

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/795/2020-PE

ATA/598/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 16 juin 2020

2^{ème} Section

dans la cause

Mme A_____ et ses enfants mineurs B_____ A_____ et C_____ A_____
représentés par Me Michel Celi Vegas, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

**Recours contre la décision sur effet suspensif et mesures provisionnelles du
Tribunal administratif de première instance du 26 mars 2020 (DITAI/151/2020)**

EN FAIT

- 1) Par décision du 15 juin 2018, l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) a rejeté une demande formée par M. D_____, né le _____ 1977, ressortissant brésilien, de lui octroyer, ainsi qu'à sa femme, Mme A_____, née le _____ 1978, ressortissante brésilienne, et à leurs deux enfants, B_____ A_____, née le _____ 2002, et C_____ A_____, né le _____ 2014, tous deux ressortissants brésiliens, une autorisation de séjour pour motifs de cas de rigueur et de soumettre leur dossier avec un préavis positif au secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM). La même décision ordonnait le renvoi de Suisse de M. D_____, de sa femme et de leurs enfants, et leur impartissait un délai au 15 septembre 2018 pour quitter la Suisse.

Cette décision n'a pas fait l'objet de recours et est entrée en force.

- 2) Le 27 mars 2019, Mme A_____ a demandé à l'OCPM la régularisation de sa situation et de celle de ses enfants, soit l'octroi d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur ou une autorisation exceptionnelle dans le cadre du Projet « Papyrus ».

M. D_____, actuellement détenu après avoir été condamné pour actes d'ordre sexuel avec un enfant, contrainte sexuelle, pornographie, séjour illégal et travail sans autorisation, et expulsé pénalement de Suisse pour une durée de cinq ans, n'était pas compris dans cette demande de régularisation.

- 3) Le 7 août 2019, l'OCPM a informé Mme A_____ de son intention de pas entrer en matière sur ce qui était une demande de reconsidération de sa décision du 15 juin 2018, et de confirmer cette décision, devenue définitive et exécutoire. Mme A_____ n'apportait aucun fait nouveau et important et sa situation familiale ne s'était pas modifiée.

- 4) Le 13 septembre 2019, Mme A_____ a maintenu sa requête, et conclu à ce que l'effet suspensif soit restitué à sa demande du 27 mars 2019, qui devait être traitée comme une nouvelle demande.

- 5) Le 20 janvier 2020, l'OCPM a refusé d'entrer en matière sur la demande de reconsidération de sa décision du 15 juin 2018. Mme A_____, ses enfants et son époux étaient tenus de quitter la Suisse conformément à la décision du 15 juin 2018. Un nouveau délai leur était imparti à cet effet, au 13 février 2020. Leur nouvelle requête devait être considérée comme une demande de reconsidération de la décision du 15 juin 2018. Le fait que M. D_____ était incarcéré et que C_____ était scolarisé ne constituaient pas des faits nouveaux et importants.

- 6) Le 2 mars 2020, Mme A_____ et ses enfants ont recouru au Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) contre la décision de l'OCPM du 20 janvier 2020, et conclu à son annulation ainsi qu'à l'octroi des autorisations de séjour sollicitées.

Préalablement, Mme A_____ et ses enfants ont conclu à l'octroi de mesures provisionnelles, sous forme de restitution de l'effet suspensif.

- 7) Le 11 mars 2020, l'OCPM s'est opposé à la restitution de l'effet suspensif. Si la décision d'expulsion du 15 juin 2018 n'avait pu être exécutée, c'est que Mme A_____ et ses enfants avaient disparu. Un nouveau délai de départ pouvait leur être imparti à Pâques 2020. Si les mesures provisionnelles étaient octroyées, Mme A_____ et ses enfants obtiendraient leurs conclusions sur le fond.

- 8) Le 23 mars 2020, Mme A_____ et ses enfants ont maintenu leurs conclusions, et invoqué l'urgence sanitaire mondiale pour rester en Suisse jusqu'à droit jugé sur leur recours.

- 9) Par jugement du 26 mars 2020 sur effet suspensif et mesures provisionnelles, le TAPI a rejeté la demande d'effet suspensif et de mesures provisionnelles de Mme A_____ et de ses enfants.

Aucun élément au dossier ne démontrait l'urgence d'octroyer à Mme A_____ et à ses enfants l'autorisation de séjourner en Suisse durant la procédure. Il appartenait à Mme A_____ et à ses enfants, qui connaissaient l'existence de la mesure d'expulsion exécutoire de juin 2018, de prendre leurs dispositions pour quitter la Suisse.

