RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1934/2023 JTAPI/1071/2023

JUGEMENT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

du 4 octobre 2023

dans la cause

Monsieur A_____, représenté par Me Federico ABRAR, avocat, avec élection de domicile

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

EN FAIT

1. Monsieur A_____, né le _____ 1967, est ressortissant du Pérou.

2. Par formulaire reçu le 9 juin 2020 par l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM), M. A_____ a demandé une autorisation de séjour. Il indiquait être arrivé en Suisse en mai 2019, habiter dans un abri de la protection civile et avoir trois enfants qu'il ne comptait pas faire venir en Suisse.

3. Par courrier du 26 juin 2020, il a précisé résider à Genève depuis plus d'une année, avoir des attaches à Genève mais surtout des problèmes de santé, raison pour laquelle il sollicitait un permis humanitaire. Il était suivi aux Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG) pour des problèmes neurologiques.

   En raison du COVID, il n'avait pas de logement ni d'adresse mais l'OCPM pouvait lui adresser sa correspondance chez Caritas.

4. Par courrier du 8 février 2021, l'OCPM lui a demandé des pièces complémentaires.

5. Il a réitéré sa demande les 12 mars et 4 juin 2021.

6. Par courriel du 22 juin 2021, M. A_____ a transmis des informations.

   Il a expliqué être venu en Suisse pour essayer de prospecter et de faire des affaires entre le Pérou et la Suisse dans le domaine du tourisme et de l'événementiel. Il était également venu pour plusieurs anniversaires familiaux. Il était bénévole dans une église depuis deux ans.

   Il ne pouvait pas repartir au Pérou à cause de la situation sanitaire due au COVID et aux conséquences post-traumatiques de son état de santé lié au COVID. Il se trouvait dans une grande précarité psychique et morale, et vivait grâce au système social genevois.

   Sa sœur et sa famille habitaient à Genève et il entretenait d'excellentes relations avec elles. Ses deux frères et leur famille vivaient également à Genève. Sa mère, une de ses sœurs et ses trois enfants vivaient au Pérou, son père était décédé.

7. Le 11 novembre 2021, la police a rédigé un rapport de renseignements concernant une dénonciation suite à une agression sexuelle qui aurait été commise sur une mineure par M. A_____.

   Lors de son audition par la police, il a notamment indiqué être en couple avec Madame B_____ depuis le mois suivant son arrivée. Il habitait chez elle, à la rue _____, depuis environ 8 mois.

Il contestait tous les faits qui lui étaient reprochés.

8. Le Ministère public a rendu une ordonnance d'ouverture d'instruction à l'encontre de M. A_____ le 18 janvier 2022 (P/1_____).

9. Le 4 février 2022, la police est intervenue au domicile de Mme B_____ car son ami, M. A_____ était ivre et faisait beaucoup de bruit ; elle ne souhaitait plus sa présence à son domicile.

10. Le Docteur C_____ a établi un rapport médical en date du 25 avril 2022 à l'attention du secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM), duquel il ressortait que M. A_____ souffrait de lomboscialgie chronique, de vessie hyperactive, d'hypertension artérielle et d'hypercholestérolémie. Le traitement nécessaire et adéquat à entreprendre était la poursuite du traitement antalgique et antihypertenseur, de la physiothérapie, et éventuellement d'un suivi psychiatrique. Il prenait par ailleurs des médicaments.

11. M. A_____ a été interpellé par la police 29 juillet 2022 alors qu'il se trouvait par terre à la rue du Rhône, alcoolisé et totalement désorienté.

12. Interpelé par l'OCPM afin de connaitre les suivis et traitements disponibles au Pérou pour soigner les pathologies dont M. A_____ souffrait, et qui ressortaient du rapport médical du 25 avril 2022, l'Ambassade suisse au Pérou a indiqué que, selon son médecin de confiance, toutes les pathologies pouvaient être traitées sans inconvénients au Pérou. Si le patient était assuré, il pouvait aller dans les hôpitaux ESSALUD ; s'il ne l'était pas, il pouvait aller dans les hôpitaux du Ministère de la santé (MINSA). En outre, leur médecin de confiance avait indiqué que si les troubles nerveux s'aggravaient, il pouvait se rendre à l'hôpital Noguchi du MINSA où il pouvait être très bien traité.

13. Par courrier du 31 janvier 2023, l'OCPM a informé M. A_____ de son intention de refuser sa demande d'octroi d'une autorisation de séjour et de prononcer son renvoi de Suisse. Un délai de 30 jours lui était octroyé pour exercer par écrit son droit d'être entendu.

