

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/635/2018-PE

ATA/1167/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 1^{er} novembre 2018

sur mesures provisionnelles

dans la cause

Monsieur A_____, agissant pour son compte et pour le compte de ses enfants mineurs **B_____** et **C_____**,
représentés par le Centre de Contact Suisse-Immigrés, mandataire

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
12 juillet 2018 (JTAPI/671/2018)**

Attendu, en fait, que :

1. Monsieur A_____, né en _____ 1976, est ressortissant de la République de Macédoine.

Il est le père, d'une part de B_____, née en 2002, et d'C_____, né en 2006, de sa relation avec Madame D_____ et, d'autre part, d'E_____, né à Genève en 2015, suite au mariage de l'intéressé avec Madame F_____, son épouse actuelle.

De plus, selon la base de données de l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM), Mme F_____ et M. A_____ sont les parents de G_____, petit garçon né le _____2017.

Les trois enfants sont macédoniens.

2. Le 17 octobre 2003, M. A_____ a épousé Madame H_____, ressortissante portugaise titulaire d'un permis d'établissement à Genève.

Le 8 mars 2005, l'intéressé a été mis au bénéfice d'un permis de séjour à Genève, dans le cadre du regroupement familial avec son épouse, puis d'un permis d'établissement le 10 mars 2010.

Le 7 janvier 2011, Mme H_____ et M. A_____ ont divorcé.

3. Le 21 novembre 2013, M. A_____ a saisi l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) d'une demande visant à ce que ses enfants B_____ et C_____, arrivés en Suisse le 2 novembre 2013, soient mis au bénéfice d'un permis de séjour fondé sur le regroupement familial.

4. Le 9 janvier 2014, M. A_____ a épousé en Macédoine Mme F_____, laquelle a été mise au bénéfice d'un permis de séjour, en date du 15 juillet 2015, dans le cadre d'un regroupement familial.

5. Le 28 octobre 2015, après avoir donné à l'intéressé l'occasion de se déterminer, l'OCPM a refusé la demande de regroupement familial concernant B_____ et C_____.

6. Le 23 juin 2016, le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) a rejeté le recours formé par M. A_____ et ses enfants B_____ et C_____, le 24 novembre 2015, contre la décision précitée. Ce jugement a été confirmé par un arrêt de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), elle aussi saisie, du 2 mai 2017 (ATA/495/2017) puis par le Tribunal fédéral le 12 octobre 2017 (arrêt du Tribunal fédéral 2C_528/2017).

7. Par décision du 23 janvier 2018, l'OCPM, saisi d'une demande de reconsidération déposée par M. A_____ le 30 novembre 2017, a :

- refusé d'entrer en matière sur cette demande de reconsidération ;
- refusé de préavis favorablement une demande d'octroi d'autorisation de séjour pour cas individuels d'extrême gravité ;
- prononcé le renvoi des enfants en leur ordonnant de se présenter sans délai pour en organiser les modalités ;
- déclarer ses décisions exécutoires nonobstant recours.

8. Le 22 février 2018, le TAPI a été saisi d'un recours de M. A_____ contre la décision précitée, laquelle devait être annulée. Une autorisation d'établissement, subsidiairement une autorisation de séjour, devait être délivrée à B_____ et à C_____.

L'effet suspensif lié au recours devait être restitué.

9. Le TAPI, après avoir rejeté la demande de restitution de l'effet suspensif le 7 mars 2018, a rejeté le recours, dans la mesure où il était recevable, le 12 juillet 2018 (JTAPI/671/2018). Il n'y avait pas de motif de reconsidération de la décision initiale. Les enfants concernés ne se trouvaient pas dans une situation individuelle d'extrême gravité. Dans ces conditions, le renvoi devait être prononcé et exécuté.

10. Le 5 septembre 2018, M. A_____ a saisi la chambre administrative d'un recours contre le jugement précité, concluant préalablement à ce que le l'effet suspensif lié au recours soit restitué et, au fond, à ce que des autorisations d'établissement, voire de séjour, soit accordé à B_____ et C_____.

Il n'était pas compréhensible de refuser une autorisation de séjour pour cas de rigueur aux enfants alors que toutes les conditions prévues dans le cadre du projet « Papyrus » étaient remplies.

11. Le 2 octobre 2018, l'OCPM a conclu tant au rejet de la demande de restitution de l'effet suspensif que, au fond, à celui de la demande de reconsidération. Les enfants ne se trouvaient pas au surplus dans une situation d'extrême gravité.

12. Exerçant son droit à la réplique le 17 octobre 2018, M. A_____ a maintenu ses conclusions et leurs motivations.

13. Sur quoi, la cause a été gardée à juger sur la question de l'effet suspensif.

Considérant, en droit, que :

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est, prima facie, recevable dans son principe (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

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

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

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

Les décisions sur effet suspensif et mesures provisionnelles sont prises par le président, respectivement par le vice-président, ou en cas d'empêchement de ceux-ci, par un juge (art. 21 al. 2 LPA; art. 9 al. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 26 septembre 2017).

4. Selon la jurisprudence constante de la chambre administrative, des mesures provisionnelles - au nombre desquelles compte la restitution de l'effet suspensif (Philippe WEISSENBERGER/Astrid HIRZEL, *Der Suspensiveffekt und andere vorsorgliche Massnahmen*, in Isabelle HÄNER/Bernhard WALDMANN [éd.], *Brennpunkte im Verwaltungsprozess*, 2013, 61-85, p. 63) - 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/566/2012 du 21 août 2012 consid. 4 ; 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).

