

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4093/2018-PE

ATA/75/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 22 janvier 2019

2^{ème} section

dans la cause

Monsieur A_____

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
7 décembre 2018 (DITAI/567/2018)**

EN FAIT

1. Monsieur A_____, né le _____ 1964, est ressortissant marocain.
2. Le 8 juillet 1994, il a été mis au bénéfice d'une autorisation de séjour à titre de regroupement familial, à la suite de son mariage avec une ressortissante suisse. Son titre de séjour été régulièrement renouvelée jusqu'au 7 juillet 1998.
3. Fin 1998, M. A_____ a entamé une relation avec une ressortissante suisse dont il a eu un enfant.
4. Il a divorcé le 14 avril 1999.
5. Le 19 mai 1999, M. A_____ a été incarcéré pour le meurtre de la mère de son enfant.
6. Par arrêt du 13 septembre 2000, la Cour d'assises l'a condamné à dix ans de réclusion ainsi qu'à dix ans d'expulsion judiciaire ferme du territoire suisse.

Statuant à nouveau le 7 février 2003 après l'admission par le Tribunal fédéral du recours formé par M. A_____, la Cour d'assises a réduit la peine à huit ans de réclusion, maintenu l'expulsion judiciaire et suspendu l'exécution de la peine au profit d'un traitement en milieu hospitalier.
7. Par arrêt du 28 juin 2004, la Chambre pénale a confirmé une condamnation à six mois d'emprisonnement prononcée par le Tribunal de police pour menaces de mort proférées par M. A_____ envers son ex-épouse et la fille de celle-ci.
8. Le 30 octobre 2006, il a bénéficié d'une libération conditionnelle.
9. Par décision du 7 juin 2007, confirmée en dernier lieu, le 20 octobre 2008, par le Tribunal fédéral, l'office cantonal de population (devenu l'office cantonal de la population et des migrations, ci-après : OCPM) a refusé de renouveler l'autorisation de séjour de M. A_____ et prononcé son renvoi en lui impartissant un délai pour quitter la Suisse.
10. Le _____ 2007, M. A_____ a épousé une ressortissante suisse dont il s'est séparé le 25 novembre 2008 et a divorcé le 15 novembre 2011.
11. Par décision du 23 janvier 2009, devenue exécutoire à la suite de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 30 juin 2011, l'office fédéral des migrations, devenu le secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM), a prononcé l'extension à tout le territoire de la Confédération de la décision cantonale de renvoi prise le 7 juin 2007.

12. Par courrier du 21 septembre 2011, M. A_____ a sollicité l'octroi d'une autorisation de séjour pour cas individuel d'extrême gravité.
13. Par décision du 30 juillet 2012, notifiée le 3 juin 2015, le SEM a prononcé une interdiction d'entrée en Suisse d'une durée indéterminée à l'encontre de M. A_____.
14. Par décision du 13 août 2013, confirmée le 14 janvier 2014 par le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI), l'OCPM a refusé d'entrer en matière sur la demande de M. A_____ du 21 septembre 2011, traitée comme une demande de reconsidération, et l'a enjoint à quitter immédiatement la Suisse.
15. Par décision du 19 novembre 2013, l'OCPM a refusé d'entrer en matière sur la demande de reconsidération de cette même décision formée le 6 novembre 2013.
16. Le 27 octobre 2014, M. A_____ a déposé auprès de l'OCPM une demande d'autorisation de séjour en vue de se marier avec une ressortissante suisse.
17. Par décision du 4 mars 2016, déclarée exécutoire nonobstant recours, l'OCPM a refusé d'entrer en matière sur cette demande, considérée comme une demande de reconsidération de sa décision du 7 juin 2007.
18. M. A_____ a recouru contre cette décision, concluant à l'annulation de la décision de renvoi, à l'octroi de l'autorisation requise, subsidiairement à celui d'une autorisation de séjour pour cas individuel d'extrême gravité.
19. Par jugement du 11 novembre 2016, confirmé le 16 janvier 2018 par la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), le TAPI a rejeté ce recours, considérant notamment que la pesée entre l'intérêt général de sécurité publique à voir M. A_____ quitter la Suisse et l'intérêt privé de celui-ci à y poursuivre son séjour avait déjà été examiné et tranché à diverses reprises par des décisions entrées en force.

Dans l'arrêt précité du 16 janvier 2018, la chambre administrative a, notamment, retenu que la mère et les sœurs de celui-ci vivaient au Maroc où il était en mesure de bénéficier des soins que nécessitait son état de santé, tant physique que psychique, le SAPEM ayant indiqué ne pas avoir d'objection à la poursuite de son traitement dans ce pays et des médecins ayant attesté de la disponibilité de soins adéquats au Maroc. Le simple fait que le savoir-faire et les infrastructures marocaines n'atteignaient pas le standard élevé prévalant en Suisse ne s'opposait pas à son renvoi. Il en allait de même des difficultés socio-économiques qu'il risquait de rencontrer en cas de retour au Maroc.
20. Par arrêt du 25 juin 2018, le Tribunal fédéral a respectivement rejeté et déclaré irrecevable les recours interjetés par M. A_____ contre l'arrêt de la chambre administrative.

21. Par courrier du 5 juillet 2018, l'OCPM a imparti à M. A_____ un délai au 5 octobre 2018, exceptionnellement prolongé au 31 octobre 2018, pour quitter la Suisse.
22. Par courrier du 26 septembre 2018, celui-ci a sollicité le réexamen de sa situation personnelle et l'octroi d'une autorisation de séjour, compte tenu de ses problèmes de santé psychique et physique.
23. Par jugement du 25 janvier 2018, le Tribunal d'application des peines et des mesures (ci-après : TAPEM) a ordonné la poursuite du traitement ambulatoire de M. A_____, jusqu'au prochain contrôle annuel de la mesure.
24. Le 25 septembre 2018, l'office cantonal des assurances sociales (ci-après : OCAS) a adressé à M. A_____ un projet d'octroi d'une rente d'invalidité à 100 %.
25. Par décision du 19 octobre 2018, exécutoire nonobstant recours, l'OCPM a refusé d'entrer en matière sur la demande de reconsidération du 26 septembre 2018. Il a également confirmé sa décision du 4 mars 2016 en rappelant que M. A_____ était tenu de quitter la Suisse au plus tard le 30 octobre 2018.

La décision du 4 mars 2016 était définitive et exécutoire, et l'intéressé n'invoquait aucun fait nouveau et important ni aucun changement notable de sa situation, étant précisé que l'assurance-invalidité n'avait rendu aucune décision définitive. En outre, les éléments invoqués par le recourant avaient déjà été pris en compte par l'OCPM, le TAPI, la chambre administrative et le Tribunal fédéral, dans le cadre des recours qu'il avait interjetés.
26. Par courrier du 31 octobre 2018, M. A_____ a sollicité une autorisation de séjour pour rentier, dont il remplissait toutes les conditions légales.
27. Par courrier du 5 novembre 2018, l'OCAS a informé M. A_____ que la procédure d'audition était terminée et qu'une décision de rente, sujette à recours, allait lui parvenir.
28. Par décision du 7 novembre 2018, déclarée exécutoire nonobstant recours, l'OCPM a prononcé le renvoi de M. A_____, qui n'avait pas l'âge requis pour bénéficier de l'autorisation sollicitée. Dans la mesure où il ne remplissait manifestement pas les conditions d'admission, il était tenu d'attendre à l'étranger que l'autorité se prononce sur sa demande. Partant, il était tenu de quitter la Suisse sans délai.
29. Par acte du 21 novembre 2018, M. A_____ a recouru contre la décision de l'OCPM du 19 octobre 2018, concluant à son annulation, à ce que l'OCPM entre en matière sur sa demande de reconsidération et délivre une autorisation de séjour.

Il a préalablement sollicité la restitution de l'effet suspensif et l'octroi de mesures provisionnelles, relevant notamment que le TAPEM avait ordonné la poursuite de son traitement ambulatoire.

L'OCPM avait considéré à tort que les conditions d'une reconsidération n'étaient pas réunies. En effet, sa situation avait changé de manière notable, dès lors qu'il avait été déclaré en incapacité totale de travailler et que l'OCAS projetait de lui accorder une rente à 100%. Or, en l'absence d'une convention de sécurité sociale entre la Suisse et le Maroc, un renvoi de Suisse le priverait de la rente AI à laquelle il avait droit et ce, en violation des art. 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101) et du Pacte I ONU. Par ailleurs, le Tribunal fédéral avait déjà considéré que sa réintégration au Maroc serait « évidemment difficile », mais compte tenu de ses problèmes de santé, sa réintégration était désormais gravement compromise. En cas de renvoi au Maroc, il se retrouverait dans une situation extrêmement précaire, incapable de travailler et sans aucun soutien.

30. L'OCPM s'est opposé à l'octroi de mesures provisionnelles. Le recourant n'avait jamais obtempéré aux décisions prononcées à son encontre. Dans son arrêt du 25 juin 2018, le Tribunal fédéral avait retenu que les condamnations et la culpabilité du recourant étaient à ce point importantes et graves que son renvoi ne pouvait être considéré comme une mesure disproportionnée.

31. Par décision du 7 décembre 2018, notifiée le 12 décembre 2018, le TAPI a rejeté la requête d'effet suspensif et de mesures provisionnelles.

La décision contestée avait un contenu négatif, de sorte que seules des mesures provisionnelles entraient en ligne de compte. Celles-ci ne pouvaient être accordées, l'admission sur territoire suisse de l'intéressé étant de nature à compromettre gravement la sécurité du droit et équivaldrait à lui accorder ce qu'il demandait au fond. L'intérêt public au refus des mesures sollicitées l'emportait sur l'intérêt privé de l'administré à demeurer en Suisse jusqu'à droit jugé sur son recours.

32. Par acte expédié le 21 décembre 2018 à la chambre administrative, M. A_____ a recouru contre ce jugement, dont il a demandé l'annulation. Il a conclu au prononcé de l'effet suspensif et de mesures provisionnelles. Il était disposé à continuer son suivi médical et à en attester régulièrement.

