RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/505/2022 MC JTAPI/128/2022

JUGEMENT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

du 16 février 2022

dans la cause

Monsieur A_____, représenté par Me Annette MICUCCI, avocate

contre

COMMISSAIRE DE POLICE

EN FAIT

1. Monsieur A_____, né le _____ 1999, est originaire du Maroc. Il était précédemment connu sous divers alias, dont celui de B_____, né le _____ 2002, en Algérie.

2. M. A_____ est connu des services de police genevois et de la justice pénale depuis le mois d'août 2017 :

   - le 15 septembre 2017, il a été condamné par le Tribunal des mineurs du canton de Genève à une peine privative de liberté de trente jours, avec sursis et délai d'épreuve, pour brigandage, ainsi qu'entrée et séjour illégaux ;

   - à la suite d'un nouveau contrôlé effectué le 22 septembre 2017 par les services de police, il s'est notamment avéré qu'il séjournait toujours illégalement en Suisse. Lors de son audition, il a également admis avoir volé de la marchandise pour un montant de CHF 56.95 dans un magasin.

3. Informé des infractions pénales commises par M. A_____, le secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM) lui a fait interdiction d'entrer en Suisse jusqu'au 2 novembre 2020 par décision du 3 novembre 2017, notifiée le 26 juin 2019.

4. Par jugement du 10 décembre 2020, après que le Tribunal des mineurs se fut dessaisi de son dossier en faveur du Ministère public, au vu de sa majorité avérée, le Tribunal correctionnel du canton de Genève a déclaré M. A_____ coupable de brigandage (art. 140 ch. 1 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 - CP - RS 311.0), de dommages à la propriété (art. 144 al. 1 CP), de violation de domicile (art. 186 CP), d'infractions à l'art. 115 al. 1 let. a et b LEI de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20) et de contravention à l'art. 19a ch. 1 de la loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951 (LStup - RS 812.121).

   Il l'a condamné à une peine privative de liberté de deux ans et trois mois, avec sursis partiel. Il l'a également condamné à une amende de CHF 300.-. Enfin, il a ordonné son expulsion de Suisse pour une durée de cinq ans (art. 66a al. 1 let. c CP) et le signalement de l'expulsion dans le système d'information Schengen (SIS). Enfin, il a ordonné son maintien en détention pour des motifs de sûreté.

5. Pendant ladite détention, le SEM, dont le soutien avait été requis par le canton de Genève, a obtenu des autorités marocaines la délivrance de documents de voyage en faveur de l'intéressé, après son identification le 25 mai 2021.

6. Le 13 août 2021, M. A_____ s'est vu notifier, par l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM), une décision de non-report de

son expulsion judiciaire, après que la possibilité de s'exprimer à cet égard lui eut été donnée.

7. Le 15 août 2021, dernier jour de sa peine privative de liberté, M. A_____ a refusé de monter à bord de l'avion pour le Maroc où une place lui avait été réservée.

8. Par ordonnance pénale du 16 août 2021, le Ministère public a déclaré M. A_____ coupable d'empêchement d'accomplir un acte officiel (art. 286 CP) et l'a condamné à une peine pécuniaire de trente jours-amende. Puis, l'intéressé a été remis en mains des services de police.

9. Le 16 août 2021, le commissaire de police a émis un ordre de mise en détention administrative à l'encontre de M. A_____ 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.

   Ce dernier avait préalablement déclaré qu'il était en bonne santé, ne suivait aucun traitement médical et n'était toujours pas d'accord de retourner au Maroc.

   L'inscription de l'intéressé sur un vol avec escorte policière DEPA - prévu le 1er septembre 2021 - et sa pré-inscription sur le prochain renvoi maritime, avaient immédiatement été requises par la police internationale.

10. Entendu le 19 août 2021 par le Tribunal administratif de première instance (ci-après : le tribunal), M. A_____ a confirmé son opposition à son refoulement à destination du Maroc. Il savait qu'il faisait l'objet d'une mesure d'expulsion mais souhaitait se rendre en France où il vivait depuis 2016. Il n'était pas au bénéfice d'une autorisation de séjour dans ce pays. Il avait un peu d'argent qui lui permettrait de quitter la Suisse dans les vingt-quatre heures.

