

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3544/2014-PE

ATA/125/2016

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 9 février 2016

2^{ème} section

dans la cause

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

contre

Monsieur A_____

représenté par Me Philippe Girod, avocat

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
2 juin 2015 (JTAPI/659/2015)**

EN FAIT

1. Monsieur A_____ (ci-après également : le requérant), né le _____ 1976, est ressortissant tunisien.
2. En mai 1998, il a épousé une suisse et a obtenu le droit de venir vivre en Suisse au titre du regroupement familial.
3. Auteur de lésions corporelles graves sur son épouse, il a fait l'objet d'un non-lieu par ordonnance de la Chambre d'accusation du 29 septembre 2000, en raison de son irresponsabilité. Son internement a été ordonné, une schizophrénie paranoïde ayant été diagnostiquée. La mesure d'internement a été confirmée par arrêt de la Cour de cassation du 8 mai 2001.
4. L'autorisation de séjour de M. A_____ est arrivée à échéance le 28 mai 2000.
5. Par jugement rendu le 27 juin 2001, entré en force de chose jugée le 5 septembre 2001, le Tribunal de première instance a prononcé le divorce des époux A_____.
6. Le 21 mars 2002, le département de justice, police et sécurité (actuellement le département de la sécurité et de l'économie (ci-après : DSE) a prononcé l'expulsion de M. A_____ du territoire de la Confédération suisse et du Lichtenstein pour une durée indéterminée. L'intéressé avait gravement porté atteinte à la sécurité publique. Son départ de Suisse devait intervenir sitôt l'approbation du corps médical obtenue. Cette décision n'a pas fait l'objet d'un recours.
7. En 2008, le Tribunal d'application des peines et mesures (ci-après : TAPEM) a levé conditionnellement l'internement de l'intéressé (art. 64 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 - CP - RS 311) et ordonné, en lieu et place de cette mesure, la poursuite du traitement sous forme d'une mesure thérapeutique institutionnelle en milieu ouvert pour une durée de cinq ans. Cette mesure a été rapportée et l'intéressé a été réintégré dans la mesure d'internement par jugement du TAPEM du 12 novembre 2008, confirmé par un arrêt de la chambre pénale de la Cour de justice (ci-après : CPCJ). Par la suite, par jugement du 3 mars 2010, le TAPEM a levé conditionnellement l'internement de l'intéressé avec un délai d'épreuve de cinq ans et ordonné, en lieu et place, la poursuite du traitement sous forme d'une mesure thérapeutique institutionnelle en milieu ouvert (art. 59 CP). Un jugement du TAPEM du 20 octobre 2010 ayant ordonné un nouveau placement de l'intéressé en milieu institutionnel fermé a été annulé par un arrêt de la CPCJ du 14 février 2011 qui a ordonné une mesure de thérapeutique

institutionnelle en milieu ouvert en faveur de M. A_____. Par la suite, le 21 novembre 2011, le TAPEM a ordonné la poursuite du traitement en milieu institutionnel ouvert. Cette mesure était assortie des règles suivantes :

- intégrer le Centre B_____ et en respecter les règles ;
- travailler ou mener des activités au sein du centre ;
- être suivi régulièrement par la consultation psychiatrique de C_____ et respecter le plan thérapeutique.

8. Par courrier du 5 mars 2012 à l'office cantonal de la population, devenu depuis lors l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : l'OCPM), M. A_____ a sollicité une autorisation de séjour.

Il résidait à Genève depuis de nombreuses années et souhaitait régulariser sa situation. Il habitait au Centre B_____ et respectait les obligations auxquelles il était tenu.

9. Dans une décision du 12 juillet 2012, l'OCPM a refusé de faire droit à cette demande.

Il faisait l'objet d'une décision, en force, d'expulsion du territoire suisse prononcée le 21 mars 2002 par le DSE.

L'OCPM ne pouvait dès lors pas entrer en matière sur sa requête et n'entendait pas le faire sous l'angle de la reconsidération. En outre, dite requête ne remplissait pas les conditions d'une demande de réexamen obligatoire, puisque l'intéressé n'apportait aucun fait nouveau susceptible de modifier la position de l'OCPM. Son renvoi devait ainsi intervenir aussitôt l'approbation du corps médical obtenue, conformément à la décision d'expulsion. Cette décision, qui mentionnaient les voies de droit à utiliser, n'a pas fait l'objet d'un recours.

Cette décision est en force.

10. À la demande de l'office fédéral des migrations, devenu depuis lors le secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM), le service de psychiatrie générale du département de santé mentale et de psychiatrie des Hôpitaux universitaires de Genève a délivré un rapport médical au sujet de la situation de l'intéressé. Celui-ci ne présentait pas un état psychiatrique incompatible avec un retour en Tunisie. Il pouvait bénéficier sur place d'un suivi médical et/ou psychiatrique, se voir prescrire des neuroleptiques typiques ou atypiques pour l'aider dans la gestion de ses émotions.

