens de l'art. 5 par. 1 let. f CEDH, tandis que la seconde est conçue comme une mesure tendant à garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi selon l'art. 5 par. 1 let. b CEDH dans ce contexte (ATF 135 II 105

consid. 2.2.1 ; 133 II 97 consid. 2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_538/2010 du 19 juillet 2010 consid. 4.3.2 ; cf. aussi arrêt 2C_280/2021 du 22 avril 2021 consid. 2.2.1).

9. A teneur de l'art. 78 al. 2 LEI, la détention pour insoumission peut être ordonnée pour une période d'un mois. Moyennant le consentement de l'autorité judiciaire cantonale et dans la mesure où l'étranger n'est pas disposé à modifier son comportement et à quitter le pays, elle peut être prolongée de deux mois en deux mois. Elle ne doit pas excéder - avec la détention en vue du renvoi et la détention en phase préparatoire - dix-huit mois (art. 78 al. 2 LEI et 79 al. 1 et 2 LEI ; ATF 140 II 409 consid. 2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_188/2020 du 15 avril 2020 consid. 7.3).

10. La détention pour insoumission doit en tous les cas respecter le principe de la proportionnalité, ce qui suppose d'examiner l'ensemble des circonstances pour déterminer si elle paraît appropriée, ainsi que nécessaire, et s'il existe un rapport raisonnable entre les moyens (la détention) et le but visé (le changement de comportement) (cf. ATF 140 II 409 consid. 2.1 ; 135 II 105 consid. 2.2.1 ; 134 II 201 consid. 2.2.2 ; 134 I 92 consid. 2.3.2 ; 133 II 97 consid. 2.2). Le refus explicite de collaborer de la personne concernée est un indice important, mais d'autres éléments entrent aussi en compte (ATF 135 II 105 consid. 2.2.2 ; 134 II 201 consid. 2.2.4). Ainsi, le comportement de l'intéressé, la possibilité qui lui est offerte de mettre concrètement lui-même fin à sa détention s'il coopère, ses relations familiales ou le fait qu'en raison de son âge, son état de santé ou son sexe, il mérite une protection particulière, peuvent aussi jouer un rôle (ATF 135 II 105 consid. 2.2.2 ; 134 I 92 consid. 2.3.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_188/2020 du 15 avril 2020 consid. 7.4 ; 2C_1038/2018 du 7 décembre 2018 consid. 2.3 ; 2C_984/2013 du 14 novembre 2013 consid. 3.2 et 3.4 et les arrêts cités).

11. Conformément à l'art. 78 al. 6 LEI, la détention pour insoumission est levée dans les cas suivants : un départ de Suisse volontaire et dans les délais prescrits n'est pas possible, bien que l'étranger se soit soumis à l'obligation de collaborer avec les autorités (let. a), le départ de Suisse a lieu dans les délais prescrits (let. b), la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion est ordonnée (let. c), une demande de levée de la détention est déposée et approuvée (let. d).

    L'art. 78 al. 6 let. a LEI prévoit, par opposition à l'art. 80 al. 6 let. a LEI, que la détention pour insoumission est levée si un départ de Suisse volontaire et dans les délais prescrits n'est pas possible, bien que l'étranger se soit soumis à l'obligation de collaborer avec les autorités. En d'autres termes, tant que l'impossibilité du renvoi dépend de la volonté de l'étranger de collaborer avec les autorités, celui-ci ne peut pas se prévaloir de l'art. 80 al. 6 let. a LEI en cas de détention pour insoumission. Il ne peut faire valoir l'impossibilité du renvoi pour justifier sa libération que si cette situation n'est pas en lien avec son obligation de collaborer en application de l'art. 78 al. 6 let. a LEI (arrêt du Tribunal fédéral 2C_639/2011

du 16 septembre 2011 consid. 4.1 ; 2C_624/2011 du 12 septembre 2011 consid. 3 ; cf. aussi Gregor CHATTON/Laurent MERZ, *op. cit*., n. 39 *ad* art. 78 p. 843). Le refus constant et catégorique de collaborer du détenu ne permet à lui seul pas d'en déduire que la détention pour insoumission n'est pas ou plus propre à atteindre son but ; il ne s'agit que d'un élément à prendre en considération parmi l'ensemble des circonstances, sous peine d'aboutir au résultat que le maintien en détention serait d'autant moins justifié que la personne refuse avec force son renvoi ou son expulsion (cf. arrêts du Tribunal fédéral 2C_188/2020 du 15 avril 2020 consid. 7.9 ; 2C_984/2013 du 14 novembre 2013 consid. 3.2 et les arrêts cités ; cf. aussi ATA/226/2014 du 8 avril 2014).

