RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1407/2023-PE **ATA/1091/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 3 octobre 2023

dans la cause

Madame A_____
représentée par Me Olivier PETER, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

_____

Recours contre la décision du 12 mai 2023 du Tribunal administratif de première instance du 9 mai 2023 (DITAI/217/2023)

EN FAIT

A. **a.** Par décision du 19 avril 2023, l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) a prononcé le renvoi de A_____, ressortissante philippine née le _____1974, pour le motif qu'elle séjournait en Suisse depuis le 3 février 2019 et qu'elle exerçait une activité lucrative sans autorisation. Cette décision a été déclarée exécutoire nonobstant recours.

b. Par acte du 26 avril 2023, A_____ a interjeté recours devant le Tribunal administratif de première instance (ci-après : le TAPI). Elle a conclu à la restitution de l'effet suspensif et à l'annulation de la décision précitée.

Un renvoi léserait gravement ses intérêts. Elle résidait depuis longtemps en Suisse et sa présence se justifiait afin de permettre la reconnaissance de la violation de ses droits fondamentaux dans le cadre de procédures pendantes devant le Ministère public (ci-après : MP). En conséquence, le TAPI devait accorder l'effet suspensif à son recours.

La procédure pénale intentée contre elle, qui avait abouti à renseigner l'OCPM sur sa situation administrative, résultait de son choix de dénoncer les infractions dont elle avait été victime et de solliciter l'aide des autorités. La position adoptée par la police, consistant à poursuivre pour séjour illégal une victime d'agression, ainsi que le renvoi prononcé par l'OCPM, enfreignaient le droit de toute victime d'accéder à la justice et violait l'interdiction des pratiques discriminatoires.

c. Dans ses observations du 3 mai 2023, l'OCPM s'est opposé à la restitution de l'effet suspensif, respectivement à l'octroi de mesures provisionnelles.

Aucun document n'attestait que A_____ serait partie à différentes procédures devant le MP. Rien ne démontrait que sa présence en Suisse serait nécessaire.

Sur le fond, l'intéressée avait reconnu devant la police qu'elle était entrée en Suisse en 2019 et qu'elle y travaillait sans autorisation. Par conséquent, son renvoi se justifiait.

d. Par réplique du 10 mai 2023, A_____ a décrit les procédures pénales auxquelles elle était partie.

À la suite d'une violente agression dont elle avait été victime de la part du couple lui louant une chambre, soit B_____ et C_____, elle avait été prise en charge par le centre d'aide aux victimes d'infractions et l'unité interdisciplinaire de médecine et de prévention de la violence des Hôpitaux universitaires de Genève.

Le 29 décembre 2021, elle avait porté plainte contre ses agresseurs. Bien que lors de leur audition, ceux-ci eussent partiellement admis les menaces proférées, le MP, sans même convoquer d'audience de confrontation, n'était pas entré en matière sur sa plainte par deux ordonnances du 7 décembre 2022 (P/1_____/2022). Par une troisième ordonnance rendue le même jour dans cette procédure, le MP l'avait condamnée pour séjour illégal et injure. Le 12 décembre 2022, elle avait formé opposition à l'encontre de cette ordonnance et la procédure suivait son cours.

Par arrêt du 21 mars 2023 (ACPR/203/2023), la chambre pénale de recours de la Cour de justice (ci-après : la chambre pénale de recours) avait partiellement admis son recours contre les ordonnances de non-entrée en matière et renvoyé la cause au MP pour qu'il instruise l'infraction de menace. Elle avait recouru au Tribunal fédéral à l'encontre de cet arrêt le 8 mai 2023.

Le 3 mai 2023, le MP avait rendu une nouvelle ordonnance pénale et de non-entrée en matière partielle contre B_____, le déclarant coupable d'aide au séjour illégal et de menaces. Il avait en revanche renoncé à entrer en matière s'agissant d'agissements éventuellement constitutifs d'injures, de menaces et de voies de fait. Elle entendait recourir à la chambre pénale de recours à l'encontre de cette ordonnance.

Son renvoi devait être suspendu, afin qu'elle puisse être auditionnée personnellement dans la procédure ouverte à son encontre, confrontée à ses agresseurs dans le cadre de la procédure où elle revêtait la qualité de victime et continuer à bénéficier d'un suivi psychologique en lien avec les séquelles de l'agression. Si l'effet suspensif n'était pas restitué, son recours serait rendu ineffectif. Enfin, l'OCPM n'invoquait pas le moindre intérêt public à son renvoi.

Au vu des enjeux de la cause, l'affaire devait être instruite oralement. Elle sollicitait un délai pour formuler des réquisitions de preuves.

e. Par décision du 12 mai 2023, le TAPI a rejeté la demande de restitution d'effet suspensif au recours et de mesures provisionnelles.

