

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4650/2017-MC

ATA/1611/2017

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 14 décembre 2017

En section

dans la cause

Monsieur A_____

représenté par Me Michael Mitzicos-Giogios, avocat

contre

COMMISSAIRE DE POLICE

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
24 novembre 2017 (JTAPI/1235/2017)**

EN FAIT

- 1) Par décision du 24 juillet 2013, l'office fédéral des migrations, devenu le Secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM), a rejeté la demande d'asile déposée le 1^{er} septembre 2012 par Monsieur A_____, né le _____ 1973, originaire de Tunisie, dépourvu de tout document d'identification, et a ordonné son départ de Suisse au plus tard le 22 août 2013.
- 2) Lors d'un entretien à l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) le 27 août 2013, l'intéressé a notamment indiqué qu'il devait consulter son médecin pour un problème d'asthme, qu'il avait entendu parler du projet de formation pour des Tunisiens qui étaient ensuite retournés au pays et que cela pourrait l'intéresser.
- 3) À compter du 24 octobre 2013, le SEM a sollicité à plusieurs reprises auprès de l'ambassade de Tunisie la délivrance d'un laissez-passer en faveur de M. A_____.
- 4) Par courrier du 1^{er} mars 2017, le SEM a informé l'OCPM que les autorités tunisiennes étaient disposées à délivrer un laissez-passer.
- 5) Lors d'un entretien à l'OCPM du 7 mars 2017, l'intéressé a notamment déclaré qu'il n'avait pas entrepris de démarches en vue de son retour en Tunisie et qu'il n'était pas disposé à se présenter auprès de la Croix-Rouge genevoise, ni à organiser son retour au pays. Il avait deux enfants à Genève, un fils né en 2015, et une fille née en 2016, qu'il ne pouvait pas abandonner. Il n'avait pas encore été en mesure de les reconnaître. Il ne vivait pas avec eux et ne les avait pas vus depuis deux semaines. Il rencontrait des problèmes avec la mère de ses enfants et le service de protection des mineurs était intervenu. Il avait sollicité sa famille en Tunisie afin qu'elle lui fasse parvenir des documents lui permettant d'entreprendre les démarches en vue de la reconnaissance.

Il avait compris que, dans la mesure où il persistait dans sa volonté à ne pas collaborer à l'organisation de son départ, les services de police seraient mandatés pour exécuter son renvoi et des mesures de contraintes pourraient être prises à son encontre.
- 6) Le 8 mars 2017, l'OCPM a demandé à la police d'exécuter le renvoi de M. A_____.
- 7) À la suite de la délivrance d'un laissez-passer par les autorités tunisiennes le 23 mars 2017, un vol de retour a été réservé pour le 5 avril 2017 ; il a dû être annulé, M. A_____ étant resté introuvable au Foyer des Tattes.

- 8) Par décision du 14 juin 2017, le SEM a rejeté la demande de reconsidérer sa décision du 24 juillet 2013.

Dans le cadre de l'examen préjudiciel de cette demande, il était parvenu à la conclusion que M. A_____ possédait un droit potentiel à une autorisation de séjour et l'avait invité, par courrier du 3 mai 2017, à faire valoir un tel droit auprès de l'autorité cantonale jusqu'au 31 mai 2017. Aucune démarche n'avait cependant été entreprise par M. A_____ dans ce délai.

- 9) M. A_____ n'a pas donné suite à une convocation de l'OCPM à se présenter auprès de son service asile et départ le 26 juin 2017 à 10h30.

- 10) Par courrier du 27 juin 2017, l'OCPM l'a à nouveau invité à se présenter auprès de son service asile et départ le 19 juillet 2017 pour un entretien de départ.

- 11) Lors de cet entretien, l'intéressé a indiqué qu'il avait été hospitalisé du 7 au 23 juin 2017 à Belle-Idée, qu'il n'était pas d'accord de quitter la Suisse et de retourner en Tunisie, qu'il avait deux enfants à Genève et qu'il ne voulait pas les laisser.

- 12) En date du 26 juillet 2017, l'OCPM a requis les forces de police de procéder au renvoi de M. A_____.

- 13) Lors d'un entretien à l'OCPM du 14 septembre 2017, l'intéressé a notamment indiqué qu'il avait été admis à l'hôpital le 28 août 2017 à la suite d'une tentative de suicide. Il était hospitalisé à Belle-Idée et avait obtenu un congé de son médecin pour l'entretien. Il allait sortir définitivement de Belle-Idée dans le courant de la semaine suivante. Il produirait un rapport médical des Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG) et confirmerait qu'il vivait toujours au Foyer des Tattes.