12. Sous l'angle de l'art. 80 al. 6 let. a LEI, si l'exécution du renvoi ou de l'expulsion s'avère impossible pour des raisons juridiques ou matérielles, la détention dans l'attente du renvoi ou de l'expulsion ne peut plus être justifiée par une procédure d'éloignement en cours ; de plus, elle est contraire à l'art. 5 par. 1 let. f CEDH (cf. ATF 130 II 56 consid. 4.1.1 ; 122 II 148 consid. 3 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_634/2020 et 2C_635/2020 du 3 septembre 2020 consid. 6.1 ; 2C_597/2020 du 3 août 2020 consid. 4.1). Ces raisons doivent être importantes (« triftige Gründe »), l'exécution du renvoi ou de l'expulsion devant être qualifiée d'impossible lorsque le rapatriement est pratiquement exclu, même si l'identité et la nationalité de l'étranger sont connues et que les papiers requis peuvent être obtenus (arrêts du Tribunal fédéral 2C_634/2020 et 2C_635/2020 du 3 septembre 2020 consid. 6.1 ; 2C_597/2020 du 3 août 2020 consid. 4.1 ; 2C_672/2019 du 22 août 2019 consid. 5.1 et les arrêts cités). Il s'agit d'évaluer la possibilité d'exécuter la décision de renvoi ou d'expulsion dans chaque cas d'espèce. Le facteur décisif est de savoir si l'exécution de l'éloignement semble possible dans un délai prévisible, respectivement raisonnable, avec une probabilité suffisante. La détention viole l'art. 80 al. 6 let. a LEI, ainsi que le principe de proportionnalité, lorsqu'il y a de bonnes raisons de penser que tel ne pourra pas être le cas (ATF 130 II 56 consid. 4.1.3 et les arrêts cités ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_280/2021 du 22 avril 2021 consid. 2.2.2 ; 2C_634/2020 et 2C_635/2020 du 3 septembre 2020 consid. 6.1 ; 2C_597/2020 du 3 août 2020 consid. 4.1). Sous l'angle de l'art. 80 al. 6 let. a LEI, la détention ne doit être levée que si la possibilité de procéder au refoulement 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. 3 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_280/2021 du 22 avril 2021 consid. 2.2.2 ; 2C_634/2020 et 2C_635/2020 du 3 septembre 2020 consid. 6.1 ; 2C_597/2020 du 3 août 2020 consid. 4.1).

Il n'y a pas d'impossibilité si la personne concernée peut partir volontairement, c'est-à-dire s'il n'y a pas d'obstacles techniques à cet égard ; il en va de même si le refoulement forcé est exclu, mais que le départ volontaire s'avère techniquement possible ; la détention pour insoumission est dès lors inadaptée, si tant l'expulsion

que le départ volontaire s'avèrent objectivement impossibles (arrêt du Tribunal fédéral 2C_280/2021 du 22 avril 2021 consid. 2.2.4 et l'arrêt cité).