5. 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 = RDAF 2002 I 405).

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).

6.a. Lorsque l'effet suspensif a été retiré ou n'est pas prévu par la loi, l'autorité de recours doit examiner si les raisons pour exécuter immédiatement la décision entreprise sont plus importantes que celles justifiant le report de son exécution. Elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation qui varie selon la nature de l'affaire. La restitution de l'effet suspensif est subordonnée à l'existence de justes motifs, qui résident dans un intérêt public ou privé prépondérant à l'absence d'exécution immédiate de la décision ou de la norme (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 5.5.1).

b. 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).

7.a. Selon la jurisprudence et la doctrine, 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 d'être mis au bénéfice d'un régime juridique dont il n'a jamais bénéficié (ATF 127 II 132 ; 126 V 407 ; 116 Ib 344 ; ATA/354/2014 du 14 mai 2014 consid. 4 ; ATA/87/2013 du 18 février 2013 ; Ulrich HÄFELIN/ Georg MÜLLER/Felix UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6ème éd., 2010, n. 1800 ; Pierre MOOR/Étienne POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3ème éd., 2010, n. 5. 8. 3. 3 p. 814).

b. Lorsqu'une décision à contenu négatif est portée devant la chambre administrative et que le destinataire de la décision sollicite la restitution de l'effet suspensif, il y a lieu de distinguer entre la situation de celui qui, lorsque la décision intervient, disposait d'un statut légal qui lui était retiré de celui qui ne disposait d'aucun droit. Dans le premier cas, la chambre administrative pourra entrer en matière sur une requête en restitution de l'effet suspensif, aux conditions de l'art. 66 al. 3 LPA, l'acceptation de celle-ci induisant, jusqu'à droit jugé, le maintien des conditions antérieures. Elle ne pourra pas en faire de même dans le deuxième cas, vu le caractère à contenu négatif de la décision administrative contestée. Dans cette dernière hypothèse, seul l'octroi de mesures provisionnelles, aux conditions cependant restrictives de l'art. 21 LPA, est envisageable (ATA/70/2014 du 5 février 2014 consid. 4b ; ATA/603/2011 du 23 septembre 2011 consid. 2 ; ATA/280/2009 du 11 juin 2009 et ATA/278/2009 du 4 juin 2009).

8. Dans sa pratique liée à la restitution de l'effet suspensif, le Tribunal fédéral considère que l'intérêt de l'étranger à ne pas quitter la Suisse avant l'issue de la procédure pendante devant lui est, par nature, importante et l'emporte, sous réserve de circonstances exceptionnelles, sur l'intérêt public à son éloignement immédiat (ordonnance du 15 juillet 2015 dans la cause 2C_607/2015 ; Claude-Emmanuel DUBEY, La procédure de recours devant le Tribunal fédéral, in François BELLANGER/Thierry TANQUEREL [éd.], Le contentieux administratif, 2013, 137-178, p. 166).

9. En l'espèce, il ressort du dossier que les deux enfants concernés, arrivés en Suisse à l'âge de respectivement sept et onze ans, y résident, de fait, depuis cinq ans, soit le nombre d'années requis pour qu'une famille avec enfants dans la clandestinité puisse éventuellement bénéficier d'une régularisation de leur situation, si les autres conditions exigées sont remplies. Ils étaient scolarisés à Genève pendant l'année scolaire 2017-2018 et le sont probablement encore.

Au vu des éléments qui précèdent, il se justifie, par l'octroi de mesures provisionnelles, de surseoir à l'exécution du renvoi des intéressés ; un retour dans leur pays d'origine en milieu d'année scolaire compliquerait, à première vue, une issue éventuellement positive du recours, alors que le fait d'attendre le prononcé de l'arrêt à rendre en Suisse, où ils disposent d'un logement et ne dépendent pas de l'aide sociale, n'atteint pas excessivement les intérêts publics.

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

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

admet la demande de mesures provisionnelles déposée par Monsieur A_____ pour ses enfants B_____ et C_____ ;

suspend l'exécution du renvoi des enfants B_____ et C_____ jusqu'à droit jugé au fond ;

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 possession du recourant invoquées comme moyens de preuve, doivent être jointes à l'envoi ;

communique la présente décision au centre de contact suisse-immigrés, mandataire des recourants, à l'office cantonal de la population et des migrations, au Tribunal administratif de première instance, ainsi qu'au secrétariat d'État aux migrations.

La vice-présidente :

F. Krauskopf

Copie conforme de cette décision 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.

- **Décisions préjudicielles et incidentes (art. 92 et 93 LTF)**

Art. 92 Décisions préjudicielles et incidentes concernant la compétence et les demandes de récusation

¹ Les décisions préjudicielles et incidentes qui sont notifiées séparément et qui portent sur la compétence ou sur une demande de récusation peuvent faire l'objet d'un recours.

² Ces décisions ne peuvent plus être attaquées ultérieurement.

Art. 93 Autres décisions préjudicielles et incidentes

¹ Les autres décisions préjudicielles et incidentes notifiées séparément peuvent faire l'objet d'un recours :

a. si elles peuvent causer un préjudice irréparable, ou

b. si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse.

...

Art. 98 Motifs de recours limités

Dans le cas des recours formés contre des décisions portant sur des mesures provisionnelles, seule peut être invoquée la violation des droits constitutionnels.