- 10) Le 3 avril 2020, Mme A_____ et ses enfants ont recouru contre la décision sur effet suspensif et mesures provisionnelles du TAPI du 26 mars 2020, et conclu à son annulation, et à l'octroi de « mesures provisionnelles (restitution de l'effet suspensif) [...] afin qu'ils puissent rester sur le territoire suisse jusqu'à décision sur le fond de leur demande d'autorisation de séjour ».

Préalablement, les recourants ont demandé à être entendus.

Mme A_____ avait décidé de divorcer de son époux, détenu. Ses enfants étaient scolarisés et bien intégrés.

L'effet suspensif avait déjà été restitué dans le cadre de décisions de renvoi. Il en avait été de même lorsque des enfants étaient au milieu d'une année scolaire.

Les recourants n'avaient pas de dettes et n'avaient jamais émargé à l'aide sociale. Les enfants vivaient en Suisse depuis des années, le cadet y était né, et ils disposaient d'un intérêt privé manifestement prépondérant à continuer leur

scolarité en Suisse. La pandémie empêchait en outre l'exécution d'un renvoi à Pâques.

- 11) Le 14 avril 2020, l'OCPM s'est opposé au recours.

Les demande de reconsidération n'entraînaient ni interruption ni effet suspensif des décisions de refus d'autorisation et de renvoi.

Les recourants ne disposaient d'aucun statut légal, de sorte qu'il n'y avait pas lieu d'entrer en matière sur leur demande de restitution d'effet suspensif à une décision négative.

Par l'octroi de mesures provisionnelles, les recourants obtiendraient le plein de leurs conclusions sur le fond, ce que le législateur n'avait pas voulu.

- 12) Le 4 mai 2020, les recourants ont persisté dans leurs conclusions.

Le Brésil avait mis en œuvre des restrictions d'entrée sur son territoire en raison de la pandémie. Le départ des recourants n'était pas envisageable, car leur sécurité au Brésil n'était pas garantie.

Il sera revenu en tant que de besoin sur l'argumentation des recourants dans la partie en droit.

- 13) Le 5 juin 2020, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

- 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ces points de vue (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) L'objet du litige est la décision de la présidente du TAPI rejetant une demande d'effet suspensif et de mesures provisionnelles dans le cadre d'un recours dirigé contre une décision de l'OCPM de refus d'entrée en matière sur une demande de reconsidération d'un refus d'octroyer une autorisation de séjour pour motif de cas de rigueur à Mme A_____ et ses enfants mineurs.

Dans leurs conclusions, les recourants demandent qu'il leur soit octroyé « des mesures provisionnelles (restitution d'effet suspensif) [...] afin qu'ils puissent rester sur le territoire suisse jusqu'à décision sur le fond de leur demande d'autorisation de séjour ».

Les conclusions sur mesures provisionnelles et au fond se confondant, elles seront traitées ensemble dans le présent arrêt.

3) Les recourants requièrent préalablement la comparution personnelle de Mme A_____ et de sa fille B_____ A_____.

a. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit de faire valoir ses arguments et moyens de preuve avant qu'une décision le concernant soit prise (ATF 138 I 154 consid. 2.3.3 ; 138 V 125 consid. 2.1 ; 137 II 266 consid. 3.2). Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de procéder à l'administration des preuves requises, lorsque, par une appréciation anticipée des preuves, il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion (ATF 136 I 229 consid. 5.2 ; 134 I 140 consid. 5.3). Le droit d'être entendu ne comprend pas le droit d'être entendu oralement (arrêt du Tribunal fédéral 1C_551/2015 du 22 mars 2016 consid. 2.2 ; aussi art. 41 2^{ème} phr. LPA).

b. En l'espèce, les recourants ont pu faire valoir leurs arguments et produire leurs pièces devant le TAPI et devant la chambre de céans. La procédure est ainsi complète et en état d'être jugée, étant observé par ailleurs que la procédure sur mesures provisionnelles, destinée à régler rapidement une situation dans l'attente du jugement au fond, est difficilement compatible avec une instruction allant au-delà de l'échange d'écritures.

Il ne sera ainsi pas fait droit à la demande de comparution personnelle des recourants.

4) Selon l'art. 57 let. c LPA, sont seules susceptibles de recours les décisions incidentes qui peuvent causer un préjudice irréparable ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse.

a. En l'espèce, l'admission du recours ne mettrait pas fin au litige, le TAPI devant encore instruire et trancher le fond du litige.

b. Le préjudice irréparable suppose que le recourant ait un intérêt digne de protection à ce que la décision attaquée soit immédiatement annulée ou modifiée, comme un intérêt économique ou un intérêt tiré du principe de l'économie de la procédure (ATF 127 II 132 consid. 2a ; 126 V 244 consid. 2c ; 125 II 613 consid. 2a ; ATA/136/2010 du 2 mars 2010).

