

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1090/2017-PE

ATA/520/2017

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 9 mai 2017

2^{ème} section

dans la cause

Madame A_____

représentée par Me Philippe Girod, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

EN FAIT

1. Madame A_____, née le _____ 1983, est ressortissante du Maroc.
2. Elle réside sur le territoire Suisse et dans le canton de Genève sans être au bénéfice d'une autorisation de séjour, y étant arrivé à une date qui n'est pas établie.
3. Elle a été condamnée pénalement à deux reprises en 2012 et une reprise en 2016 pour des infractions à la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20).
4. Le 20 mars 2017 elle a été arrêtée à Genève en compagnie de deux autres personnes. Suite à cela, elle a été condamnée par ordonnance pénale du Ministère public du canton de Genève à une peine de 180 jours-amende pour vol, utilisation frauduleuse d'un ordinateur, séjour illégal et activité lucrative sans autorisation. L'ordonnance pénale prononçant cette peine n'est pas définitive, ayant été frappée d'opposition.
5. Elle fait l'objet depuis le 28 décembre 2016 d'une mesure d'interdiction d'entrée en Suisse prise par le secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM) en rapport avec les condamnations dont elle fait l'objet mais également en raison de l'exercice d'une activité lucrative sans autorisation. Cette décision, exécutoire nonobstant recours, lui a été notifiée le 21 mars 2017.
6. Le 21 mars 2017 également, l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) a rendu à son encontre une décision de renvoi, exécutoire nonobstant recours. Elle faisait l'objet d'une mesure d'interdiction d'entrée en Suisse exécutoire immédiatement. Elle n'avait pas de moyens financiers suffisants et ne bénéficiait pas des autorisations de séjour nécessaires pour travailler en Suisse. Un recours contre cette décision était possible mais n'avait pas d'effet suspensif.
7. Mme A_____ a interjeté un recours auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) contre la décision de l'OCPM du 21 mars 2017 précitée, en concluant à son annulation. Préalablement, elle concluait à la restitution de l'effet suspensif. Elle vivait en Suisse depuis l'âge de 23 ans. Un retour au Maroc de façon contrainte dans un délai d'un mois n'était pas envisageable. Aucun motif de sécurité et d'ordre public ne justifiait un renvoi immédiatement exécutoire. Elle était prête à proposer de se soumettre à toute obligation pour garantir sa présence en Suisse pendant la durée de la procédure.
8. L'OCPM a conclu au rejet du recours et s'est opposé à la restitution de l'effet suspensif. La recourante n'avait aucun titre de séjour en Suisse. Elle y avait

commis des infractions pénales. Elle était en outre au bénéfice d'une autorisation de séjour en cours lui permettant de résider en Italie. L'intérêt à son éloignement de Suisse primait sur son intérêt à y rester jusqu'à l'issue de la procédure de recours.

9. Par décision du 5 avril 2017, le TAPI a refusé de restituer l'effet suspensif au recours. La juridiction de recours disposait d'un large pouvoir d'appréciation pour décider de restituer l'effet suspensif à un recours, contre une décision immédiatement exécutoire. En l'espèce, la recourante, de nationalité marocaine, ne disposait d'aucun droit à une autorisation de séjour. Conformément à la législation fédérale, soit plus précisément à l'art. 17 al. 1 LEtr, un ressortissant étranger qui demandait une autorisation de séjour devaient l'attendre à l'étranger la décision qui serait prise par l'autorité compétente, sauf si, à teneur de l'art. 17 al. 2 LEtr, les conditions d'admission étaient manifestement remplies. Ces règles s'appliquaient a fortiori aux étrangers qui séjournaient illégalement en Suisse et qui tentait de légaliser leur séjour par un dépôt ultérieur d'une demande d'autorisation de séjour. La personne étrangère sans autorisation devait faire l'objet d'une décision de renvoi (art. 64 al. 1 LEtr) et le recours contre une telle décision n'avait pas d'effet suspensif (art. 64 al. 3 LEtr). Les conditions pour une restitution de l'effet suspensif n'étaient pas en l'espèce réalisées. Dans la mesure où la recourante travaillait sans autorisation en Suisse et qu'elle y commettait des infractions pénales, l'intérêt public à son éloignement immédiat prévalait sur son intérêt privé à demeurer en Suisse jusqu'à l'issue de la procédure de recours.
10. Par acte posté le 18 avril 2017, Mme A_____ a interjeté un recours contre la décision du TAPI du 5 avril 2017 reçue le 6 avril 2017, en concluant à son annulation et à la restitution de l'effet suspensif à la procédure de recours. Elle avait fait opposition à la dernière ordonnance pénale qui lui avait été notifiée. Il n'y avait pas d'intérêt public prépondérant qui exigeait qu'elle doive quitter la Suisse pendant la durée de la procédure administrative, sans attendre son issue, ou l'issue de son opposition à l'ordonnance pénale. Résidant à Genève depuis près de dix ans, elle entendait soumettre une demande à l'OCPM en vue de régulariser sa situation et obtenir une suspension de l'interdiction d'entrée en Suisse. En rapport avec cela, elle avait besoin de temps pour faire établir les faits pertinents qui lui permettraient, à partir de la Suisse, d'étayer ces démarches et la présente procédure de recours.
11. Le 24 avril, l'OCPM a conclu au rejet du recours. La recourante était titulaire d'une autorisation de séjour italienne valable jusqu'au 8 octobre 2017. Quelles que soient les démarches juridiques qu'elle entendait entreprendre en rapport avec ses conditions de séjour en Suisse, elle y séjournaient illégalement. Il y avait un intérêt public prépondérant à son éloignement immédiat, ce d'autant plus qu'elle pouvait sans autre attendre le résultat de celles-ci en Italie. Il n'y avait