14. M. A_____ a transmis ses observations le 16 février 2023.

    Il devait absolument demeurer sur le sol helvétique car il faisait actuellement l'objet d'une procédure pénale et il devait pouvoir se défendre des fausses accusations dont il faisait l'objet. S'il n'était pas présent, il pourrait être condamné et cela lui porterait un fort préjudice : il se référait à l'art. 32 al. 1 let. d 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).

    En outre, il avait des motifs d'asile sérieux et envisageait de se rendre auprès d'un centre fédéral pour y déposer une demande. En effet, pour des raisons politiques,

il avait dû quitter son pays et il pensait donc être en droit d'obtenir une protection avec le statut de réfugié.

15. Selon une attestation de l'Hospice général (ci-après : l'hospice) du 7 mars 2023, M. A_____ percevait des prestations financières depuis 2021 et était logé à l'hospice. Le montant total perçu s'élevait à CHF 28'600.90.

16. Le Ministère public a informé l'OCPM, le 6 avril 2023, que la présence de M. A_____ n'était plus nécessaire pour l'instruction de la procédure P/1_____.

17. Par courrier reçu par l'OCPM le 2 mai 2023, M. A_____ a indiqué ne pas avoir été en mesure de se rendre avant la date butoir du 30 mars 2023 au centre fédéral d'enregistrement des requérants d'asile pour des raisons médicales. Il souhaitait pouvoir bénéficier d'un nouveau délai et produisait un certificat médical.

18. Par décision du 8 mai 2023, l'OCPM a refusé l'octroi d'une autorisation de séjour en faveur de M. A_____ et a prononcé son renvoi de Suisse et des territoires Schengen.

    La durée de son séjour en Suisse ne pouvait constituer un élément déterminant susceptible de justifier une suite favorable à sa demande ; cette durée devait être relativisée en lien avec le nombre d'années passées au Pérou. Arrivé en Suisse à 51 ans, il était aujourd'hui âgé de 55 ans et avait donc passé toute son enfance, son adolescence et une grande partie de la vie adulte au Pérou, années apparaissant comme essentielles pour le développement de sa personnalité et son intégration sociale et culturelle.

    Il ne pouvait se prévaloir d'une intégration sociale ou professionnelle particulièrement marquée : il percevait l'aide sociale depuis le 1er janvier 2021 et faisait l'objet d'une procédure pénale ouverte à son encontre auprès du Ministère public le 4 février 2022 pour violation du devoir d'assistance ou d'éducation et actes d'ordre sexuel avec un enfant. Il n'avait pas acquis de compétences professionnelles ou de qualifications spécifiques qu'il ne pourrait mettre à profit au Pérou et sa situation personnelle ne se distinguait guère de celle de bon nombre de ses concitoyens connaissant les mêmes réalités au Pérou.

    Concernant son état de santé, il ressortait du courriel de l'Ambassade de Lima du 10 janvier 2023 que son médecin de confiance avait confirmé que toutes les pathologies dont M. A_____ souffrait pouvaient être traitées sans inconvénients au Pérou. Dès lors il n'était pas démontré que sa situation relevait d'une situation représentant un cas d'extrême gravité.

    Pour ce qui concernait la procédure pénale en cours, le Ministère public avait indiqué que la présence de M. A_____ n'était plus nécessaire pour son instruction.

Enfin, depuis le 22 mars 2023, M. A_____ n'avait toujours pas présenté à l'OCPM un justificatif de sa demande d'asile. Le certificat médical qui avait été produit ne justifiait en rien ce retard. L'autorité statuait ainsi en l'état sur son cas, rien n'empêchant M. A_____ de déposer une demande d'asile ultérieurement.

19. Par acte du 8 juin 2023, M. A_____ (ci-après : le recourant), sous la plume de con conseil, a recouru auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : le tribunal) contre cette décision, concluant principalement à son annulation et à ce qu'une autorisation de séjour lui soit octroyée, sous suite de frais et dépens.

Vu la procédure pénale P/1_____ en cours, il était indispensable qu'il puisse rester en Suisse : un droit de séjour fondée sur les art. 30 al. 1 let. b de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20) et 32 al. 2 let. d OASA devait lui être reconnu. Son absence aurait par ailleurs pour effet l'impossibilité pratique de faire valoir ses garanties fondamentales de procédure pénale, notamment son droit à une défense efficace et la participation active à l'administration des preuves. Il ne disposait par ailleurs pas des moyens financiers pour assurer sa défense pénale et, en cas de renvoi, il n'aurait pas les ressources suffisantes pour revenir en Suisse.