    La représentante du commissaire de police a exposé que l'expulsion dont M. A_____ faisait l'objet figurait dans le SIS, ce qui avait pour conséquence qu'il était interdit d'entrée sur le territoire français.

    Le conseil de M. A_____ a déclaré que son client s'opposait à son expulsion à destination du Maroc où il craignait pour sa vie en raison de représailles. Il a conclu à l'annulation de l'ordre de mise en détention et à sa mise en liberté immédiate. Subsidiairement, il a sollicité la réduction de la durée de l'ordre de mise en détention au strict minimum.

11. Par jugement du 19 août 2021, le tribunal a confirmé l'ordre de mise en détention pour une durée de trois mois, soit jusqu'au 15 novembre 2021 inclus.

    La préparation de l'exécution de son refoulement de Suisse à destination du Maroc, seul pays dans lequel il était en l'état légalement autorisé à se rendre, ne

prêtait pas le flanc à la critique. On pouvait admettre l'existence d'un risque réel et concret de fuite ou de disparition dans la clandestinité, l'assurance de son départ effectif de Suisse répondait à un intérêt public certain, et toute autre mesure moins incisive que la détention administrative serait vaine pour assurer sa présence au moment où il devrait être réacheminé dans son pays. En outre, il ne pouvait être remis sans autre en liberté pour quitter la Suisse. Les risques de représailles, nullement étayés, que M. A_____ indiquait craindre en cas de retour dans son pays, ne permettaient pas de considérer que l'exécution de son expulsion s'avérerait impossible pour des raisons juridiques ou matérielles. Enfin, l'autorité chargée du renvoi avait agi avec diligence et célérité.

12. Le 30 août 2021, M. A_____ a refusé de se soumettre au test PCR, entraînant l'annulation du vol DEPA prévu le 1er septembre 2021 à destination du Maroc.

13. Le 6 septembre 2021, la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) a rejeté le recours interjeté le 30 août 2021 par M. A_____ contre le jugement du tribunal précité (ATA/1_____).

    Si le recourant invoquait un risque de représailles en cas de retour au Maroc du fait qu'il n'aurait pas payé certaines sommes au réseau de passeurs lui ayant permis de se rendre en Europe, une telle affirmation était contraire à l'expérience générale de la vie. Elle était par ailleurs formulée de manière excessivement générale et sans aucun détail factuel qui pourrait permettre de lui donner un minimum de vraisemblance.

14. Par requête motivée du 1er novembre 2021, l'OCPM a sollicité la prolongation de la détention administrative de M. A_____ pour une durée de trois mois. Il a exposé, justificatifs à l'appui, que M. A_____ était inscrit sur le prochain renvoi spécial maritime à destination du Maroc, pour lequel aucune date n'était encore fixée. Dans l'intervalle, un vol DEPA était prévu le 11 novembre 2021.

15. Lors de l'audience du 9 novembre 2021 devant le tribunal, la représentante de l'OCPM a exposé ne pas avoir de nouvelles du SEM s'agissant du renvoi spécial maritime, car il n'y avait pas encore de date fixée. Il y avait par année trois renvois par vol spécial maritime (sic) à destination du Maroc mais avec le Covid, les délais étaient plus longs. Depuis l'entrée en vigueur du nouvel art. 72 LEI en octobre dernier, qui permettait de soumettre l'intéressé à un test COVID par contrainte, on pouvait espérer que M. A_____ prendrait le vol DEPA prévu le 11 novembre prochain. Un laissez-passer serait délivré pour ce vol.

    M. A_____ a indiqué pour sa part qu'il n'était pas d'accord de prendre ce vol car il avait peur des représailles en cas de retour chez lui. Les passeurs qui avaient organisé sa venue en Suisse depuis le Maroc lui avaient demandé de l'argent qu'il n'avait pas versé. Ils avaient menacé sa sœur il y avait environ deux semaines, notamment de mort. Elle avait déposé plainte pénale à la police. Il pourrait

transmettre une copie de cette plainte après l'avoir demandée à sa sœur. Il a rajouté être fatigué de la « prison ». Il avait payé pour ses erreurs et acceptait son expulsion. Il demandait vingt-quatre heures pour partir volontairement de Suisse pour se rendre en France.