13. Dans plusieurs arrêts récents en lien avec la pandémie de COVID-19, le Tribunal fédéral a jugé que si l'exécution forcée du renvoi ou de l'expulsion vers le pays concerné est exclue au moment où l'autorité ou le juge statue, elle ne peut être qualifiée de possible dans un délai prévisible et, donc, de réalisable que si l'autorité ou le juge dispose d'indications suffisamment concrètes permettant de retenir qu'il existe au moins une chance sérieuse d'y procéder, même si elle s'avère mince. Ces indications sont en particulier fournies par le SEM (arrêts 2C_280/2021 du 22 avril 2021 consid. 2.2.3 ; 2C_634/2020 et 2C_635/2020 du 3 septembre 2020 consid. 6.2 ; 2C_597/2020 du 3 août 2020 consid. 4.1 ; 2C_442/2020 du 24 juin 2020 consid. 5.3.1 ; 2C_323/2020 du 18 juin 2020 consid. 5.4.2 ; 2C_414/2020 du 12 juin 2020 consid. 3.3.1 ; 2C_312/2020 du 9 juin 2020 consid. 2.3.1 ; 2C_386/2020 du 9 juin 2020 consid. 4.2.2). A défaut, il y a lieu d'admettre qu'il n'y a pas de perspective sérieuse d'exécution de la décision de renvoi ou d'expulsion et le détenu doit être libéré, la vague possibilité que l'obstacle à son refoulement puisse être levé dans un avenir prévisible ne suffisant pas à justifier le maintien de sa privation de liberté (cf. ATF 125 II 217 consid. 3b/bb ; arrêts 2C_634/2020 et 2C_635/2020 du 3 septembre 2020 consid. 6.2 ; 2C_518/2020 du 10 juillet 2020 consid. 4.3.1 ; 2C_442/2020 du 24 juin 2020 consid. 5.3.3 ; 2C_386/2020 du 9 juin 2020 consid. 4.2.4). Rien n'empêche ensuite l'autorité compétente de prononcer une nouvelle mise en détention, si de nouveaux éléments de fait indiquent - par exemple - une réouverture de l'espace aérien permettant de conclure de manière suffisamment précise que l'exécution du refoulement apparaît possible dans le délai de la détention (cf. arrêts 2C_634/2020 et 2C_635/2020 du 3 septembre 2020 consid. 6.8 ; 2C_597/2020 du 3 août 2020 consid. 4.2).

14. Le Tribunal fédéral a par ailleurs très récemment jugé que le devoir de coopération pour l'obtention de documents prescrit par l'art. 90 let. c LEI englobe toutes les prescriptions que l'Etat d'origine exige pour l'entrée sur son territoire, soit, notamment, l'accomplissement d'un éventuel test PCR-COVID-19 (arrêts 2C_280/2021 du 22 avril 2021 consid. 2.2.3 ; 2C_35/2021 du 10 février 2021 consid. 3.2). L'exigence de ce test fait en particulier partie des conditions d'entrée tunisiennes actuellement en vigueur, que la Suisse est tenue de respecter sur la base de l'art. 3 par. 2 (conditions d'entrée et de séjour) de l'Accord de coopération en matière de migration entre la Confédération suisse et la République tunisienne du 11 juin 2012 (RS 0.142.117.589). Sous cet angle, l'atteinte à l'intégrité corporelle et à la vie privée de la personne concernée n'apparaît pas grave, dans la mesure où il s'agit d'un simple prélèvement effectué dans le nez ou la gorge ; pouvant certes être désagréable, une telle intervention n'a aucun effet sur la santé et est réalisée en quelques secondes seulement (arrêt 2C_35/2021 du 10 février 2021 consid. 3.2 s. et 3.4.1). En l'absence d'une base légale suffisante, une telle

mesure ne peut toutefois pas être effectuée contre la volonté de la personne concernée ; celle-ci peut néanmoins, en cas de refus de s'y soumettre, être placée ou maintenue en détention administrative, pour autant que, compte tenu des circonstances, le principe de proportionnalité ne s'y oppose pas (arrêts 2C_280/2021 du 22 avril 2021 consid. 2.2.3 ; 2C_35/2021 du 10 février 2021 consid. 3.5.1).

15. En l'occurrence, il a déjà été constaté que M. A_____ fait l'objet d'une décision d'expulsion judiciaire entrée en force n'ayant toujours pas été exécutée.

Son retour en Tunisie est en soi possible (et pourrait être effectué très rapidement), puisque les autorités de ce pays l'ont reconnu comme étant l'un de leurs ressortissants, qu'elles ont délivré un document de voyage l'autorisant à entrer dans le pays (et pourraient être amenées à en délivrer un nouveau), qu'il ressort du dossier que son état de santé ne s'oppose pas à son rapatriement et que des liaisons aériennes entre la Suisse et la Tunisie sont actuellement disponibles, ce plusieurs fois par semaine, même si les autorités tunisiennes - comme bien d'autres Etats - exigent un test PCR COVID-19, qui doit avoir été effectué dans les 72 heures précédant le départ et ne doit pas dater de plus de 120 heures à l'arrivée (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2C_35/2021 du 10 février 2021 consid. 3.1).