- 14) Par courriel du 9 octobre 2017, l'OCPM a informé la Brigade Renvois de la police judiciaire que M. A_____ s'était présenté le même jour dans ses locaux où il avait remis plusieurs documents, notamment les rapports médicaux relatifs à sa tentative de suicide et son hospitalisation à Belle-Idée, ainsi qu'un certificat médical indiquant la fin de son hospitalisation le 4 octobre 2017. L'OCPM a dès lors invité la police à reprendre l'organisation du départ de M. A_____.

- 15) Le 21 novembre 2017, les autorités tunisiennes ont délivré un laissez-passer en faveur de l'intéressé, valable pour une durée de quinze jours.

- 16) M. A_____ a été interpellé par les services de police le 23 novembre 2017.

Il ressort du procès-verbal d'audition que la détention administrative de M. A_____ a débuté le 23 novembre 2017 à 6h00.

Le même jour à 9h20, le commissaire de police a émis un ordre de mise en détention administrative à l'encontre de M. A_____ pour une durée de soixante jours sur la base de l'art. 77 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 septembre 2005 (LEtr - RS 142.20).

M. A_____ s'est opposé à son retour en Tunisie.

- 17) Le commissaire de police a soumis l'ordre de mise en détention au Tribunal administratif de première instance (ci-après : le TAPI) le même jour.
- 18) À réception de l'ordre de mise en détention, le TAPI a invité le conseil de M. A_____, désigné d'office pour la défense de ses intérêts (art. 12 al. 2 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10), à lui communiquer ses éventuelles observations écrites d'ici au 24 novembre 2017. Une place sur un vol spécial à destination de la Tunisie avait été réservée pour l'intéressé, dont la date était tenue secrète.
- 19) M. A_____ a présenté des observations le 24 novembre 2017, concluant à sa mise en liberté, subsidiairement à la réduction de la durée de la détention.

Il ressortait d'un courrier du service de protection des mineurs du 11 octobre 2017 que sa présence et son implication auprès de ses enfants étaient primordiales pour leur bon développement. L'exécution du renvoi était contraire à l'art. 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101) garantissant le droit au respect de la vie privée et familiale ; l'exécution du renvoi était donc impossible pour des motifs juridiques.

Par ailleurs, souffrant d'asthme et ayant dû être hospitalisé à Belle-Idée, il ne serait vraisemblablement pas correctement pris en charge par le système de santé tunisien, ce qui conduirait à une dégradation de sa santé psychique, et par conséquent à une élévation du risque d'une nouvelle tentative de suicide. Enfin, la durée de la détention violait le principe de la proportionnalité.

- 20) Par jugement du 24 novembre 2017, le TAPI a confirmé l'ordre de mise en détention administrative. Les conditions de l'art. 77 LEtr étaient remplies et aucun motif ne s'opposait au renvoi de M. A_____. Les motifs liés au droit au respect de la vie familiale devaient être présentés dans le cadre de la procédure relative à son statut en Suisse et non au stade du contrôle de la détention administrative.
- 21) M. A_____ a été renvoyé par vol spécial le 30 novembre 2017.
- 22) Par acte expédié le 4 décembre 2017 à la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), M. A_____ a recouru contre le jugement susmentionné, dont il a sollicité l'annulation. Il a conclu au

déboutement de l'OCPM de toutes ses conclusions et à la constatation que sa détention administrative ainsi que son renvoi étaient illicites.

L'enveloppe contenant le recours porte le timbre postal du 5 décembre 2017 de la poste de Givisiez. Sur le verso de l'enveloppe, deux personnes, domiciliées à Corminboeuf, respectivement à Belfaux, ont attesté par leur signature de ce que le pli avait été déposé dans la boîte de la poste de Givisiez le 4 décembre 2017 à 22h30.

Le recourant s'est plaint de la violation de l'art. 8 CEDH.

- 23) Le TAPI n'a pas formulé d'observations, alors que le Commissaire de police a conclu à l'irrecevabilité, subsidiairement au rejet du recours.
- 24) Dans sa réplique, le recourant a persisté dans ses conclusions. Il a relevé que, comparant en personne devant le SEM, il ne pouvait lui être reproché de ne pas avoir recouru contre la décision du 14 juin 2017, sauf à consacrer une violation des principes de l'interdiction du formalisme excessif et de la maxime d'office. L'OCPM savait qu'il refusait de rentrer en Tunisie en raison de la présence en Suisse de ses deux enfants. L'OCPM aurait ainsi dû donner suite à sa demande de rester en Suisse.
- 25) Par télécopie du 13 décembre 2017, les parties ont été informées de ce que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