Il lui a été expliqué qu'on pouvait désormais le contraindre par la force à se soumettre à un test PCR. Il a répondu qu'il s'y opposerait vu qu'il refusait de retourner au Maroc. S'agissant de l'emploi de la force, il a relevé avoir mal à la jambe (il avait des broches) et au bras droits.

La représentante de l'OCPM a demandé la confirmation de la prolongation de la détention administrative de M. A_____ pour une durée de trois mois. Le conseil de M. A_____ a conclu au rejet de la demande de prolongation formée par l'OCPM et à sa mise en liberté immédiate.

16. Par jugement JTAPI/2_____ du 9 novembre 2021, le tribunal a prononcé la prolongation de la détention de M. A_____ pour une durée de trois mois, soit jusqu'au 14 février 2022 inclus.

17. Le 11 novembre 2021, M. A_____ a refusé de monter à bord d'un vol avec escorte policière à destination du Maroc.

18. Le 25 novembre 2021, un nouveau vol avec escorte policière était commandé. Toutefois, suite à la fermeture des frontières marocaines dû à la situation sanitaire, cette commande a été annulée.

19. Par requête motivée du 31 janvier 2022, l'OCPM a sollicité la prolongation de la détention administrative de M. A_____ pour une durée de trois mois.

20. Devant le tribunal, lors de l'audience du 8 février 2022, M. A_____ a déclaré qu'il était toujours opposé à son renvoi au Maroc et a confirmé qu'il n'était pas vacciné contre la COVID 19.

La représentante de l'OCPM a produit un échange de courriel entre M. BREA du DSPS et le SEM, dont il résultait, d'une part, que les vols vers et depuis le Maroc avaient repris le 7 février 2022 et, d'autre part, qu'un test PCR n'était plus suffisant, les autorités marocaines exigeant un statut vaccinal complet. Elle a confirmé qu'à ce jour, la législation suisse permettait uniquement un test sous la contrainte, mais non pas une vaccination. En outre, le SEM était en discussion avec les autorités marocaines pour ouvrir plus d'options. À cet égard, elle considérait que la situation était extrêmement changeante et que même si, à ce jour, seul un statut vaccinal complet permettait en principe un retour au Maroc depuis la Suisse, il n'était pas exclu qu'il soit possible d'obtenir un arrangement avec les autorités marocaines pour une plus grande souplesse. Elle a demandé la prolongation de la détention administrative de M. A_____, déposée le 31 janvier 2022 pour une durée de trois mois, soit jusqu'au 14 mai 2022.

L'intéressé, par l'intermédiaire de son conseil, a conclu au rejet de la demande de prolongation de sa détention et à sa mise en liberté immédiate.

21. Par jugement du 8 février 2022 (JTAPI/3_____), le tribunal a rejeté la demande de prolongation de la détention administrative de M. A_____ formée le 31 janvier 2022 par l'office cantonal de la population et des migrations, relevant qu'il appartiendrait à ce dernier de prononcer cas échéant une détention fondée sur l'art. 78 LEI.

À l'heure où le tribunal de céans était amené à examiner la prolongation de la détention de M. A_____ au-delà du 14 février 2022, les autorités marocaines avaient modifié les conditions d'entrée sur le territoire national et exigeaient désormais un statut vaccinal complet contre la Covid-19, et non plus seulement un test PCR négatif comme jusqu'à présent.

Or, il se trouvait que M. A_____ refusait de se faire vacciner et que le droit suisse excluait la possibilité d'une vaccination sous la contrainte, de sorte qu'un retour sous la contrainte était devenu impossible. Le fait que, comme le soutenait l'OCPM, la situation fut très fluctuante et que le SEM fut justement en train d'examiner avec les autorités marocaines la possibilité qu'elles admettent des retours dérogeant à la stricte condition d'un statut vaccinal complet, n'empêchait qu'à l'heure où le tribunal devait se prononcer sur la prolongation de la détention, la condition de l'art. 76 LEI prévoyant implicitement la possibilité d'un retour forcé n'était plus réalisée. En outre, le fait que l'on fut dans une situation que l'OCPM qualifiait de fluctuante devait précisément amener à se montrer prudent, la pandémie de la Covid-19 ayant démontré depuis bientôt deux ans que ce qui paraissait acquis pour une certaine durée pouvait évoluer très rapidement et, inversement, que ce qui était annoncé comme très passager pouvait durer plusieurs semaines, voire plusieurs mois. Dans ces conditions, le tribunal ne pouvait prolonger une détention fondée sur l'art. 76 LEI.

Quant à la levée de la détention à laquelle M. A_____ avait conclu par l'intermédiaire de son conseil, qui se fonderait selon lui sur le fait que son retour serait devenu impossible, elle n'entrait pas non plus en considération. En effet, il aurait la possibilité, s'il souhaitait retourner au Maroc, de se faire vacciner et de partir volontairement. Il s'agissait à cet égard de ne pas confondre une impossibilité absolue (quand bien même limitée dans le temps) d'exécuter le renvoi – laquelle aboutissait à la levée de la détention - et une impossibilité liée uniquement au refus de la personne concernée – laquelle pouvait fonder une détention pour insoumission selon l'art. 78 LEI.

22. Le 13 février 2022, à 14h50, le commissaire de police a ordonné la mise en détention administrative pour insoumission de M. A_____ pour une durée d'un mois sur la base de l'art. 78 al. 1 LEI.

Au commissaire de police, M. A_____ a déclaré qu'il n'entendait toujours pas retourner au Maroc. Cet acte a été soumis le même jour au tribunal en vue du contrôle de sa légalité.

23. Entendu le 15 février 2022 par le tribunal, M. A_____ a déclaré qu'il refusait toujours de retourner au Maroc. Par ailleurs, il ne voulait pas être vacciné. Il s'opposait catégoriquement à son retour au Maroc. Toutefois, il quitterait la Suisse s'il devait être libéré. En mai 2021, alors qu'il était incarcéré à la Brenaz, on lui avait demandé s'il était d'accord de se faire vacciner, ce qu'il avait refusé.

La représentante des commissaires de police a confirmé que depuis la mi-novembre 2021, le Maroc exigeait des personnes désireuses d'entrer sur son territoire, une vaccination complète à la COVID-19, soit deux doses de vaccin ou la preuve d'une guérison suivie d'une dose de vaccin. En outre, un test PCR restait requis. Par ailleurs, les vols à destination de ce pays avaient repris. Il y en avait plusieurs par semaine. À ce jour, les autorités suisses n'étaient pas au courant de nouvelles mesures qu'exigerait le Maroc pour une entrée sur son territoire. À sa connaissance, il a été demandé à M. A_____ de savoir s'il souhaitait être vacciné au cours de l'audience du 8 février 2022.

Elle a confirmé que depuis novembre 2021, M. A_____ avait une place de détention administrative dans le canton de Zurich. C'était la raison pour laquelle il devait se déplacer à Genève pour les audiences.

Pour le surplus, elle a conclu à la confirmation de l'ordre de mise en détention administrative pris à l'encontre de M. A_____ le 13 février 2022 pour une durée d'un mois.

Le conseil de M. A_____ a conclu à l'annulation de l'ordre de mise en détention pour insoumission, laquelle n'était ni justifiée ni proportionnée.

EN DROIT

1. Le Tribunal administratif de première instance est compétent pour examiner d'office la légalité et l'adéquation de la détention administrative ordonnées en vertu des art. 75 ss LEI (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. d 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 de l'officier de police ; le cas échéant, il ordonne la mise en liberté de l'étranger (art. 9 al. 3 LaLEtr).

4. 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).

5. 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).

6. 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).

7. 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).

8. À 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).