La question de savoir si la présence en Suisse de A_____ se justifiait du fait des procédures pénales pendantes pouvait demeurer ouverte. Même si elle obtenait gain de cause, il paraissait, *prima facie*, douteux qu'elle obtienne *in fine* un titre de séjour. La restitution de l'effet suspensif aboutirait finalement à autoriser l'intéressée à séjourner en Suisse, objet du recours sur le fond, ce qui équivaudrait à anticiper le jugement définitif, contrairement à la finalité d'une telle mesure.

B. **a.** Par acte expédié le 26 mai 2023 à la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : chambre admninistrative), A_____ a formé recours contre cette décision, sollicitant son annulation et concluant à ce qu'il soit ordonné à l'OCPM

de suspendre la procédure de renvoi jusqu'à droit jugé par le TAPI sur le recours pendant devant lui.

b. L'OCPM a conclu au rejet du recours.

c. Dans sa réplique du 29 août 2023, A_____ a fait valoir que le refus d'octroi de l'effet suspensif violait son droit à un recours effectif au sens de l'art. 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101).

Si son renvoi de Suisse devait être prononcé, elle ne pourrait pas être auditionnée dans le cadre des procédures pénales, de sorte que celui-ci devait être suspendu. Dans le cas contraire, son droit à un procès équitable (art. 6 §1 CEDH), de même que ses droits consacrés par la Convention d'Istanbul contre la violation faite aux femmes (CETS-210) et par la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) seraient violés.

d. 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).

Le recours a, en l'espèce, été interjeté en temps utile devant la juridiction compétente.

2. Le litige porte sur le rejet du TAPI de la requête en restitution de l'effet suspensif au recours déposé et à l'octroi de mesures provisionnelles.

2.1 Selon l'art. 57 let. c LPA, le recours contre une décision incidente est recevable si elle peut causer un dommage irréparable.

Le préjudice irréparable suppose que le recourant 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 ;126 V 244consid. 2c ;125 II 613consid. 2a ; ATA/136/2010du 2 mars 2010 consid. 2a).

L'art. 57 let. c LPA a la même teneur que l'art. 93 al. 1 let. a et b de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110). Selon la jurisprudence

constante du Tribunal fédéral, le « préjudice irréparable » au sens de cette disposition représente un préjudice de nature juridique qui ne pouvait pas être réparé ultérieurement par une décision finale favorable au recourant (ATF 136 IV 92 consid. 4 et les références). Ainsi, le refus d'accorder l'effet suspensif à une décision de renvoi n'est en principe susceptible de causer un préjudice irréparable au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF que lorsque la personne concernée allègue de manière défendable un droit à une autorisation de séjour (cf. notamment arrêts du Tribunal fédéral 2D_33/2021 du 30 septembre 2021 consid. 5.3 ; 2C_990/2017 du 6 août 2018 consid. 1.4; 2D_9/2017 du 3 octobre 2017 consid. 1.5; 2D_58/2011 du 9 janvier 2012 consid. 1.2; 2C_483/2009 du 18 septembre 2009 consid. 2.2; cf. aussi art. 17 al. 2 LEI). Il appartient au recourant d'indiquer en quoi la décision préjudicielle ou incidente est susceptible de lui causer un dommage irréparable, à moins que cela ne fasse d'emblée aucun doute (ATF 138 III 46 consid. 1.2 et références citées).

2.2 En l'espèce, la recourante ne bénéficie d'aucun statut légal en Suisse, ce qu'elle ne conteste pas. Elle ne se prévaut par ailleurs d'aucun droit potentiel à séjourner en Suisse. Ainsi, conformément à la jurisprudence précitée, les conditions permettant de recourir contre une décision incidente ne paraissent pas réunies. En outre, si l'on peut admettre que le fait de devoir quitter la Suisse aurait pour la recourante des conséquences importantes, notamment dans le cadre de l'instruction potentielle des procédures pénales devant le MP notamment, et partant constituerait un préjudice, la question du caractère irréparable de ce dernier peut souffrir de rester indécise compte tenu de ce qui suit.

3. **3.1** À teneur de l'art. 64 de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20), les autorités compétentes rendent une décision de renvoi ordinaire à l'encontre : a. d'un étranger qui n'a pas d'autorisation alors qu'il y est tenu ; b. d'un étranger qui ne remplit pas ou ne remplit plus les conditions d'entrée en Suisse (art. 5 LEI ; al. 1).

Sauf disposition légale contraire, le recours a effet suspensif à moins que l'autorité qui a pris la décision attaquée n'ait ordonné l'exécution nonobstant recours (art. 66 al. 1 LPA).

Lorsqu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose, la juridiction de recours peut, sur la demande de la partie dont les intérêts sont gravement menacés, retirer ou restituer l'effet suspensif (art. 66 al. 3 LPA).