- 1) Le recours a été interjeté en temps utile devant la juridiction compétente (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 10 al. 1 LaLEtr ; art. 62 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). En effet, l'indication figurant sur l'enveloppe contenant l'acte de recours selon laquelle deux personnes, dont les noms et adresses sont précisés, ont assisté à la mise dans la boîte de la poste de Givisiez permet de retenir que l'enveloppe a été remise à un office postal le 4 décembre 2017.
- 2) Selon l'art. 10 al. 2 LaLEtr, la chambre administrative doit statuer dans les dix jours qui suivent sa saisine. Ayant reçu le recours le 5 décembre 2017 et statuant ce jour, elle respecte ce délai.
- 3) Se pose, en premier lieu, la question de savoir si le recours conserve son objet, compte tenu du renvoi du recourant avant l'échéance du délai de recours.
 - a. Aux termes de l'art. 60 al. 1 let. b LPA, ont qualité pour recourir les personnes touchées directement par une décision et qui ont un intérêt digne de

protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. Le recourant doit avoir un intérêt actuel à l'admission du recours (ATF 138 II 162 consid. 2.1.2). Il est toutefois renoncé à l'exigence d'un intérêt actuel lorsque le recourant libéré en cours de procédure demande l'examen de la licéité de la détention administrative au regard des dispositions de la CEDH (ATF 137 I 296 consid. 4.3 et les arrêts cités).

b. En l'espèce et conformément à la jurisprudence précitée, le recourant dispose d'un intérêt digne de protection à recourir contre le jugement confirmant l'ordre de sa mise en détention, dès lors qu'il se prévaut d'une violation de l'art. 8 CEDH. Son recours est donc recevable.

4) La chambre administrative est compétente pour apprécier l'opportunité des décisions portées devant elle (art. 10 al. 2 LaLEtr). Elle peut confirmer, réformer ou annuler la décision attaquée ; cas échéant, elle ordonne la mise en liberté de l'étranger (art. 10 al. 3 LaLEtr). La procédure est régie par la maxime d'office, qui oblige l'autorité à établir d'office les faits (ATF 131 II 265 consid. 3.2 et les références citées).

5) 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 CEDH (ATF 135 II 105 consid. 2.2.1 p. 107) 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.

b. En vertu de l'art. 77 al. 1 LEtr, l'autorité cantonale compétente peut ordonner la détention d'un étranger afin d'assurer l'exécution de son renvoi ou de son expulsion aux conditions cumulatives (Gregor CHATTON/Laurent MERZ, Code annoté de droit des migrations, vol. II, Loi sur les étrangers, 2017, n. 5 ad art. 77 p. 820) suivantes : une décision exécutoire a été prononcée (let. a) ; il n'a pas quitté la Suisse dans le délai imparti (let. b) ; l'autorité a dû se procurer elle-même les documents de voyage (let. c).

c. Le recourant fait l'objet d'une décision exécutoire de renvoi, n'a pas quitté la Suisse dans le délai qui lui avait été imparti, et les autorités d'exécution du renvoi ont dû entreprendre les démarches nécessaires à l'obtention d'un laissez-passer émis par les autorités tunisiennes. Les conditions à la détention administrative prévues à l'art. 77 LEtr sont donc remplies. Le recourant ne le conteste pas, mais fait valoir que la présence en Suisse de ses deux enfants mineurs s'oppose, au regard de l'art. 8 CEDH, à son renvoi.

6) a. Le droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'art. 8 CEDH n'est pas absolu. Une ingérence dans l'exercice de ce droit est possible selon l'art. 8 § 2 CEDH, pour autant qu'elle soit prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la

prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le refus de prolonger une autorisation de séjour ou d'établissement fondé sur l'art. 8 § 2 CEDH suppose une pesée des intérêts en présence et l'examen de la proportionnalité de la mesure (ATF 139 I 145 consid. 2.2 ; 135 II 377 consid. 4.3).