9. La détention et sa prolongation sont ordonnées par l’autorité du canton qui exécute le renvoi ou l’expulsion. Lorsque l’étranger se trouve déjà en détention en vertu de l’art. 75, 76 ou 77, il peut y être maintenu, pour autant que les conditions visées à l’al. 1 soient remplies (art. 78 al. 3 LEI).

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 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). À 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. Avant l'adoption de l'actuel art. 72 LEI (en vigueur du 2 octobre 2021 au 31 décembre 2022), introduisant l'obligation pour l'étranger de se soumettre à un test COVID-19 si cette mesure est nécessaire pour exécuter son renvoi ou son expulsion, le Tribunal fédéral a 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'État 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). Dans le cas que le Tribunal fédéral avait à juger, l'exigence de ce test faisait partie des conditions d'entrée tunisiennes en vigueur, que la Suisse était 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). Le Tribunal fédéral a estimé que, sous cet angle, l'atteinte à l'intégrité corporelle et à la vie privée de la personne concernée n'apparaissait pas grave, dans la mesure où il s'agissait d'un simple prélèvement effectué dans le nez ou la gorge ; pouvant certes être désagréable, une telle intervention n'avait aucun effet sur la santé et était 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 pouvait toutefois pas être effectuée contre la volonté de la personne concernée ; celle-ci pouvait 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 au Maroc est a priori 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 déjà délivré un laissez-passer en sa faveur, dont rien n'indique que le renouvellement poserait problème, que son état de santé ne s'oppose pas à son rapatriement et que des liaisons aériennes entre la Suisse et le

Maroc sont actuellement disponibles, ce plusieurs fois par semaine, même si les autorités marocaines exigent désormais un statut vaccinal complet contre la COVID-19 pour l'entrée sur leur territoire.

M. A_____ s'est opposé à son retour au Maroc à plusieurs reprises. Il a en particulier refusé de monter à bord d'un avion le 15 août 2021 puis, en refusant de se soumettre au test PCR, il a fait échouer son renvoi par le vol DEPA prévu le 1er septembre 2021.

Il n'est par ailleurs pas contesté que celui-ci refuse catégoriquement de se faire vacciner contre la COVID-19. Or, comme le droit suisse exclut la possibilité d'une vaccination forcée, un retour sous la contrainte est devenu impossible ainsi que l'a jugé le tribunal de céans le 8 février 2022.

Il convient donc de déterminer si l'impossibilité d'exécuter l'expulsion réside dans le comportement de M. A_____, soit si on peut lui reprocher son refus de se soumettre à la vaccination lequel rend impossible la présentation du pass vaccinal prescrit.

Dans cette perspective, il y a lieu d'examiner si le devoir de collaboration pour l'obtention de documents prescrit par l'art. 90 let. c LEI inclut, à l'instar de l'accomplissement d'un test de dépistage au COVID 19, le respect de l'exigence de l'État d'origine consistant à lui présenter un statut vaccinal complet comportant l'administration de deux doses de vaccins ou la preuve d'une guérison, suivie d'une dose de vaccin, comme l'estime le commissaire de police.

Dans son arrêt 2C_35/2021 précité, le Tribunal fédéral a considéré que le devoir de coopération prévu par l'art. 90 let. c LEI, englobait toutes les prescriptions exigées par l'État d'origine pour l'entrée sur son territoire, soit notamment l'accomplissement d'un test PCR-COVID 19. Il doit toutefois être relevé que le Tribunal fédéral est parvenu à cette conclusion après une analyse circonstanciée du principe de proportionnalité, considérant notamment que l'atteinte à l'intégrité physique et à la sphère privée induite par un tel test n'était pas grave, dès lors que si un prélèvement dans le nez ou dans la gorge pouvait être désagréable, il n'avait aucun effet sur la santé et pouvait être réalisé en quelques secondes.

De l'avis du tribunal, la présentation d'un pass vaccinal qui implique une vaccination complète, à savoir l'injection de deux doses de vaccins, à 21 jours d'intervalle pour le vaccin *Comirnaty*® de Pfizer/BioNTech et à 28 jours d'intervalle pour le vaccin *Spikevax*® de Moderna (https://www.ge.ch/se-faire-vacciner-contre-covid-19/schema-vaccination, page consultée le 15 février 2022), ou la preuve d'une guérison, suivie d'une dose vaccinale, ne peut être assimilée à l'accomplissement d'un seul test de dépistage.