11. Suite à des difficultés, le Centre B_____ a refusé d'héberger M. A_____.

12. Par jugement du 11 avril 2013, le TAPEM a ordonné la poursuite du traitement institutionnel au sens de l'art. 59 CP avec la réintroduction d'un plan psychiatrique et médicamenteux, les modalités d'exécution étant du ressort de l'autorité d'exécution. Une assistance de probation était également ordonnée.

13. Par courrier à l'OCPM du 7 février 2014, M. A_____ a sollicité, sous la plume de son conseil, qu'il soit sursis à la décision d'expulsion du 21 mars 2002 à son encontre et qu'il soit mis au bénéfice d'une autorisation de séjour provisoire, réexaminable à l'issue de son traitement, en invoquant deux faits nouveaux :

- le TAPEM, depuis son jugement du 21 novembre 2011, avait ordonné une mesure de traitement institutionnel rendant inexécutable la décision de renvoi. Ce régime avait été prorogé par le jugement du 11 avril 2013 précité. Une telle mesure de traitement en milieu ouvert, impliquait un contact progressif de la personne traitée avec la réalité sociale, par exemple dans le cadre d'ateliers protégés. Or, une telle resocialisation ne pouvait se faire sans que la personne dispose d'un titre de séjour, même provisoire ;
- l'absence d'exécution de la décision d'expulsion depuis plus de quatorze ans impliquait de facto un changement important de sa situation.

L'existence de cette mesure de traitement institutionnel ordonnée par le TAPEM, de même que le temps qui s'était écoulé depuis 2002, constituaient des faits nouveaux qui devaient être pris en considération pour reprendre l'examen de son cas dans le sens requis.

14. Par décision du 16 octobre 2014, l'OCPM a refusé d'entrer en matière sur la demande de reconsidération. Il n'était tenu de réexaminer une décision administrative que si les circonstances étaient modifiées dans une mesure notable, ou s'il existait un motif de révision liée à des moyens de preuves ou des faits nouveaux. De telles conditions n'étaient pas réunies en l'espèce.

Le requérant faisait l'objet d'une mesure d'expulsion du territoire de la Confédération suisse et du Lichtenstein prononcée le 21 mars 2002. Par ailleurs, il ne présentait pas un état psychiatrique incompatible avec un retour en Tunisie. Il pouvait bénéficier dans ce pays d'un suivi médical et/ou psychiatrique et se voir prescrire des neuroleptiques.

Partant, un délai de départ au 10 décembre 2014 lui était imparti.

15. Par acte du 19 novembre 2014, M. A_____, sous la plume de son conseil, a recouru au Tribunal administratif de première instance (ci-après : le TAPI) contre cette décision, concluant, avec suite de frais et dépens, à son annulation et à ce qu'une autorisation de séjour lui soit accordée. Subsidièrement, il a conclu à son admission provisoire.

Entre 1999 et 2011, il avait alterné les séjours à la clinique psychiatrique de Belle-idée et à la prison de Champ-Dollon. Du 25 au 30 janvier 2012, il avait intégré le Centre B_____.

Au jour du recours, il était détenu au pénitencier de Bellechasse, malgré le fait qu'une mesure de traitement institutionnel avec réintroduction d'un plan médical psychiatrique et médicamenteux avait été ordonné par le TAPPEM le 11 avril 2013.

L'obtention d'une autorisation de séjour constituait pour lui la seule solution pratiquement envisageable pour mener à bien une mesure ne pouvant pas en l'état être mise en oeuvre. En effet, il devait pouvoir intégrer une structure lui permettant un certain retour à la vie sociale, ce qui n'était pas possible en l'absence d'une autorisation de séjour.

Après quinze années d'internement, le délai qui lui avait été imparti ne pouvait pas être tenu, les autorités ayant prononcé des mesures contraignantes à son égard. Par ailleurs, l'écoulement d'une telle durée constituait un fait nouveau, opposable à la décision du 12 juillet 2012.