20. L'OCPM s'est déterminé sur le recours le 7 août 2023, proposant son rejet.

Le recourant ne contestait pas que les conditions du cas de rigueur au sens des art. 30 al. 1 let. b LEI et 31 OASA n'étaient pas remplies.

S'agissant de sa présence en Suisse dans le cadre de la procédure pénale P/1_____ [recte _____], le Ministère public avait estimé que celle-ci n'était plus nécessaire. Le recourant ne pouvait se prévaloir de l'art. 32 al. 1 let. d OASA pour demeurer en Suisse. Quoi qu'il en dise, ses droits procéduraux étaient garantis au pénal dès lors qu'il était représenté par un avocat.

21. Le recourant a répliqué le 28 août 2023, maintenant ses conclusions.

Les intérêts publics majeurs visés par les art. 30 al. 1 let. b LEI et 32 al. 1 let. d OASA couvraient assurément celui de la justice rendue dans le respect des droits fondamentaux du justiciable, dont les garanties générales de procédure, de procédure judiciaire et de procédure pénale. Ces garanties assuraient notamment au justiciable le droit d'être entendu et de porter sa cause devant les tribunaux : ces derniers ne sauraient être respectés s'il ne comparaissait pas en personne devant les tribunaux pénaux. Ils ne sauraient être garantis du fait de sa représentation par un avocat, cette représentation étant contraire au prince d'immédiateté.

22. Le 18 septembre 2023, l'OCPM a indiqué ne pas avoir de remarques complémentaires à formuler, a confirmé sa décision du 8 mai et proposé le rejet du recours.

EN DROIT

1. Le Tribunal administratif de première instance connaît des recours dirigés, comme en l'espèce, contre les décisions de l'office cantonal de la population et des migrations relatives au statut d'étrangers dans le canton de Genève (art. 115 al. 1 et 116 al. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 3 al. 1 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10).

2. Interjeté en temps utile et dans les formes prescrites devant la juridiction compétente, le recours est recevable au sens des art. 60 et 62 à 65 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

3. Selon l'art. 61 al. 1 LPA, le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), ou pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). En revanche, les juridictions administratives n'ont pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi (art. 61 al. 2 LPA), non réalisée en l'espèce.

   Il y a en particulier abus du pouvoir d'appréciation lorsque l'autorité se fonde sur des considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables, ou lorsqu'elle viole des principes généraux du droit tels que l'interdiction de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité (ATF 143 III 140 consid. 4.1.3 ; 140 I 257 consid. 6.3.1 ; 137 V 71 consid. 5.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_763/2017 du 30 octobre 2018 consid. 4.2 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2018, n. 515 p. 179).

4. Saisi d'un recours, le tribunal applique le droit d'office. Il ne peut pas aller au-delà des conclusions des parties, mais n'est lié ni par les motifs invoqués par celles-ci (art. 69 al. 1 LPA), ni par leur argumentation juridique (cf.

ATA/386/2018 du 24 avril 2018 consid. 1b ; ATA/117/2016 du 9 février 2016 consid. 2 ; ATA/723/2015 du 14 juillet 2015 consid. 4a).

5. Le recourant ne conteste pas que les conditions d'octroi d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur au sens des art. 30 al. 1 let. b LEI et 31 OASA ne sont pas remplies.

   Il estime par contre que l'OCPM aurait dû lui octroyer une autorisation de séjour fondée sur l'art. 32 al. 1 let. d OASA, soit en vue de préserver des intérêts publics majeurs, à savoir, en l'espèce, le plein exercice de ses droits procéduraux et le respect des garanties constitutionnelles de procédure judiciaire dans la procédure pénale en cours ouverte à son encontre.

6. La LEI et ses ordonnances d'exécution, en particulier l'OASA, règlent l'entrée, le séjour et la sortie des étrangers dont le statut juridique n'est pas réglé par d'autres dispositions du droit fédéral ou par des traités internationaux conclus par la Suisse (cf. art. 1 et 2 LEI), ce qui est le cas pour les ressortissants du Pérou.

7. Les conditions d'entrée d'un étranger en Suisse sont réglées par les art. 5 ss LEI. Quant aux dérogations aux prescriptions générales d'admission (art. 18 à 29 LEI), elles sont énoncées de manière exhaustive à l'art. 30 al. 1 LEI et le Conseil fédéral a fixé les conditions et la procédure dans l'OASA (art. 30 al. 2 LEI).