Il refuse toutefois catégoriquement de coopérer avec les autorités, ce qu'il a manifesté en dernier lieu en se soustrayant délibérément audit test, afin d'éviter de devoir se conformer à son obligation de quitter la Suisse. Les raisons de l'échec, à ce stade, de l'exécution de son refoulement résident exclusivement dans son refus d'obtempérer à son obligation de collaborer (art. 90 LEI), malgré toutes les démarches entreprises par les autorités suisses, de la part desquelles aucune action supplémentaire ne peut actuellement être attendue, et non d'une impossibilité technique ou médicale. Il ne peut s'y soumettre qu'en acceptant de retourner dans son pays et, à cette fin, de consentir à que le test PCR-COVID-19 exigé par les autorités tunisiennes soit effectué sur sa personne. Le fait que, le 11 mai 2021, la chambre administrative ait limité la durée de sa détention au 30 juin 2021 n'y change rien, la situation de fait s'étant modifiée depuis lors. Sa détention (qui ne peut plus en l'état reposer sur l'art. 76 LEI, puisque même son rapatriement par vol spécial - au demeurant très aléatoire, compte tenu du fait que la demande de réservation formulée par la police est au point mort - exigerait qu'il accepte de subir un test PCR-COVID-19) aurait d'ailleurs pris fin le 28 juin 2021, s'il avait accepté de coopérer et était monté dans l'avion. Ces circonstances constituent typiquement celles qui autorisent une mise en détention pour insoumission au sens de l'art. 78 LEI et aucune des situations visées par l'art. 78 al. 6 LEI n'est réalisée.

Dite détention est par ailleurs ici conforme au principe de la proportionnalité, dès lors, d'une part, qu'elle résulte de son refus de collaborer et, d'autre part, qu'aucune autre mesure moins incisive ne serait envisageable pour l'amener à modifier son comportement, étant rappelé, à toutes fin utiles, qu'une assignation à un lieu de

résidence (art. 74 LEI), assortie d'une obligation de se présenter régulièrement à une autorité (art. 64*e* let. a LEI), n'a pas l'effet coercitif d'une détention pour insoumission. Si elle permet en effet tout au plus de s'assurer que la personne concernée ne prenne pas la fuite et se tienne à la disposition de l'autorité, elle ne l'incite pas directement à collaborer avec celle-ci, comme l'a voulu le législateur en adoptant l'art. 78 LEI (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2C_35/2021 du 10 février 2021 consid. 4.1). Enfin, il pourrait lui-même décider qu'il y soit mis un terme en acceptant de retourner en Tunisie et, pour cela, d'obtempérer à l'exigence sanitaire requise par les autorités de ce pays.

Pour le surplus, la mesure litigieuse est aussi conforme au principe de célérité, l'autorité compétente ayant à ce jour entrepris les démarches utiles pour assurer l'exécution de son expulsion et n'étant pas responsable des conditions particulières posées au retour des ressortissants tunisiens dans leur pays.

La période de détention d'un mois décidée par le commissaire de police respecte en outre le cadre légal fixé par l'art. 78 al. 2 1ère phr. LEI et la durée totale de la détention - de dix-huit mois - prévue par la loi n'est de loin pas atteinte.

16. Au vu de ce qui précède, même s'il ne saurait être nié qu'une telle situation s'avère difficile à comprendre et à accepter pour M. A_____ il se justifie de confirmer l'ordre de mise en détention administrative pour insoumission litigieux pour la durée décidée d'un mois.

17. Vue cette issue, la cause n° A/2099/2020 est devenue sans objet (ce que le tribunal constatera ce jour au moyen d'une décision). Pour ce motif déjà, il ne se justifie pas de la joindre à la présente procédure, d'autant plus que l'OCPM n'y a pas la qualité de partie.

18. Conformément à l'art. 9 al. 6 LaLEtr, le présent jugement sera communiqué à M. A_____, à son conseil 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 SEM.

**PAR CES MOTIFS**

**LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF**

**DE PREMIÈRE INSTANCE**

1. confirme l'ordre de mise en détention administrative émis le 28 juin 2021 par le commissaire de police à l'encontre de Monsieur A_____ pour une durée d'un mois, soit jusqu'au 27 juillet 2021 inclus ;

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 :**

**Le président**

**Yves JOLIAT**

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

Genève, le Le greffier