16. Le 13 janvier 2015, l'OCPM a écrit à M. A_____. La décision du 16 octobre 2014 était annulée. La requête en reconsidération que l'intéressé avait formée le 7 février 2014 était transmise au département pour raison de compétence. Ce courrier ne comportait pas de mention de voies de droit à utiliser en cas de contestation.
17. Dans la détermination du 13 janvier 2015 adressée au TAPI, l'OCPM a également fait savoir qu'il avait annulé la décision entreprise et qu'il transmettait le dossier au DSE pour raison de compétence. Il lui a transmis une copie de cette nouvelle décision.
18. Invité à se déterminer suite à l'annulation de la décision entreprise par l'OCPM, le recourant a indiqué, par courrier du 29 janvier 2015, maintenir son recours. La détermination de l'OCPM n'était pas suffisamment précise et était plus proche, à ce stade de la procédure du refus de statuer, que du simple renvoi à une autorité prétendument compétente.
19. Dans ses écritures des 16 février 2015 et 20 avril 2015, l'OCPM a maintenu sa position. L'ancien droit des étrangers était applicable. C'était l'autorité qui avait décidé de prononcé l'expulsion de l'intéressé, soit le DSE, qui devait traiter toutes questions en rapport avec la reconsidération de cette décision.
20. Le 4 mai 2015, M. A_____, a indiqué n'avoir reçu aucune information du DSE. Celui-ci n'avait pas reconsidéré la décision du 21 mars 2002. Sa propre situation était exactement identique à celle qui prévalait lorsqu'il avait recouru, soit une absence totale de détermination des autorités compétentes en matière de

séjour. Il était sous le coup d'une mesure pénale, laquelle devait être exécutée conformément à la loi, y compris sur le plan de sa resocialisation, ce qui sous-entendait une autorisation de séjour, même provisoire. Les autorités, soit l'OCPM et le TAPEM devaient agir de manière coordonnée afin d'assurer l'application de la loi. Il maintenait dès lors son recours et sollicitait une audience de comparution des mandataires pour éclaircir la question de l'autorité compétente.

Il était important qu'il obtienne une décision sur son statut administratif afin de permettre au TAPEM de statuer sur son sort.

21. Par jugement du 2 juin 2015, le TAPI a partiellement admis le recours en tant qu'il visait la décision de transmission du dossier au DSE et l'a rejeté pour le surplus. Il a renvoyé le dossier à l'OCPM pour nouvelle décision au sens des considérants.

Vu l'effet dévolutif du recours, la décision prise par l'OCPM d'annuler la décision attaquée ne pouvait conduire à rayer la cause du rôle que si cette nouvelle décision rendait le recours sans objet. La nouvelle décision de l'OCPM ne reconsidérerait la précédente qu'en tant qu'elle constatait rétroactivement qu'il n'était pas compétent pour la prendre sans statuer à nouveau sur la requête. Le recourant conservait un intérêt actuel à recourir et le TAPI se devait d'en contrôler la conformité au droit.

La décision d'expulsion dont la reconsidération était demandée avait été prise sous l'égide de l'ancienne loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931 (LSEE - RS 142.20) remplacée depuis le 1^{er} janvier 2010 par la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20). Selon les dispositions transitoires relatives à l'application dans le temps du droit des étrangers, le cas devait être réglé selon les dispositions de cette dernière loi. Sous l'égide de l'aLSEE, le département était l'autorité compétente pour prononcer une expulsion. Or, selon l'art. 68 LEtr, ce n'était plus ce dernier, mais l'office fédéral de la police (ci-après : FedPol) qui l'était. La décision de l'OCPM de retirer la décision du 16 octobre 2014 pour défaut de compétence, était confirmée sur le principe, mais annulée en tant qu'elle transmettait la cause au DSE. Le dossier devait être retourné à l'autorité intimée pour nouvelle décision dans le sens des considérants, soit la transmission de la requête de reconsidération du 7 février 2014 à FedPol.

22. Par acte posté le 3 juillet 2015, l'OCPM a interjeté un recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le jugement du TAPI précité reçu le 5 juin 2015, en concluant à son annulation et à la confirmation de sa décision rendue le 13 janvier 2015.

M. A_____se trouvait sous le coup d'une mesure d'expulsion administrative prononcée le 21 mars 2002 pour une durée indéterminée par le département. Il avait demandé à l'OCPM le 7 février 2014 de surseoir à la décision d'expulsion et de se déterminer sur une autorisation de séjour pour cas de rigueur personnelle. Par décision du 13 janvier 2015, l'OCPM lui avait indiqué qu'il devait d'abord requérir la levée de son expulsion administrative. Sur recours de M. A_____, le TAPI avait confirmé la nécessité de la levée d'une telle mesure, mais avait considéré que le réexamen de l'expulsion administrative relevait de la compétence de Fedpol, autorité fédérale. Ce faisant, le TAPI s'était mépris. L'expulsion administrative de l'ancien droit avait été remplacée par le système du renvoi, la mesure d'expulsion au sens de la LEtr ayant une autre acception et constituant une mesure limitée aux cas de mises en danger de la primauté du pouvoir étatique dans les domaines militaire et politique. Tel n'était pas le cas en l'espèce. La décision de transmission au DSE pour raison de compétence devait être confirmée.

23. Le 9 septembre 2015, M. A_____a conclu préalablement à l'apport de la procédure pendante devant le TAPEM, de même qu'au rejet du recours.

Sa situation était rendue plus complexe du fait de l'absence de prise en compte, dans l'examen de sa situation administrative, de la mesure institutionnelle prononcée à son égard par le juge pénal et du fait du changement de loi. Il se trouvait dans une situation inextricable, dans la mesure où l'OCPM refusait d'entrer en matière sur sa demande d'autorisation de séjour en raison de l'existence d'une mesure d'expulsion administrative qui n'existait plus dans la loi. Il était étranger à cette complexité juridique et persistait à solliciter une autorisation de séjour, ceci dans le cadre de la mesure institutionnelle dont il faisait l'objet.

24. Par avis du 13 octobre 2015, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente par l'OCPM, qui était partie à la procédure de première instance, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 60 al. 1 let. a et 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. En cas de recours, le pouvoir de traiter d'une affaire passe à l'autorité de recours (art. 67 al. 1 LPA). Toutefois, l'autorité de première instance peut, en cours de procédure, reconsidérer ou retirer sa décision, par une nouvelle décision qu'elle notifiée aux parties et dont elle informe des autorités de recours (art. 67

al. 2 LPA). L'autorité de recours continue à traiter celui-ci, dans la mesure où la nouvelle décision ne l'a pas rendu sans objet (art. 67 al. 3 LPA).

3. En l'occurrence, l'OCPM a annulé sa décision du 16 octobre 2014 qui faisait l'objet du recours au TAPI. Toutefois, dans sa décision du 13 janvier 2015, cette autorité ne reprend pas le traitement du fond de la demande du requérant du 7 février 2014, mais ne fait que constater a posteriori qu'elle n'était pas compétente pour statuer sur celle-ci. Or, par sa démarche celui-là cherche à obtenir non seulement un sursis à son expulsion, mais aussi la reconnaissance d'un statut lui permettant d'exécuter la mesure de placement institutionnel ordonnée en dernier lieu par le TAPEM.

Comme le relève justement le TAPI, la décision de l'OCPM sur compétence ne répondant pas aux conclusions du requérant, elle ne fait pas perdre tout objet au recours (arrêt du Tribunal fédéral 2C_653/2012 du 28 août 2012 consid. 4.3.1). Ainsi, le TAPI, a retenu à juste titre qu'il lui incombait de contrôler la conformité au droit de la situation générée par cette nouvelle décision, sans que le requérant doive à nouveau formellement recourir contre la nouvelle décision (ATF 107 V 250 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_403/2010 du 31 décembre 2010 consid. 3.2), et c'est ce à quoi la chambre de céans devra également se livrer, sur recours cette fois-ci de l'OCPM.

4. La décision d'expulsion ayant été prise sous l'égide de l'aLSEE et sa modification étant requise alors que cette loi, depuis le 1^{er} janvier 2008, a été remplacé par la LEtr, se pose la question du droit applicable sous l'angle des règles du droit intertemporel.
5. En principe, le nouveau droit s'applique à toutes les situations qui interviennent depuis son entrée en vigueur (Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 132 n. 403). Selon les principes généraux, sont applicables, en cas de changement de règles de droit, les dispositions en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui a des conséquences juridiques (ATF 137 V 105 consid. 5.3.1). Ainsi, le droit à une rente consécutive au décès d'un assuré doit être examiné au regard du droit en vigueur au moment du décès de celui-ci et non pas au regard des conditions d'une ancienne réglementation remplacée par de nouvelles normes (ATF 137 V 105 précité consid. 5.3.2). En revanche si la législation change après la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui a des conséquences juridiques, la situation doit restée réglée selon l'ancien droit (ATF 136 V 24 consid. 4.3). Sont réservées les dispositions éventuelles du droit transitoire prescrivant un régime juridique qui s'écarte de ces principes.

Lorsqu'un fait juridique antérieur à un changement législatif crée une situation juridique durable, le principe de l'application générale du nouveau droit prévaut selon le principe dit de la rétroactivité improprement dite (PierreMOOR/

Alexandre FLÜKIGER/Vincent MARTENET, Droit administratif, vol. 1, 3^{ème} éd., 2012, n. 3.4.2.3 p. 190 ; Thierry TANQUEREL, op. cit. p. 135 n. 419). Une telle situation se présente dans les cas d'application du nouveau droit à des rapports juridiques qui ont surgi sous l'égide de l'ancien droit et qui perdurent au moment de l'entrée en force des nouvelles dispositions. Une telle application du nouveau droit est admissible sauf si elle porte atteinte à des droits acquis (ATF 126 V 134 consid. 4a et jurisprudence citée ; Ulrich HÄFELIN/Georg MÜLLER/Felix UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6^{ème} éd., 2014, p. 73). Contrairement à une situation de rétroactivité proprement dite (application du nouveau droit à des faits antérieurs à sa mise en vigueur), le nouveau régime « n'attache aucune conséquence juridique à ce qui s'est passé avant son entrée en vigueur, il ne s'applique qu'aux faits qui, dérivant de la situation, se produisent postérieurement » (Pierre MOOR/Alexandre FLÜKIGER/Vincent MARTENET, op. cit., p. 191).

6. La LEtr prévoit un régime de droit transitoire. Ainsi, les demandes déposées avant l'entrée en vigueur de la LEtr sont régies par l'ancien droit (art. 126 al. 1 LEtr). En revanche, d'une manière générale, les règles de procédure sont immédiatement applicables à toutes les situations (art. 126 al. 1 et 2 LEtr). Ainsi que le rappelle la doctrine, s'agissant de l'application du droit matériel, ces dispositions se fondent sur les principes du droit intertemporel définis par la jurisprudence ou la doctrine rappelés ci-dessus, mais n'empêchent pas, selon les cas, qu'une situation surgit sous l'égide de l'ancien droit, soit réglée en fonction des normes de la nouvelle législation, par application du principe de rétroactivité improprement dite (Matthias KRADOLFER, in [Martina CARONI/Thomas GÄCHTER/Daniela THURNHERR éd.], Bundesgesetz über die Ausländerrinnen Ausländer, 2010, ad. art. 126 p. 1277 n. 4).
7. En l'occurrence, la décision d'expulsion du 10 avril 2002 a été prise par le DSE en application de l'art. 10 aLSEE pour atteinte grave à la sécurité publique, sans qu'aucun délai de départ n'ait été imparti au requérant en raison de la mesure d'internement qui le frappait, le processus d'exécution de cette mesure étant soumis à l'obtention de « l'approbation du corps médical ». Une telle décision, qui est en force, interdit pour le futur à l'intéressé tout droit de résidence en Suisse et l'obligation de quitter ce pays dès que les conditions seront réalisées. Toutefois, dans la mesure où l'exécution de cette décision n'est pas effective et qu'elle est soumise à conditions, on doit admettre que, sous l'angle du droit intertemporel, toute requête liée au statut du requérant telle celle présentée par le 7 février 2014, doit être traitée au regard des dispositions de la LEtr et de ses dispositions cantonales d'application, qu'il s'agisse des règles de procédure, auxquelles appartiennent celles relatives à la détermination de l'autorité compétente, mais aussi du droit matériel applicable.

8. Dans le jugement déféré, le TAPI a justement rappelé le principe précité en admettant que la cause devait être tranchée en application des dispositions de la LEtr. Il reste cependant à examiner s'il était en droit de considérer que, d'une part l'OCPM était, sur le principe, en droit, de retirer sa décision du 16 octobre 2014 pour des raisons de compétence, et si, comme il le retient, la requête du 7 février 2014 doit être transmise non pas au département comme celui-ci le prévoit dans sa décision, mais à FedPol pour des raisons de compétence.

9. Avant de traiter cette question, doivent être rappelés d'une part le dispositif existant en matière de mesures d'éloignement d'étrangers indésirables ou en séjour illégal sous l'égide de l'aLSEE, et d'autre part celui mis en place par la LEtr, aux fins de percevoir, sans se limiter à l'acception des mots, de quelle façon l'institution juridique de l'ancien droit a été transposée dans le nouveau.

10. a. Dans l'ancienne législation, l'art. 10 aLSEE était de la teneur suivante :

« 1. L'étranger ne peut être expulsé de Suisse ou d'un canton que pour les motifs suivants :

a. S'il a été condamné par une autorité judiciaire pour crime ou délit ;

b. Si sa conduite, dans son ensemble, et ses actes permettent de conclure qu'il ne veut pas s'adapter à l'ordre établi dans le pays qui lui offre l'hospitalité ou qu'il n'en est pas capable ;

c. Si, par suite de maladies mentales, il compromet leur public ;

d. Si lui-même, ou une personne aux besoins de laquelle il est tenu de pourvoir, tombe d'une manière continue et donne une large mesure à la charge de l'assistance publique.

2. L'expulsion prévue à l'al. 1, let. c ou d, ne peut être prononcée que si le retour de l'expulsé dans son pays d'origine est possible et peut être raisonnablement exigé.

(....)

4. La présente loi ne touche rien à l'expulsion, prévue par la constitution fédérale, des étrangers qui compromettent la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse, ni à l'expulsion prononcée par le juge pénal ».

b. Selon l'art. 11 al. 1 aLSEE, l'expulsion pouvait être prononcée pour une durée déterminée ou pour une durée indéterminée.

c. En outre, selon l'art. 13 al. 1 aLSEE, l'autorité fédérale peut interdire l'entrée en Suisse d'étrangers indésirables.

d. La compétence des autorités pour prononcer les décisions en matière de police des étrangers était réglée à l'art. 15 aLSEE. Ainsi, chaque canton devait désigner une autorité cantonale de police des étrangers (police cantonale des étrangers) qui exerçait toutes les fonctions relatives à la police des étrangers qui n'étaient pas dévolues à une autorité fédérale ou que la législation cantonale n'attribuait pas à une autre autorité (art. 15 al. 1 aLSEE).

Selon l'art. 1 al. 1 et 2 de la loi cantonale d'application, alors dénommée « loi d'application de l'aLSEE » du 16 juin 1988 (aLaLSEE), le département de justice, police et sécurité, devenu depuis lors le département de la sécurité et de l'économie était l'autorité de police cantonale des étrangers. Toutefois, selon l'art. 2 aLaLSEE, il pouvait déléguer la compétence de prendre toutes les mesures de police des étrangers à l'office cantonal de la population, devenu depuis lors l'OCPM, à l'exception des décisions d'expulsion ou de levée d'expulsion.

11. a. Dans la LEtr, les mesures d'éloignement d'un étranger sont traitées aux art. 64 à 68 LEtr.

b. En matière de compétence, le SEM est chargé de toutes les tâches qui ne sont pas expressément confiées à d'autres autorités fédérales ou aux autorités cantonales (art. 98 al. 1 LEtr). La répartition des compétences entre la Confédération et les cantons est restée similaire à celle existant dans le cadre de l'aLSEE (Albrecht DIFFENBACHER, in [Martina CARONI/Thomas GÄCHTER/Daniela THURNHERR éd.], op. cit., ad. art. 98 p. 900 n. 2), ce que confirme l'art. 88 al. 2 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).

c. À teneur de l'art. 1 al. 1 de la loi dénommée actuellement loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 (LaLEtr - F 2 10), le département est l'autorité cantonale de police des étrangers. Il exerce à ce titre toutes les fonctions relatives à la police des étrangers qui ne sont pas dévolues à une autorité fédérale ou que la législation cantonale n'attribue pas à une autre autorité, conformément aux art. 97 et 98 LEtr (art. 1 al. 2 La LEtr).

Selon l'art. 2 al. 1 LaLEtr, et conformément à l'art. 2 al. 4 de la loi sur l'exercice des compétences du Conseil d'État et l'organisation de l'administration du 16 septembre 1993 (LECO - B 1 15), dans les limites fixées à l'art. 1 al. 2 LaLEtr, le DSE peut déléguer à l'OCPM la compétence de prendre toutes les mesures de police des étrangers, à l'exception des décisions de révocation de permis d'établissement.

Le droit d'évoquer un dossier de la compétence d'un département ou qui a été déléguée, n'est reconnu qu'au Conseil d'État (art. 3 LECO).

12. a. L'expulsion administrative a été remplacée par le non-renouvellement ou la révocation du titre de séjour, par le renvoi de Suisse (arrêt du Tribunal fédéral 2C_184/2012 du 15 décembre 2012 consid. 4.3), ainsi qu'à l'interdiction d'entrée en Suisse. L'éloignement d'un étranger du territoire suisse n'est ainsi plus qualifié, comme dans l'aLSEE d'expulsion mais de renvoi, la première ne constituant qu'une forme spécifique de décision de renvoi (Cesla AMARELLE/Minh Son NGUYEN, les renvois et leur exécution, 2011, p. 142).

b. Selon l'art. 64 al. 1 LEtr, l'éloignement est ainsi prononcé par le biais d'une décision de renvoi à l'encontre d'un étranger :

- qui n'a pas d'autorisation alors qu'il y est tenu (let.a) ;

- qui ne remplit pas ou ne remplit plus les conditions d'entrée en Suisse au sens de l'art. 5 LEtr (let. b) ;

- auquel une autorisation est refusée, ou dont l'autorisation, bien que requise, est révoquée ou n'est pas prolongée après un séjour autorisé (let. c).

Selon l'art. 64d al. 1 LEtr, la décision de renvoi est assortie d'un délai de départ raisonnable de sept à trente jours. Un délai de départ plus long est imparti, ou le délai de départ est prolongé, lorsque des circonstances particulières telles que la situation familiale, des problèmes de santé ou la durée du séjour le justifie.

c. Si les autorités de police des étrangers désirent que l'éloignement de Suisse soit prononcé dans la durée, elle prononce une décision d'interdiction d'entrer en Suisse aux conditions de l'art. 67 LEtr. Cette compétence est dévolue au SEM. En particulier, celui-ci peut prendre une telle mesure vis-à-vis d'un étranger qui a attenté à la sécurité et à l'ordre public en Suisse ou à l'étranger ou les a mis en danger (art. 67 al. 2 let. a LEtr), ou lorsqu'il a occasionné des coûts en matière d'aide sociale (67 al. 2 let. bLEtr). La décision est prise pour une durée maximale de cinq ans, ou pour une plus longue durée, lorsque la personne concernée constitue une menace grave pour la sécurité et l'ordre publics (art. 67 al. 3 LEtr).

d. Selon l'art. 68 al. 1 LEtr, un étranger peut faire l'objet d'une mesure d'expulsion pour maintenir la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse. L'expulsion est prononcée par Fedpol après consultation du service de renseignements de la Confédération (ci-après : SRC). À la différence de l'aLSEE, l'expulsion administrative n'est donc plus possible que pour des motifs de protection de la sécurité intérieure de la Suisse, parmi lesquels des motifs politiques, ce qui explique qu'elle soit couplée avec des mesures d'interdiction d'entrer en Suisse (Andrea BINDER OSER, in [Martina CARONI/Thomas GÄCHTER/Daniela THURNHERR éd.], op. cit, ad. art. 68 p. 693 n. 2).

13. Selon l'art. 83 LEtr, lorsque le renvoi d'un étranger n'est pas possible au sens de l'art. 83 al. 2 LEtr, n'est pas licite au sens de l'art. 83 al. 3 LEtr ou n'est pas raisonnablement exigible au sens de l'art. 83 al. 4 LEtr, motif qui inclut des raisons de nécessité médicale, l'étranger peut être mis au bénéfice d'une admission provisoire. Selon l'art. 83 al. 1 LEtr, une telle décision est de la compétence du SEM.
14. En l'occurrence, la transposition dans le nouveau droit de la situation du requérant sous l'angle du droit des étrangers à la date de sa requête, permet de constater qu'à la date du 7 février 2014, celui-ci n'était plus au bénéfice d'une autorisation de séjour depuis le 29 mai 2000, et était sous le coup d'une décision de renvoi de Suisse couplée à une mesure d'interdiction d'entrée en Suisse pour une durée indéterminée, ces deux décisions étant en force. En revanche, l'exécution du renvoi n'avait pas été ordonnée et ne l'a été que dans le cadre de la décision de l'OCPM du 16 octobre 2014, qui est à l'origine de la présente cause, par la fixation du délai de départ, suspendu jusque-là.
15. Le TAPI a considéré que l'OCPM était en droit de retirer la décision précitée pour raison d'incompétence en raison de la matière, parce qu'il appartenait à FedPol de statuer, dès lors que l'on se trouvait dans le cadre d'une procédure d'expulsion. Cette considération ne résiste pas à l'examen. La mesure d'éloignement de Suisse du requérant n'a pas été prise dans le cadre d'une mesure d'expulsion motivée par la nécessité d'assurer la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse, situations visées à l'art. 68 LEtr, mais par la nécessité de le renvoyer de Suisse parce qu'il a compromis gravement la sécurité et l'ordre publics. Or, le traitement d'une telle requête ne revient aucunement à FedPol, mais, depuis le 1^{er} janvier 2008, aux autorités cantonales compétentes, en vertu des art. 98 LEtr et 88 al. 2 OASA dans le cadre d'une mesure de renvoi au sens de l'art. 64 LEtr. En tant qu'il ordonne la transmission de la cause à FedPol, le jugement du TAPI ne peut être qu'annulé.
16. Admettre purement et simplement le recours de l'OCPM reviendrait à admettre sans autre la conformité au droit de la décision. En raison de l'effet dévolutif du recours rappelé ci-dessus, la chambre administrative se doit toutefois d'examiner la conformité au droit de cette dernière, dans la mesure où, d'une part ce retrait ne règle aucunement le sort du recours qui n'est pas retiré, et d'autre part, il n'y a pas d'évidence que la compétence pour statuer sur la requête soit conférée au DSE, étant rappelé qu'à teneur de l'art. 11 al. 1 LPA, la compétence des autorités est déterminée par la loi et ne peut être créée par accord entre les parties.
17. Dans sa décision du 13 janvier 2015, l'OCPM n'a aucunement développé le motif de ce retrait. Il s'en est cependant expliqué dans ses écritures par devant le TAPI ou la chambre de céans. Selon lui, le DSE, qui était l'autorité compétente en matière d'expulsion lors de la prise de l'arrêté d'expulsion du 21 mars 2002 en

vertu de l'art. 10 al. 1 aLSEE le restait pour l'examen de toute requête en reconsidération d'une telle décision.