donc aucune raison de restituer l'effet suspensif au recours ou d'autoriser un séjour jusqu'à droit connu sur le recours par la voie de mesures provisionnelles.

12. Le 4 mai 2017, la recourante a persisté dans ses explications et conclusions. Elle confirmait son intention de solliciter la régularisation de son séjour en Suisse à l'issue de la procédure d'opposition à l'ordonnance pénale du 21 mars 2017, dans laquelle elle contestait les infractions pour lesquelles elle avait été condamnée.
13. Après transmission de ces écritures, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Les décisions du TAPI peuvent faire l'objet d'un recours auprès de la chambre administrative (art. 132 al. 1 et 2 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05). La décision refusant l'effet suspensif ou de mesures provisionnelles étant une décision incidente, le délai de recours est de dix jours (art. 62 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ce point de vue.
2. Le recours est dirigé contre la décision du TAPI refusant de restituer l'effet suspensif à celui-ci, ce qui rend exécutoire la décision prise le 21 mars 2017 par l'OCPM, déclarée exécutoire nonobstant recours, prononçant le renvoi de la recourante et lui impartissant un délai pour quitter la Suisse.
3. La recourante conclut à l'annulation de la décision du TAPI, dès lors que ce dernier aurait dû restituer l'effet suspensif au recours qu'elle avait interjeté. La question de savoir si et dans quelle mesure de telles conclusions sont recevables, dès lors qu'elles se confondent au moins en partie avec les conclusions au fond, peut demeurer ouverte, vu ce qui suit.
4. Selon l'art. 57 let. c LPA, sont seules susceptibles de recours les décisions incidentes qui peuvent causer un préjudice irréparable ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (ATA/982/2015 du 22 septembre 2015 ; ATA/632/2013 du 24 septembre 2013 consid. 3 et l'arrêt cité).

Le préjudice irréparable suppose que la personne qui recourt a un intérêt digne de protection à ce que la décision attaquée soit immédiatement annulée ou modifiée, comme un intérêt économique ou un intérêt tiré du principe de l'économie de la procédure (ATF 127 II 132 consid. 2a p. 126 ; 126 V 244 consid. 2c p. 247 ss ; 125 II 613 consid. 2a p. 619 ss ; ATA/632/2013 précité).

5. Selon l'art. 64 al. 1 LEtr, l'autorité compétente rend une décision de renvoi ordinaire à l'encontre d'un étranger qui n'a pas d'autorisation alors qu'il y est tenu (let. a) ou à l'encontre d'un étranger qui ne remplit pas ou ne remplit plus les conditions d'entrée en Suisse au sens de l'art. 5 LEtr, soit notamment d'un étranger qui ne dispose pas des moyens financiers nécessaires à son séjour (art. 5 al. 1 let. b LEtr) ou qui représente une menace pour la sécurité et l'ordre publics (art. 5 al.1 let. c LEtr).

6. En l'espèce, s'agissant du préjudice irréparable, la recourante, qui n'a été jusqu'à ce jour titulaire d'aucune autorisation de séjour en Suisse, n'expose aucunement pour quel motif un éloignement de Suisse, porterait pour elle un préjudice irréparable à ses intérêts, qui imposerait de déroger à la règle de l'art. 64 al. 3 LEtr en restituant l'effet suspensif que cette disposition légale retire. Elle dispose de la possibilité de séjourner en Italie et n'invoque aucun motif qui l'empêcherait de retourner au Maroc. Enfin, l'admission du recours ne mettrait pas fin au litige, puisque le TAPI devrait, ce nonobstant, statuer au fond. La seconde hypothèse visée par l'art. 57 let. c LPA n'est donc pas non plus réalisée. Pour ces seules raisons, le recours pourrait être déclaré irrecevable.