Si les effets éventuels sur la santé d'une telle vaccination ne sont, à l'heure actuelle, pas connus du tribunal, il est communément admis que l'obligation d'une vaccination constitue une restriction au droit à la liberté individuelle de l'individu dans le cadre de laquelle la distinction entre les intérêts publics et privés en matière de santé ne se fait pas sans peine, au point que de nombreux États - dont la Suisse - concernés par la pandémie, ne l'ont pas adoptée.

À ce sujet, dans le cadre de la modification de la LEI (test COVID-19 en cas de renvoi ou d'expulsion), le Conseil fédéral a relevé que « contrairement à un test COVID-19, le test sanguin et la vaccination sont des mesures invasives qui constituent des atteintes plus significatives à l'intégrité physique des personnes concernées ». Il a estimé « que de telles mesures invasives forcées sont disproportionnées, raison pour laquelle il les rejette. Il en va de même pour la vaccination obligatoire, dont il est proposé qu'elle soit sanctionnée, en cas de non-respect, dans le cadre d'une violation de l'obligation de collaborer » (Message du 11 août 2021 - FF 2021 1901 p. 17).

Eu égard à ce qui précède, le tribunal considère que l'exigence de la présentation d'un pass vaccinal - qui implique une vaccination complète – posée comme une condition d'entrée de l'État d'origine, qui implique une vaccination complète, excède ce qui est prévu par l'art. 90 let. c LEI, de sorte que le refus de s'y soumettre ne peut pas constituer un comportement « reprochable », propre à fonder une détention administrative pour insoumission. En effet, d'une part, de telles mesures apparaissent nettement plus invasives qu'un simple test de dépistage d'un point de vue de la santé et le choix de s'y soumettre relève de la liberté personnelle et du droit à l'autodétermination individuelle, laquelle confère à chacun le droit de décider seul des aspects fondamentaux de sa propre vie, tel que garanti par l'art. 10 al. 2 Cst. D'autre part, par opposition aux quelques secondes que dure un test de dépistage, une vaccination complète ne peut pas être réalisée en moins de 21 jours ce qui prolongerait d'autant la détention pour insoumission de l'étranger quand bien même ce dernier se serait décidé de coopérer.

Pour ces raisons déjà, le tribunal considère que le refus de se soumettre à la vaccination, opposé par M. A_____, ne saurait constituer de sa part un comportement « reprochable » justifiant une détention pour insoumission.

À cela s'ajoute que dans le cas d'espèce, les autorités doivent se voir reprocher une violation grave du principe de célérité dès lors que ce n'est que lors de l'audience du 8 février 2022 que l'intéressé a été informé des nouvelles exigences des autorités marocaines, lesquelles ont pourtant été formulées et portées à la connaissance des autorités à la mi-novembre 2021 déjà.

16. Au vu de ce qui précède, il y a lieu d'annuler l'ordre de mise en détention administrative pour insoumission de M. A_____ et d'ordonner sa mise en liberté immédiate.

17. Conformément à l'art. 9 al. 6 LaLEtr, le présent jugement sera communiqué à M. A_____, à son avocat et au commissaire de police. En vertu des art. 89 al. 2 et 111 al. 2 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), il sera en outre communiqué au secrétariat d'État aux migrations.

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

1. annule l'ordre de mise en détention administrative pour insoumission émis le 13 février 2022 par le commissaire de police à l'encontre de Monsieur A_____ pour une durée d'un mois;

2. lève la détention de Monsieur A_____ et ordonne sa mise en liberté immédiate ;

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 dix jours à compter de sa notification. L'acte de recours doit être dûment motivé et contenir, sous peine d'irrecevabilité, la désignation du jugement attaqué et les conclusions du recourant. Il doit être accompagné du présent jugement et des autres pièces dont dispose le recourant.

Au nom du Tribunal :

La présidente

Caroline DEL GAUDIO-SIEGRIST

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, La greffière