S'il n'est pas contesté que le fait de devoir quitter la Suisse comporterait pour les recourants des inconvénients, la question du caractère irréparable du préjudice peut demeurer ouverte vu les motifs exposés ci-après.

- 5) Selon l'art. 48 al. 2 LPA, le dépôt d'une demande de reconsidération d'une décision prise par l'autorité administrative n'entraîne ni interruption de délai ni effet suspensif.

En l'espèce, les recourants font l'objet d'une décision du 15 juin 2018 de refus d'octroi d'autorisation de séjour pour motif de cas de rigueur assortie d'un renvoi de Suisse, laquelle est définitive et exécutoire. Partant, ils ne disposent plus d'aucun titre de séjour. La décision de l'OCPM refusant d'entrer en matière sur la demande de reconsidération formée le 27 mars 2019 ne met donc pas un terme à un droit existant. La présente situation se distingue ainsi de celle d'une personne qui a perdu un statut existant.

Par conséquent, l'éventuel octroi ou « restitution » de l'effet suspensif serait dénué de portée, dès lors qu'il emporterait le maintien de la situation existante avant le prononcé de la décision querellée, à savoir l'absence d'autorisation de séjour.

Comme l'ont justement relevé le TAPI et l'OCPM les recourants semblent considérer, à tort, que la restitution de l'effet suspensif leur permettrait de séjourner en Suisse.

Seul entre ainsi en considération le prononcé de mesures provisionnelles.

- 6) a. Le titre IV de la LPA, concernant la procédure de recours en général, ne contient aucune disposition expresse en matière de mesures provisionnelles. À teneur de l'art. 21 al. 1 LPA, l'autorité peut d'office ou sur requête, ordonner des mesures provisionnelles, en exigeant au besoin des sûretés. Celles-ci sont de la compétence du président, s'il s'agit d'une autorité collégiale ou d'une juridiction administrative (al. 2).

Les mesures provisionnelles à disposition de l'autorité administrative ont pour objet de régler transitoirement la situation en cause, jusqu'à ce que soit prise la décision finale. Selon la jurisprudence, elles ne sont cependant légitimes que si elles s'avèrent nécessaires au maintien de l'état de fait ou à la sauvegarde des intérêts compromis. En revanche, de telles mesures ne sauraient, en principe tout au moins, anticiper sur le jugement définitif, ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond, ni non plus aboutir à rendre d'emblée illusoire le procès au fond (ATF 109 V 506 ; ATA/326/2011 du 19 mai 2011 ; ATA/213/2009 du 29 avril 2009 et les références citées ; I. HAENER, « Vorsorglichen Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess » in Les mesures provisoires en procédure civile, administrative et pénale, 1987, p. 26).

b. En l'espèce, faire droit à la requête des recourants reviendrait, selon le souhait exprimé dans leurs conclusions sur mesures provisoires, à leur permettre de séjourner en Suisse en tout cas jusqu'à droit jugé sur le litige, l'octroi d'une

autorisation de séjour étant par ailleurs l'objet de leurs conclusions sur le fond devant le TAPI, non encore jugées.

Or, la présence des recourants à Genève n'est pas nécessaire pour maintenir l'état de fait, la procédure étant écrite, les pièces utiles figurant au dossier et un conseil les représentant devant les autorités et les juridictions compétentes. L'intérêt personnel des recourants à demeurer à Genève est certes compréhensible, mais doit céder le pas à l'intérêt public à assurer le respect des décisions en force – en l'occurrence celle du 15 juin 2018 – et à battre en brèche la politique du fait accompli.

- 7) Les recourants se plaignent de la pesée d'intérêts opérée par le TAPI et invoquent un précédent (ATA/545/2018 du 4 juin 2018) à l'appui de leur intérêt prépondérant à demeurer en Suisse.

Il s'agit toutefois d'un cas différent, où un père exerçait le droit au regroupement familial, recourait contre le jugement au fond du TAPI confirmant le rejet de sa demande de permis, et demandait des mesures provisionnelles, qui lui ont été accordées. Par comparaison, en l'espèce, c'est la décision du TAPI sur mesures provisionnelles qui fait l'objet d'un recours, et sur le fond – octroi d'une autorisation de séjour pour motif de cas de rigueur – les recourants ne peuvent se prévaloir d'un droit.