Selon l'art. 80 al. 6 LEtr, la détention est levée lorsque le motif de la détention n'existe plus ou l'exécution du renvoi ou de l'expulsion s'avère impossible pour des raisons juridiques ou matérielles (let. a), la demande de levée de détention est admise (let. b) ou la personne détenue doit subir une peine ou une mesure privative de liberté (let. c). Ces raisons doivent être importantes (« triftige Gründe »). Il ne faut cependant pas perdre de vue que l'objet de la procédure porte sur la détention administrative en tant que telle et non pas sur les questions relatives à l'asile ou au renvoi. Le juge de la détention administrative doit en principe seulement s'assurer qu'une décision de renvoi existe, sans avoir à vérifier la légalité de cette dernière. Ce n'est que lorsque la décision de renvoi apparaît manifestement inadmissible, soit arbitraire ou nulle, que le juge de la détention peut, voire doit, refuser ou mettre fin à la détention administrative (ATF 129 I 139 consid. 4.3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_1177/2013 du 17 janvier 2014 consid. 2.2). Les ATF 140 I 145 et 135 I 153 dont se prévaut le recourant et qui traitent du droit d'obtenir, à certaines conditions, un titre de séjour, relèvent du fond de l'affaire et ne sauraient être pris en considération pour l'examen de la légalité de la détention administrative en vue du renvoi.

b. En l'espèce, le litige se trouvant au stade de la détention administrative, les autorités de recours ne peuvent examiner la légalité de la décision de renvoi que si celle-ci apparaît arbitraire ou nulle. Tel n'est cependant pas le cas in casu. En effet, rien n'indique que la décision du SEM du 24 juillet 2013 rejetant la demande d'asile du recourant et ordonnant son renvoi apparaisse arbitraire ou nul. Il en va de même de la décision du SEM du 14 juin 2017. Le recourant ne l'allègue d'ailleurs pas. Il reproche cependant à l'OCPM un formalisme excessif en tant qu'il lui oppose qu'il n'a pas recouru contre la décision du SEM ; agissant à l'époque en personne, il ne pouvait lui être reproché de ne pas avoir contesté ladite décision. Par ailleurs, l'OCPM, en application de la maxime d'office, aurait dû « donner suite à [s]a demande ».

Or, contrairement à ce qu'affirme le recourant, il n'a pas déposé de demande d'autorisation de séjour, ni auprès de l'OCPM ni auprès du SEM, qui l'avait pourtant encouragé à procéder de la sorte. Par ailleurs, l'intéressé n'a aucun droit à ce que le canton ou le SEM se saisissent sans en être requis par l'intéressé d'une quelconque demande de titre de séjour (cf. ATF 137 II 305 consid. 3.2). La maxime d'office, qui oblige l'autorité administrative à établir d'office les faits (consid. 4 supra), n'implique nullement que celle-ci procède, en lieu et place de l'intéressé, aux requêtes ou demandes que l'administré pourrait formuler. En

outre, le recourant n'a pas saisi l'opportunité, expressément suggérée par le SEM, de déposer une demande d'autorisation de séjour. En tant qu'il se plaint de ce que l'OCPM, respectivement le SEM, n'aurait pas ouvert d'office une procédure d'autorisation de séjour, alors qu'il avait renoncé à déposer une telle demande lorsque le SEM l'y avait invité, le recourant agit contradictoirement. Un tel comportement ne mérite pas protection.

Enfin, le recourant fait également à mauvais escient valoir que serait constitutif d'un formalisme excessif le fait que l'autorité intimée a retenu qu'il n'avait pas recouru contre la décision du SEM du 14 juin 2017. Un tel formalisme est réalisé lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi, complique de manière insoutenable la mise en oeuvre du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux (ATF 142 IV 299 consid. 1.3.2 ; 135 I 6 consid. 2.1). Au regard de cette définition, la constatation que le recourant n'a pas contesté la décision du SEM du 14 juin 2017 ne relève d'aucun formalisme excessif. Le recourant ne soutient pas qu'il aurait recouru contre cette décision ou que son recours aurait été déclaré irrecevable pour des motifs ne résistant pas à l'interdiction du formalisme excessif. Il reconnaît, au contraire, ne pas avoir contesté cette décision. Ce fait lui est opposable sans que l'on ne puisse discerner une quelconque violation de l'interdiction d'un formalisme excessif.

En tous points mal fondé, le recours sera rejeté.

- 7) Vu la nature du litige, aucun émoulement ne sera perçu (art. 87 al. 1 LPA et art. 12 al. 1 du règlement sur les frais, émoulements et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 - RFPA- E 5 10.03). L'issue du litige ne justifie pas d'allouer une indemnité de procédure (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 4 décembre 2017 par Monsieur A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 24 novembre 2017 ;

au fond :

le rejette ;

dit qu'il n'est pas prélevé d'émoulement, 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 à Me Michael Mitzicos-Giogios, avocat du recourant, au commissaire de police, à l'office cantonal de la population et des migrations, au Tribunal administratif de première instance, ainsi qu'au Secrétariat d'État aux migrations.

Siégeant : Mme Junod, présidente, Mme Krauskopf, M. Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

la présidente siégeant :

Ch. Junod

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :