

GE_GERICHTE ATA/390/2017 vom 5. April 2017

GE Cour de justice, 2017-04-05, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_390_2017

FR: GE_GERICHTE ATA/390/2017 du 5 avril 2017

IT: GE_GERICHTE ATA/390/2017 del 5 aprile 2017

Erwägungen

E. 3

Sous sa véritable identité, M. OTSMANI a formulé une demande en mariage avec Madame Fatiha ATTOUMI, née le 3 janvier 1982, de nationalité suisse et domiciliée à Genève. Il a obtenu un visa à cette fin le 13 octobre 2003.

E. 4

M. OTSMANI ayant épousé Mme ATTOUMI le 12 décembre 2003 à la mairie d'Onex, l'office cantonal de la population, devenu l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : l'OCPM), lui a délivré une autorisation de séjour au titre du regroupement familial.

E. 5

Son épouse a donné naissance, le 16 août 2005 à Genève, à un garçon prénommé Nadhir.

E. 6

Par jugement sur mesures protectrices de l'union conjugale du 1er juin 2006, le Tribunal de première instance (ci-après : le TPI) a autorisé les époux OTSMANI à vivre séparés, attribué la garde de Nadhir à Mme OTSMANI, accordé un droit de visite à M. OTSMANI et condamné ce dernier à verser une contribution d'entretien de CHF 300.- par mois pour son fils.

E. 7

M. OTSMANI ayant fait l'objet de nombreuses condamnations pénales, l'OCPM l'a averti, par courrier du 8 mai 2007, que des sanctions administratives pourraient être prononcées à son encontre en dépit du fait qu'il était titulaire d'une autorisation de séjour, s'il commettait de nouvelles infractions pénales.

E. 8

Par arrêt du 8 décembre 2008, la Cour correctionnelle sans jury a condamné M. OTSMANI à deux ans et six mois de peine privative de liberté, dont quinze mois sans sursis, avec sursis partiel pour le solde et un délai d'épreuve de cinq ans, pour brigandage et vol. L'intéressé avait, le 12 février 2008, agressé une personne âgée après un prélèvement d'argent auprès d'une banque et lui avait dérobé un montant de CHF 5'000.-. Selon la Cour, sa faute, comme celle de ses deux comparses et coaccusés, était lourde.

Par arrêt du 17 avril 2009, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par M. OTSMANI contre cet arrêt.

E. 9

Le 23 janvier 2009, le juge d'instruction a condamné M. OTSMANI à cinq mois de peine privative de liberté pour vol, dommages à la propriété et violation de

- 3/10 - A/1339/2016 domicile après avoir attaqué une bijouterie en ville de Genève en utilisant une fourgonnette comme bélier.

E. 10

a. Par décisions du 18 août 2009, puis du 18 novembre 2009, l'OCPM a refusé de renouveler l'autorisation de séjour de M. OTSMANI et de lui octroyer une autorisation d'établissement et lui a imparti un délai au 18 février 2010 pour quitter la Suisse. L'exécution du renvoi n'était pas impossible ou illicite, ni inexigible.

La décision était motivée par le constat des nombreuses infractions pénales pour lesquelles M. OTSMANI avait été condamné et le fait que l'avertissement du 8 mai 2007 ne l'avait pas incité à modifier son comportement.

b. Le 21 décembre 2009, M. OTSMANI a recouru contre cette décision auprès de la commission cantonale de recours en matière administrative, devenue depuis lors le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI).

c. Par jugement du 7 septembre 2010, le TAPI a confirmé la décision précitée de l'OCPM.

d. Par arrêt du 3 mai 2011 (ATA/209/2011), la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) a rejeté le recours formé par l'intéressé contre ce jugement.

e. Par arrêt du 28 juin 2011 (2C_537/2011), le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable le recours interjeté devant lui par M. OTSMANI, pour défaut de motivation.

E. 11

Par jugement du 16 mai 2011, le TPI a prononcé le divorce des époux OTSMANI.

E. 12

Par lettre du 4 juillet 2011, l'OCPM a imparti à M. OTSMANI un délai au

E. 15

Par jugement du 13 novembre 2013 (PM/1100/2013), le Tribunal d'application des peines et mesures (ci-après : le TAPEM) a ordonné la libération conditionnelle du recourant – qui était incarcéré depuis le 18 juillet 2013 en raison des condamnations des 23 janvier 2009 et 25 juillet 2012 – pour le 19 novembre 2013, avec délai d'épreuve d'une année, échéant le 19 novembre 2014.