Lorsque l'effet suspensif a été retiré ou n'est pas prévu par la loi, l'autorité de recours doit examiner si les raisons pour exécuter immédiatement la décision entreprise sont plus importantes que celles justifiant le report de son exécution. Elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation qui varie selon la nature de l'affaire. La restitution de l'effet suspensif est subordonnée à l'existence de justes motifs, qui résident dans un intérêt public ou privé prépondérant à l'absence d'exécution immédiate de la

décision ou de la norme (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 5.5.1).

Pour effectuer la pesée des intérêts en présence, l'autorité de recours n'est pas tenue de procéder à des investigations supplémentaires, mais peut statuer sur la base des pièces en sa possession (ATF 117 V 185 consid. 2b ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_435/2008 du 6 février 2009 consid. 2.3 et les arrêts cités).

L'effet suspensif ne peut être restitué lorsque le recours est dirigé contre une décision à contenu négatif, soit contre une décision qui porte refus d'une prestation ou d'une autorisation. La fonction de l'effet suspensif est de maintenir un régime juridique prévalant avant la décision contestée. Si, sous le régime antérieur, le droit ou le statut dont la reconnaissance fait l'objet du contentieux judiciaire n'existait pas, l'effet suspensif ne peut être restitué car cela reviendrait à accorder au recourant un régime juridique dont il n'a jamais bénéficié (ATF 127 II 132 ; 126 V 407 ; 116 Ib 344). Dans cette dernière hypothèse, seul l'octroi de mesures provisionnelles est envisageable (ATA/1369/2018 du 18 décembre 2018 consid. 3a ; ATA/70/2014 du 5 février 2014 consid. 4b ; ATA/603/2011 du 23 septembre 2011 consid. 2).

3.2 L'autorité peut d'office ou sur requête ordonner des mesures provisionnelles en exigeant au besoin des sûretés (art. 21 al. 1 LPA).

Selon la jurisprudence de la chambre administrative, des mesures provisionnelles ne sont légitimes que si elles s'avèrent indispensables au maintien d'un état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts compromis (ATF 119 V 503 consid. 3 ; ATA/1369/2018 précité consid. 3b ; ATA/566/2012 du 21 août 2012 consid. 4).

L'octroi de mesures provisionnelles présuppose l'urgence, à savoir que le refus de les ordonner crée pour l'intéressé la menace d'un dommage difficile à réparer (ATF 130 II 149 consid. 2.2 ; 127 II 132 consid. 3). Elles ne sauraient, en principe, anticiper le jugement définitif ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond, pas plus qu'aboutir à rendre d'emblée illusoire la portée du procès au fond (ibidem). Ainsi, dans la plupart des cas, les mesures provisionnelles consistent en un minus, soit une mesure moins importante ou incisive que celle demandée au fond, ou en un aliud, soit une mesure différente de celle demandée au fond (Isabelle HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, RDS 1997 II 253-420, p. 265).

Lorsqu'elle statue sur mesures provisionnelles, l'autorité de recours dispose d'un large pouvoir d'appréciation, qui varie selon la nature de l'affaire (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 5.5.1).

3.3 Le droit à un recours effectif, tel que garanti par l'art. 13 CEDH, exige un recours au niveau national permettant d'examiner l'existence d'une ingérence dans l'exercice

d'un droit protégé par la Convention, mais ne garantit pas, en tant que tel, l'accès général à un tribunal (ATF 137 I 296 consid. 4.3.1 ;133 I 49 consid. 3.1; 129 II 193 consid. 3.2).

L'art. 6 CEDH traite du droit à un procès équitable. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera notamment des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (art. 6 § 1 phr. 1 CEDH). Il ne comprend toutefois pas le droit d'être entendu oralement, ni celui d'obtenir l'audition de témoins (ATF 140 I 68 consid. 9.6.1 ; 134 I 140 consid. 5.3 ; 130 II 425 consid. 2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_840/2014 du 4 mars 2015 consid. 3.2).

L'art. 8 § 1 CEDH garantit le droit au respect de la vie privée et familiale, c'est-à-dire le droit de toute personne de disposer librement de sa personne et de son mode de vie, le droit d'établir des rapports avec d'autres êtres humains et avec le monde extérieur en général ou le droit d'entretenir librement ses relations familiales et de mener une vie de famille. Le droit au respect de la vie privée protège notamment l'intégrité physique et morale, l'identité, le respect de la sphère intime et secrète (en particulier le domicile), l'honneur et la réputation d'une personne, ainsi que ses relations avec les autres. Le droit au respect de la vie familiale protège la personne contre les atteintes que pourrait lui porter l'État et qui auraient pour but ou pour effet de séparer la famille ou, au contraire, de la contraindre à vivre ensemble, ou encore d'intervenir d'une manière ou d'une autre dans la relation familiale, notamment dans les rapports entre les parents et leurs enfants. En d'autres mots, le droit au respect de la vie privée et familiale garantit à l'individu un espace de liberté dans lequel il peut se développer et se réaliser (ATF 139 I 257 consid. 5.2.1 ; 139 I 155 consid. 4.1 ; 133 I 58 consid. 6.1).