8. A teneur de l'art. 30 al. 1 let. b LEI, il est possible de déroger aux conditions d'admission (art. 18 à 29 LEI) afin de tenir compte des cas individuels d'une extrême gravité ou d'intérêts publics majeurs. Il ressort de la formulation de cette disposition rédigée en la forme potestative que l'étranger n'a aucun droit à l'octroi d'une dérogation aux conditions d'admission.

9. C'est ainsi dans le but de préserver ces intérêts que l'art. 32 OASA prévoit la possibilité d'accorder une autorisation de courte durée ou une autorisation de séjour même si les conditions d'admission ne sont pas remplies.

   Selon cette disposition, une autorisation de courte durée ou une autorisation de séjour peut être accordée en vue de préserver des intérêts publics majeurs. Lors de l'appréciation, il convient notamment de tenir compte : des intérêts culturels importants (let. a); des motifs d'ordre politique (let. b); des intérêts cantonaux majeurs en matière de fiscalité (let. c); la nécessité de la présence d'un étranger dans une procédure pénale (let. d).

10. L'expression « intérêts publics majeurs » au sens des dispositions précitées constitue une notion juridique indéterminée. Une application trop large serait incompatible avec la LEI et l'OASA (Directives LEI – version remaniée d'octobre 2013, état au 1er septembre 2023 - ch. 5.5.1).

11. Les cantons n'appliquent cette réglementation d'exception qu'avec une grande retenue - par comparaison avec l'admission ordinaire. Ces facilités d'admission avaient été explicitement souhaitées à l'époque par le législateur et les cantons et correspondent à une pratique précédant l'entrée en vigueur de la LEI. Dans les faits, il est très rare que des autorisations de séjour de courte durée soient accordées en application de l'art. 30 al. 1 let. b LEI, en lien avec l'art. 32 al. 1 OASA. La compétence d'accorder une autorisation de séjour sur la base d'« intérêts publics majeurs » revient aux cantons. Ce sont eux qui décident, de leur propre initiative, de faire une demande en ce sens auprès du SEM, qui prend la décision finale. L'autorité cantonale doit cependant démontrer qu'elle a un intérêt particulièrement important. Il s'agit toujours de décisions au cas par cas. (Réponse du Conseil fédéral du 21 mai 2014 à la question 14.1014 déposée, le 20 avril 2014, par Jacqueline BADRAN au Conseil National; directives op. cit.).

12. En l'espèce, l'OCPM - qui a au premier chef la tâche d'appliquer la LEI et l'OASA de manière à préserver les buts d'intérêt public qu'ils poursuivent - a dûment interpellé le Ministère public afin de déterminer la nécessité de la présence du recourant dans le cadre de la procédure pénale dirigée à son encontre. Par courrier du 6 avril 2023, le Ministère public a indiqué que la présence en Suisse de l'intéressé n'était pas indispensable.

    Fort de ces renseignements, l'OCPM a considéré que la condition de l'art. 32 al. 1 let. d OASA n'était pas remplie et aucun élément ne permet de retenir qu'il aurait excédé ou abusé de son pouvoir d'appréciation. Le recourant n'a par ailleurs apporté aucun élément nouveau permettant de retenir que sa présence en Suisse serait maintenant requise pour la procédure en cours.

    Le tribunal rappelle encore que le recourant est représenté par un avocat dans cette procédure pénale et donc que ses droits sont préservés. Par ailleurs, il pourra demander à être autorisé à revenir en Suisse en cas de nécessité.

    Partant, c'est à bon droit que l'OCPM a refusé l'autorisation requise fondée sur cette disposition.

13. Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté et la décision contestée confirmée.

14. En application des art. 87 al. 1 LPA et 1 et 2 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 (RFPA - E 5 10.03), le recourant, qui succombe, est condamné au paiement d'un émolument s'élevant à CHF 500.- ; il est couvert par l'avance de frais versée à la suite du dépôt du recours. Vu l'issue du litige, aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

15. 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), le présent jugement sera communiqué au secrétariat d'État aux migrations.

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

1. déclare recevable le recours interjeté le 8 juin 2023 par Monsieur A_____ contre la décision de l'office cantonal de la population et des migrations du 8 mai 2023 ;

2. le rejette ;

3. met à la charge du recourant un émolument de CHF 500.-, lequel est couvert par l'avance de frais ;

4. dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

5. dit que, conformément aux art. 132 LOJ, 62 al. 1 let. a 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 trente 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

Sophie CORNIOLEY BERGER

Copie conforme de ce jugement est communiquée aux parties, ainsi qu'au secrétariat d'État aux migrations.

Genève, le La greffière