Les recourants se prévalent encore d'un autre précédent (ATA/488/2019 du 25 avril 2019).

Il s'agit là encore d'un cas différent, soit d'un recours contre la décision du TAPI rejetant la requête de mesures provisionnelles, dans le cadre d'un recours contre une décision de l'OCPM refusant de reconsidérer un refus d'octroi de permis de séjour et d'établissement – soit dans ce deuxième cas l'exercice d'un droit. Avaient également été pris en compte l'interruption de l'année scolaire pour l'enfant, et le risque d'être séparé de son père, et enfin, le fait que le recours n'apparaissait pas manifestement dénué de chances de succès.

Ces éléments en sont pas réunis en l'espèce, car les recourants ont déjà fait l'objet d'une décision de renvoi aujourd'hui définitive, ils ne peuvent faire valoir de droit, l'année scolaire s'achève, et le père, actuellement détenu, devra également quitter la Suisse à sa libération.

- 8) Les recourant se plaignent que le TAPI n'a pas tenu compte de faits nouveaux.

La situation maritale de Mme A_____ n'est pas nouvelle, étant observé que celle-ci a seulement indiqué qu'elle envisageait de divorcer, sans alléguer ni documenter qu'elle aurait entrepris une procédure. Quant à ses enfants B_____ et

C_____ A_____, leur scolarisation ou la poursuite de leur formation ne constituent pas un fait nouveau.

- 9) Les recourants invoquent encore l'urgence sanitaire mondiale due à la pandémie de Covid-19, qui s'opposerait à leur retour au Brésil.

C'est le lieu d'observer que les mesures de confinement et de restriction des déplacements ont été levées en Suisse, et ne s'opposent en tout cas pas au départ des recourants vers le Brésil. La situation sanitaire apparaît certes plus délicate au Brésil, mais elle n'est pas d'une gravité qui constituerait un obstacle au retour au pays des recourants. Les recourants ne soutiennent d'ailleurs pas que le Brésil refuserait l'entrée de son territoire à ses propres ressortissants. Les modalités de l'exécution du renvoi de Suisse des recourants sont cela dit du ressort de l'OCPM.

Au vu de ces éléments, le recours devra être rejeté et la décision querellée confirmée. Il appartiendra au TAPI de poursuivre l'instruction sur le fond.

- 10) Aucun émolument ne sera perçu malgré l'issue du litige, les recourants plaidant au bénéfice de l'assistance juridique (art. 87 al. 1 LPA et 13 al. 1 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 - RFPA - E 5 10.03). Au vu de ladite issue, aucune indemnité de procédure ne leur sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette, en tant qu'il est recevable, le recours interjeté le 3 avril 2020 par Mme A_____ et ses enfants B_____ et C_____ A_____ contre la décision sur effet suspensif et mesures provisionnelles du Tribunal administratif de première instance du 26 mars 2020 ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument, ni alloué d'indemnité de procédure ;

dit que les éventuelles voies de recours contre le présent arrêt, les délais et conditions de recevabilité qui leur sont applicables, figurent dans la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), dont un extrait est reproduit ci-après. Le mémoire de recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communiqué le présent arrêt à Me Michel Celi Vegas, avocat de la recourante, à l'office cantonal de la population et des migrations, au Tribunal administratif de première instance, ainsi qu'au secrétariat d'État aux migrations.

Siégeant : M. Mascotto, président, M. Verniory, Mme Lauber, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

F. Cichocki

le président siégeant :

C. Mascotto

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 :

- contre les décisions rendues dans des causes de droit public ;

...

Art. 83 Exceptions

Le recours est irrecevable contre :

- ...
- les décisions en matière de droit des étrangers qui concernent :
 - l'entrée en Suisse,
 - une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit,
 - l'admission provisoire,
 - l'expulsion fondée sur l'art. 121, al. 2, de la Constitution ou le renvoi,
 - les dérogations aux conditions d'admission,
 - 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 ;
 - les décisions en matière d'asile qui ont été rendues :
 - par le Tribunal administratif fédéral,
 - 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 pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire ;
 - est particulièrement atteint par la décision ou l'acte normatif attaqué, et
 - a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification.
- ...

Art. 95 Droit suisse

Le recours peut être formé pour violation :

- du droit fédéral ;
- du droit international ;
- de droits constitutionnels cantonaux ;
- de dispositions cantonales sur le droit de vote des citoyens ainsi que sur les élections et votations populaires ;
- 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 pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire et
- 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.