En vertu de l'art. 14 CEDH, la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. D'après la jurisprudence constante de la CourEDH, l'art. 14 CEDH complète les autres clauses normatives de la Convention et des Protocoles. Il n'a pas d'existence indépendante puisqu'il vaut uniquement pour « la jouissance des droits et libertés » qu'elles garantissent. Certes, il peut entrer en jeu même sans un manquement à leurs exigences et, dans cette mesure, possède une portée autonome, mais il ne saurait trouver à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'empire de l'une au moins desdites clauses (arrêt de la CourEDH Glor c. Suisse du 30 avril 2009, par. 45; ATF 139 I 257 consid. 5.2.1 ; arrêts 2C_396/2012 du 23 novembre 2012 consid. 2.3 et 9C_521/2008 du 5 octobre 2009 consid. 4.2).

3.4 Dans le présent cas, la recourante n'est au bénéfice d'aucune autorisation de séjour en Suisse. Dans ces conditions et au vu de la jurisprudence précitée, seule la question des mesures provisionnelles peut se poser.

Or, donner suite à la requête en mesures provisionnelles reviendrait, même temporairement, à lui permettre de séjourner en Suisse jusqu'à droit jugé sur le litige, ce qui est l'objet de ses conclusions sur le fond. Il sera sur ce point souligné que la recourante n'a pas déposé de demande d'autorisation de séjour. Sa présence à Genève n'est pas nécessaire pour maintenir l'état de fait, la procédure étant écrite, les pièces utiles figurant au dossier et un conseil la représentant devant les autorités et les juridictions compétentes. Dans ces conditions, lesdites mesures ne peuvent qu'être rejetées.

De surcroît, les chances de succès du recours apparaissent, *prima facie* et sans préjudice de l'examen au fond par le TAPI, ténues.

La recourante a d'ores et déjà fait valoir divers moyens dans le cadre des procédures pénales actuellement pendantes. Il n'est pas évident, au stade des présentes mesures provisionnelles, que la recourante puisse se prévaloir des diverses dispositions des conventions qu'elle invoque. La recourante est par ailleurs représentée par un avocat, tant dans la présente procédure que par devant les autorités pénales.

Par ailleurs, il y a également lieu de prendre en considération l'intérêt public à ne pas encourager la politique du fait accompli, ainsi que celui au respect de l'égalité de traitement entre les justiciables soumis à la LEI.

Ainsi, au vu de l'ensemble des éléments qui précèdent, le TAPI n'a pas violé la loi ni abusé de son pouvoir d'appréciation en refusant les mesures sollicitées.

Mal fondé, le recours sera rejeté et la décision querellée confirmée.

4. Nonobstant l'issue du litige, il ne sera pas perçu d'émolument, la recourante plaidant au bénéfice de l'assistance juridique. Il ne sera pas alloué d'indemnité de procédure (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 26 mai 2023 par A_____ contre la décision du Tribunal administratif de première instance du 12 mai 2023 ;

au fond :

le rejette ;

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

dit que les éventuelles voies de recours contre la présente décision, 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. La présente décision et les pièces en possession du recourant invoquées comme moyens de preuve, doivent être jointes à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Olivier Peter, avocat de la recourante, 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 : Valérie LAUBER, présidente, Alessandra LANDRY-BARTHE, Claudio MASCOTTO, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière :	la présidente siégeant :
C. MEYER	V. LAUBER

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 :
a. contre les décisions rendues dans des causes de droit public ;
…

Art. 83 Exceptions
Le recours est irrecevable contre :
…
c. les décisions en matière de droit des étrangers qui concernent :
   1. l'entrée en Suisse,
   2. une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit,
   3. l'admission provisoire,
   4. l'expulsion fondée sur l'art. 121, al. 2, de la Constitution ou le renvoi,
   5. les dérogations aux conditions d'admission,
   6. 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 ;
d. les décisions en matière d'asile qui ont été rendues :
   1. par le Tribunal administratif fédéral,
   2. 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. a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire ;
b. est particulièrement atteint par la décision ou l'acte normatif attaqué, et
c. a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification.
…

Art. 95 Droit suisse
Le recours peut être formé pour violation :
a. du droit fédéral ;
b. du droit international ;
c. de droits constitutionnels cantonaux ;
d. de dispositions cantonales sur le droit de vote des citoyens ainsi que sur les élections et votations populaires ;
e. 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. a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire et
b. 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.