Il vivait en Suisse depuis 24 ans. Il n'avait plus commis d'infraction depuis 2003. Certes, la décision de refus d'une autorisation de séjour fondée sur un cas d'extrême gravité, rendue en 2016, était définitive. Toutefois, il avait désormais droit à une rente d'invalidité. En l'absence de convention avec le Maroc, il perdrait ce droit en cas de renvoi de Suisse. L'atteinte à sa santé était survenue en

Suisse. Il n'avait plus aucun soutien au Maroc. La perte de son droit à la rente violerait les art. 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101) et 9 du Pacte I de l'ONU. En cas de retour au Maroc, il serait placé dans une situation précaire, ne pouvant bénéficier des prestations sociales à défaut d'avoir été affilié à la Caisse nationale de sécurité sociale et ne pouvant se réintégrer professionnellement en raison de ses problèmes de santé. Il s'était amendé et ne présentait plus un risque pour la sécurité et l'ordre publics. Enfin, il était arbitraire de lui refuser les mesures sollicitées dès lors qu'elles avaient été admises dans la procédure de 2016.

33. L'OCPM a conclu au rejet du recours, en se référant aux arguments exposés devant le TAPI.
34. Le TAPI a transmis son dossier sans formuler d'observations.
35. M. A_____ ne s'est pas manifesté dans le délai pour répliquer.
36. Sur ce, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. Le litige porte sur l'octroi de l'effet suspensif et de mesures provisionnelles au recours pendant devant le TAPI.
 - a. 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).
 - b. 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 ; 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 HAENER, *Vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, RDS 1997 II 253-420, p. 265).

c. 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). 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).

d. En l'espèce, le recourant fait l'objet d'une décision de refus d'autorisation de séjour et de renvoi du 4 mars 2016, confirmée en dernier lieu par le Tribunal fédéral le 25 juin 2018. Partant, il ne dispose plus d'aucun titre de séjour. La décision de l'OCPM refusant d'entrer en matière sur la demande de reconsidération formée le 26 septembre 2018 ne met pas un terme à un droit existant. La présente situation se distingue ainsi de celle d'une personne qui a perdu un statut existant. Par conséquent, l'éventuel octroi de l'effet suspensif que réclame le recourant serait dénué de portée, dès lors qu'il emporterait le maintien de la situation existante avant le prononcé de la décision querellée, à savoir l'absence d'autorisation de séjour. Seul entre ainsi en considération le prononcé de mesures provisionnelles.

Or, un tel prononcé ne se justifie pas en l'espèce. Si, certes, le retour du recourant au Maroc qu'il a quitté, selon ses indications, il y a vingt-quatre ans l'exposerait à des difficultés d'intégration tant économiques que sociales, il convient de relever que la présente procédure fait suite à plusieurs procédures ayant déjà examiné les conditions d'octroi d'une autorisation de séjour, y compris sous l'angle du cas de rigueur. La situation n'est donc pas comparable à celle où le refus de renouveler ou d'octroyer une autorisation de séjour est soumis pour la première fois à l'examen des autorités judiciaires. Le prononcé de l'effet suspensif par le TAPI dans la procédure conduite en 2016 s'inscrivait ainsi dans un autre

contexte procédural, d'une part. D'autre part, l'octroi de celui-ci dans ladite procédure ne lie pas le TAPI dans la présente procédure.

Par ailleurs, la précédente procédure a déjà porté sur la question de savoir si le recourant pouvait se prévaloir d'un cas d'extrême gravité au sens des art. 30 al. 1 let. b LEI de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20 ; anciennement dénommée loi fédérale sur les étrangers - LEtr ; la nouvelle dénomination s'applique au cas d'espèce) et 31 al. 1 let. f de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative du 24 octobre 2007 (OASA - RS 142.201), inchangés dans leur teneur depuis le 1^{er} janvier 2019. Ainsi, le fait de ne pas se conformer à une décision exécutoire et définitive et de déposer une demande de reconsidération ou une nouvelle demande ne suffit pas pour fonder un intérêt prépondérant à demeurer en Suisse pendant la durée de cette nouvelle procédure.

En outre, lors de la décision de l'OCPM du 19 octobre 2018 impartissant au recourant un délai au 31 octobre 2018 pour quitter la Suisse, aucune décision de rente d'invalidité n'avait été rendue ; seul un projet de décision était parvenu au recourant. Ainsi, le recours devant le TAPI n'apparaît, prima facie et sans préjudice de l'examen au fond, pas manifestement fondé.

Au vu de ces éléments, le recours devra être rejeté et le jugement querellé confirmé.

3. Compte tenu de l'issue du recours, un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge du recourant, et aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 1 et 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 21 décembre 2018 par Monsieur A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 7 décembre 2018 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 400.- à la charge de Monsieur A_____ ;

dit qu'il n'est pas 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 Monsieur A_____, 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 Krauskopf, présidente, Mme Junod, M. Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

la présidente siégeant :

F. Krauskopf

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.