E. 16

Le 14 mars 2014, l'ex-épouse du recourant a donné naissance à un fils, Youssef, qui a été reconnu par le recourant le 3 septembre 2014.

E. 17

Le 12 mai 2014, le recourant a sollicité auprès de l'OCPM une autorisation pour travailler auprès d'une entreprise sociale d'insertion par l'emploi, qu'il a obtenue. Il a travaillé jusqu'au 24 novembre 2014.

E. 18

Par courrier du 2 septembre 2014, l'officier d'état civil de la commune de Lancy a informé le recourant que sa demande d'ouverture d'une procédure préparatoire de mariage, déposée le 27 juin 2014, était irrecevable et que son dossier était par conséquent classé sans suite, du fait qu'il était dépourvu de statut légal en Suisse.

E. 19

a. Par décision du 23 octobre 2014, l'OCPM a refusé d'entrer en matière sur la demande en reconsidération du 9 décembre 2013, les termes de sa décision du 15 juin 2012 étant confirmés, et a imparti à M. OTSMANI un nouveau délai au 6 janvier 2015 pour quitter le territoire suisse, une carte de sortie lui étant remise à cette fin.

b. Par jugement du 18 décembre 2014, notifié le lendemain, le TAPI a rejeté le recours interjeté de M. OTSMANI contre la décision de l'OCPM du 23 octobre 2014.

c. Par acte expédié le 2 février 2015 au greffe de la chambre administrative, M. OTSMANI a recouru contre ce jugement.

Par télécopie manuscrite expédiée le 15 mars 2015 au greffe de la chambre administrative, M. OTSMANI a précisé qu'il était en Algérie depuis le 26 janvier 2015. Il avait quitté le territoire suisse par respect de la décision du TAPI. Il regrettait énormément « la vie d'avant », pour laquelle il demandait pardon. Il parlait tous les jours au téléphone avec son fils et celui-ci pleurait chaque fois en raison de son absence.

Dans sa réplique du 7 avril 2015, M. OTSMANI a sollicité, sur mesures provisionnelles, l'autorisation à séjourner en Suisse pendant la durée de la procédure et l'octroi par l'OCPM d'un visa touristique pour lui permettre de rendre visite à sa famille. Son deuxième fils, Youssef, avait toujours vécu avec lui.

d. Par arrêt du 12 mai 2015, la chambre administrative a rejeté le recours (ATA/444/2015).
- 6/10 - A/1339/2016

E. 20

a. Le 18 novembre 2015, Mme OTSMANI ATTOUMI a adressé à l'OCPM une demande de reconsidération pour M. OTSMANI. Celui-ci était retourné en Algérie le 26 janvier 2015. Elle s'y était elle-même rendue avec leurs enfants durant les vacances scolaires du mois de février, puis en mai 2015. Gérer les enfants tout en travaillant à plein temps était une situation qui lui pesait. Elle était au bord de la dépression. M. OTSMANI avait décidé de revenir en Suisse. Il avait trouvé un passeur et traversé la mer avec d'autres migrants. La traversée avait été très éprouvante. Ils regrettaient d'avoir dû agir de cette façon. M. OTSMANI était conscient de ses erreurs et de son casier judiciaire. Il regrettait profondément ses fautes. Ils sollicitaient une dernière chance en faveur de M. OTSMANI car la décision l'éloignant de Suisse ne le concernait pas uniquement, mais influait sur l'avenir d'une famille.

b. Par décision du 5 avril 2016, l'OCPM a refusé d'entrer en matière sur la nouvelle demande de reconsidération. Il a imparti à M. OTSMANI un délai au 5 mai 2016 pour quitter le territoire suisse.

c. Par acte du 29 avril 2016, M. OTSMANI a recouru devant le TAPI. Le 22 août 2016, le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant (ci-après : TP AE) avait attribué l'autorité parentale conjointe sur les enfants Nadhir et Youssef à Mme et M. OTSMANI.

d. Par jugement du 3 février 2016, le TAPI a rejeté le recours interjeté le 29 avril 2016.