Au demeurant, cette question souffre de rester indécise dans la mesure où une pesée des intérêts en présence conduit également à rejeter le recours. L'intérêt public à l'éloignement immédiat de la recourante prévaut en effet sur son intérêt privé à rester à Genève jusqu'à ce qu'il soit statué sur le fond de sa contestation de la décision de renvoi, dès lors qu'elle ne bénéficie d'aucun statut en Suisse, n'y a aucun domicile fixe, n'a pas de moyens légaux de subsistance avérés et qu'elle a la possibilité de se rendre en Italie ou au Maroc sans difficultés pour attendre cette issue.

7. Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté dans la mesure où il est recevable.

8. Au vu de la situation financière exposée par la recourante qui a demandé d'être mise au bénéfice de l'assistance juridique, aucun émolument de procédure ne sera mis à sa charge (art. 87 al. 1 LPA). Vu l'issue du recours, aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette dans la mesure où il est recevable le recours interjeté le 27 mars 2017 par Madame A_____ contre la décision sur effet suspensif du Tribunal administratif de première instance du 5 avril 2017 ;

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

dit que, les éventuelles voies de recours contre le présent arrêt, les délais et conditions de recevabilité qui leur sont applicables, figurent dans la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), dont un extrait est reproduit ci-après. Le mémoire de recours 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 Philippe Girod, avocat de la recourante, à l'office cantonal de la population et des migrations, au secrétariat aux migrations ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance .

Siégeants : M. Verniory, président, M. Thélin, M. Dumartheray, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

K. De Lucia

le président siégeant :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

Extraits de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110)

consultable sur le site: http://www.admin.ch/ch/f/rs/c173_110.html

Recours en matière de droit public (art. 82 et ss LTF)

Art. 82 Principe

Le Tribunal fédéral connaît des recours :

- contre les décisions rendues dans des causes de droit public ;

...

Art. 83 Exceptions

Le recours est irrecevable contre :

- ...
- les décisions en matière de droit des étrangers qui concernent :
 - l'entrée en Suisse,
 - une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit,
 - l'admission provisoire,
 - l'expulsion fondée sur l'art. 121, al. 2, de la Constitution ou le renvoi,
 - les dérogations aux conditions d'admission,
 - la prolongation d'une autorisation frontalière, le déplacement de la résidence dans un autre canton, le changement d'emploi du titulaire d'une autorisation frontalière et la délivrance de documents de voyage aux étrangers sans pièces de légitimation ;
 - les décisions en matière d'asile qui ont été rendues :
 - par le Tribunal administratif fédéral,
 - par une autorité cantonale précédente et dont l'objet porte sur une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit ;
- ...

Art. 89 Qualité pour recourir

¹ A qualité pour former un recours en matière de droit public quiconque :

- a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire ;
 - est particulièrement atteint par la décision ou l'acte normatif attaqué, et
 - a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification.
- ...

Art. 95 Droit suisse

Le recours peut être formé pour violation :

- du droit fédéral ;
- du droit international ;
- de droits constitutionnels cantonaux ;
- de dispositions cantonales sur le droit de vote des citoyens ainsi que sur les élections et votations populaires ;
- du droit intercantonal.

Art. 100 Recours contre une décision

¹ Le recours contre une décision doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 30 jours qui suivent la notification de l'expédition complète.

Recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 et ss LTF)

Art. 113 Principe

Le Tribunal fédéral connaît des recours constitutionnels contre les décisions des autorités cantonales de dernière instance qui ne peuvent faire l'objet d'aucun recours selon les art. 72 à 89.

Art. 115 Qualité pour recourir

A qualité pour former un recours constitutionnel quiconque :

- a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire et
- a un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée.

Art. 116 Motifs de recours

Le recours constitutionnel peut être formé pour violation des droits constitutionnels.

Art. 100 Recours contre une décision

¹ Le recours contre une décision doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 30 jours qui suivent la notification de l'expédition complète.

Recours ordinaire simultané (art. 119 LTF)

¹ Si une partie forme contre une décision un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.

² Le Tribunal fédéral statue sur les deux recours dans la même procédure.

³ Il examine les griefs invoqués selon les dispositions applicables au type de recours concerné.