Il ne peut être cependant suivi dans son raisonnement. La requête de l'intéressé du 7 février 2014, même si elle a pour objet de réaménager la décision d'expulsion prise en 2002 et les modalités de son exécution, doit être traitée selon les règles de procédure en vigueur au moment du dépôt de celle-ci (art. 126 al. 2 LEtr), notamment celles énoncées dans la LaLEtr. En outre, les questions juridiques non encore réglées définitivement à cette date doivent être réglées en fonction du droit des étrangers en vigueur à cette date, celles ayant acquis force de chose jugées devant être traitées sous l'angle d'une éventuelle reconsidération au sens de l'art. 48 LPA.

18. La détermination de l'autorité compétente relève de l'application des règles de procédure. À teneur de l'art. 1 LaLEtr, le département est l'autorité compétente en matière de police des étrangers (art. 1 al. 1 LaLEtr). Néanmoins, l'OCPM l'est également sur délégation (art. 2 al. 1 LaLEtr). Certes, la clause de délégation contenue dans cette dernière disposition contient une formule potestative, laissant ouverte la possibilité pour le DSE d'évoquer un dossier à l'instar du pouvoir conféré au Conseil d'État par la LECO à propos d'affaires traitées par un département. Il ne ressort cependant pas des pièces du dossier que le DSE ait décidé, avant la décision de l'OCPM du 16 octobre 2014, de reprendre le traitement de la cause. Dès lors que cette dernière autorité a statué et qu'elle était compétente à le faire en vertu de l'art. 2 al. 1 LaLEtr, elle n'est plus en droit, tout au moins sans l'accord de l'administré, de retirer sa décision en faveur d'une autre autorité, même s'il s'agit de son autorité de tutelle, sauf à atteindre gravement à la sécurité du droit et à la bonne foi du justiciable, laquelle est protégée par l'art. 5 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) et est en droit de voir sa cause traitée dans un délai raisonnable et jugée par une autorité judiciaire (art. 29 al. 1 et 29a Cst.).
19. Dans ces circonstances, c'est à tort que le TAPI n'a annulé que partiellement la décision de l'OCPM du 13 janvier 2015 de retirer sa décision du 16 octobre 2014, en admettant ledit retrait, mais en prescrivant que la cause devait être transmise à FedPol. Pour les raisons exposées ci-dessus, le TAPI aurait dû annuler entièrement la décision et entrer en matière sur le fond du recours. Il aurait ainsi dû traiter, sous l'angle des conditions d'une reconsidération au sens de l'art. 48 LPA, les conclusions du requérant se rapportant au renvoi de Suisse, lequel est en force, à l'instar de l'interdiction d'y revenir. Il aurait également dû traiter, mais avec un plein pouvoir de cognition, les conclusions se rapportant à la décision de l'OCPM d'exécuter sans délai le renvoi du requérant, alors que celui-ci est encore sous le coup d'une mesure pénale au sens de l'art. 59 CP, de même qu'à son refus d'entrer en matière sur tout aménagement provisoire du statut du requérant en Suisse.

20. Le recours sera partiellement admis. Le jugement du TAPI du 2 juin 2015 sera annulé ainsi que la décision de l'OCPM du 13 janvier 2015 par substitution de motifs. La cause sera retournée au TAPI pour traitement du recours du requérant du 19 novembre 2014 au sens des considérants.
21. Aucun émolument ne sera prélevé (art. 87 al. 1 LPA). En revanche, vu l'issue du litige, une indemnité de procédure de CHF 1'000.- sera allouée à Monsieur A_____ qui y a conclu (art. 87 al. 2 LPA).

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 3 juillet 2015 par l'office cantonal de la population et des migrations contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 2 juin 2015 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

annule le jugement du Tribunal administratif de première instance du 2 juin 2015 ;

annule la décision de l'office cantonal de la population et des migrations du 13 janvier 2015 ;

retourne la cause au Tribunal administratif de première instance pour traitement du recours du 19 novembre 2014 de Monsieur A_____ au sens des considérants ;

dit qu'il n'est pas prélevé d'émolument ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 1'000.- à Monsieur A_____ qui sera mise à la charge de l'État de Genève ;

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 ;

communiqué le présent arrêt à l'office cantonal de la population et des migrations, à Me Philippe Girod, avocat de Monsieur A_____, au Tribunal administratif de première instance, ainsi qu'au secrétariat d'État aux migrations.

Siégeants : Mme Junod, présidente, MM. Dumartheray et Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

la présidente siégeant :

Ch. Junod

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.