Même s'il ne saurait être nié que la situation de l'intéressé était particulièrement difficile à vivre et à accepter pour lui-même et sa famille, le refus d'entrer en matière de l'OCPM ne prêtait pas flanc à la critique. Le seul élément nouveau résidait dans l'ordonnance du 22 août 2016 du TPAE. Or, il avait été jusqu'ici considéré que l'intérêt privé de l'intéressé à poursuivre sa relation avec ses enfants, voire avec son ex-épouse en cas de remariage, n'était pas prépondérant par rapport à l'intérêt public à son éloignement de Suisse, en particulier sous l'angle de l'art. 8 CEDH.

Par ailleurs, l'intéressé était revenu en Suisse en toute illégalité.

E. 21

Par acte du 8 mars 2017, M. OTSMANI a interjeté recours contre le jugement précité.

Il a conclu, au fond et sur mesures provisionnelles, à ce qu'il soit autorisé à résider dans le canton de Genève pendant la durée de la procédure. Principalement, le jugement devait être annulé. La cause devait être retournée à l'OCPM aux fins de déterminer si l'enfant souffrait de dépression. Cela fait, un permis de séjour de type B fondé sur le regroupement familial devait être délivré au recourant.

- 7/10 - A/1339/2016

Le TAPI avait passé sous silence l'état de santé du fils aîné du recourant, dont l'angoisse de l'éloignement du père avait entraîné une tristesse très importante, des troubles de l'humeur et une perte de concentration relevée par l'office médico-pédagogique dans un rapport du 18 juillet 2016 qu'il produisait. Cet oubli était d'autant plus surprenant que l'autorité de première instance relevait que la chambre administrative avait rejeté le recours de M. OTSMANI le 12 mai 2015 au motif que les crises d'anxiété et d'angoisse de l'enfant n'étaient pas documentées. La dégradation de l'état de santé de Nadhir n'était pas insignifiante et pouvait mener à de graves conséquences sur le plan de sa santé et sur le plan scolaire notamment. Il ressortait du rapport du service médico-pédagogique que le père jouait un rôle central dans l'équilibre psychique de l'enfant. Il existait donc des circonstances nouvelles, inconnues des autorités administratives à l'époque.

Sur mesures provisionnelles, il n'existait aucun intérêt public à ce qu'il soit renvoyé immédiatement sans attendre la décision de la chambre administrative. Il existait en revanche un intérêt privé manifeste à ce que ses enfants puissent bénéficier de sa présence jusqu'à droit jugé. Il produisait une promesse d'engagement qui pourrait se concrétiser sous forme d'autorisation provisoire de travail pendant la durée de la procédure.

E. 22

Par observations du 22 mars 2017, l'OCPM a conclu au rejet de la requête en mesures provisionnelles.

E. 23

Par courrier du 22 mars 2017, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger sur mesures provisionnelles.

Considérant, en droit, que : 1.

Interjeté en temps utile et devant la juridiction compétente, le recours est, *prima facie*, recevable sous ces angles (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre

2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). 2.

La compétence pour ordonner, d'office ou sur requête, des mesures provisionnelles en lien avec un recours appartient au président, respectivement au vice-président, de la chambre administrative (art. 7 ch. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 21 décembre 2010). 3.

À teneur de l'art. 21 LPA, l'autorité administrative peut ordonner, d'office ou sur requête, des mesures provisionnelles lorsqu'il est nécessaire de régler provisoirement la situation en cause, jusqu'au prononcé de la décision finale.

Selon la jurisprudence constante de la chambre administrative, de telles mesures ne sont légitimes que si elles s'avèrent indispensables au maintien d'un état

- 8/10 - A/1339/2016 de fait ou à la sauvegarde d'intérêts compromis (ATF 119 V 503 consid. 3 ; ATA/87/2013 précité ; ATA/248/2011 du 13 avril 2011 consid. 4 ; ATA/197/2011 du 28 mars 2011 ; ATA/248/2009 du 19 mai 2009 consid. 3 ; ATA/213/2009 du 29 avril 2009 consid. 2). Elles ne sauraient, en principe tout au moins, anticiper le jugement définitif ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond, pas plus qu'aboutir abusivement à rendre d'emblée illusoire la portée du procès au fond (arrêts précités). 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). 4.

Selon l'art. 17 al. 2 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20), l'autorité cantonale compétente peut autoriser l'étranger à séjourner en Suisse durant la procédure si les conditions d'admission sont manifestement remplies.

Selon l'art. 6 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) – qui a pour titre « procédure d'autorisation » –, les conditions d'admission visées à l'art. 17 al. 2 LEtr sont manifestement remplies notamment lorsque les documents fournis attestent d'un droit légal ou d'un droit découlant du droit international public à l'octroi d'une autorisation de séjour ou de séjour de courte durée, lorsqu'aucun motif de révocation au sens de l'art. 62 LEtr n'existe et que la personne concernée accepte de collaborer au sens de l'art. 90 LEtr (al. 1) ; des démarches tels que l'engagement d'une procédure matrimoniale ou familiale, la scolarisation des enfants, l'achat d'une propriété, la location d'un appartement, la conclusion d'un contrat de travail, la création ou la participation à une entreprise ne confèrent, à elles seules, aucun droit lors de la procédure d'autorisation (al. 2).

L'autorité cantonale compétente peut – ou même doit – autoriser, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation (art. 96 LEtr), l'étranger à séjourner en Suisse durant la procédure si les conditions d'un droit légal, constitutionnel ou conventionnel à l'octroi d'une autorisation sont données avec une grande vraisemblance (art. 17 al. 2 LEtr ; « prozeduraler Aufenthalt »). Elle doit rendre sa décision lors d'un examen sommaire des chances de succès, comme c'est le cas lors du prononcé de mesures provisoires (ATF 139 I 37 consid. 2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_173/2013 du 19 août 2013 consid. 2.4). En d'autres termes, l'autorisation de séjourner en Suisse durant la procédure doit être accordée à l'intéressé si

ses chances d'obtenir une autorisation de séjour sont significativement plus élevées que celles d'un refus (ATF 139 I 37 consid. 4.1). 5.

En l'espèce, la décision de l'OCPM constitue un refus d'entrer en matière sur une reconsidération. En cas d'admission du recours, la chambre de céans ne pourrait que renvoyer la cause à l'OCPM afin qu'il statue à nouveau sur l'octroi de

- 9/10 - A/1339/2016 l'autorisation de séjour demandée – la conclusion subsidiaire du recours apparaissant ainsi, *prima facie*, irrecevable. C'est ainsi à juste titre que le recourant n'a pas demandé l'octroi de l'effet suspensif, celui-ci n'étant pas envisageable dans ce cadre.

Lui octroyer, sous la forme de mesures provisionnelles, le droit de rester en Suisse durant la procédure par-devant la chambre de céans irait cependant, au vu de ce qui précède, au-delà de ce que la chambre de céans pourrait ordonner si elle admettait le recours, ce qui n'est pas admissible.

De plus, même à considérer le litige comme une contestation sur le fond et non uniquement procédurale, ce qui n'est pas le cas, une dérogation au sens de l'art. 17 al. 2 LEtr n'entrerait pas en ligne de compte ici, le recourant n'ayant aucun droit à l'obtention de l'autorisation de séjour sollicitée, sa situation familiale, notamment sa relation avec ses enfants ayant déjà été soumise plusieurs fois à différentes juridictions, y compris au Tribunal fédéral.

L'obtention, par le recourant, de l'autorité parentale conjointe, devenue la règle depuis les modifications entrées en vigueur le 1er juillet 2014 n'est, *prima facie*, pas de nature à modifier la situation.

Du point de vue des chances de succès d'obtenir l'autorisation de séjour sollicitée, outre que la présente procédure n'en constitue qu'un but médiat, on doit retenir à ce stade qu'il s'agira d'évaluer notamment si l'évolution de l'état de santé de l'enfant du recourant doit être retenue comme une circonstance nouvelle, à même de justifier la reconsidération de la décision, étant précisé que l'état de santé de l'enfant a déjà été analysé dans le dernier arrêt de la chambre de céans. En l'état, on ne peut pas admettre que les chances d'admission du recours puissent être décrites, *prima facie*, comme significativement plus élevées que le risque d'un rejet de celui-ci. 6.

L'octroi de mesures provisionnelles sera dès lors refusé. 7.

Le sort des frais sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

vu ce qui précède : LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE rejette la demande de mesures provisionnelles ; réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ; 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

- 10/10 - A/1339/2016 possession du recourant invoquées comme moyens de preuve, doivent être jointes à l'envoi ; communique la présente décision, en copie, à Me Jacques Emery, avocat du recourant, à l'office cantonal de la population et des migrations, au Tribunal administratif de première instance ainsi qu'au secrétariat d'État aux migrations.

Le vice-président :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.