

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/5328/2007-PE

ATA/278/2009

DÉCISION

du

VICE-PRÉSIDENT DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 4 juin 2009

sur restitution de l'effet suspensif

dans la cause

Madame A_____

et les enfants mineurs

G_____

M_____

représentés par Me Alain Droz, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION

et

**COMMISSION CANTONALE DE RECOURS EN MATIÈRE
ADMINISTRATIVE**

Vu le recours interjeté le 12 février 2007 par Madame A_____ et ses deux enfants G_____ et M_____ contre une décision de la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : CCRA) du 10 mars 2009 notifiée le 25 mars 2009 ;

vu la requête en restitution de l'effet suspensif ;

attendu en fait, que :

1. Mme A_____, née le _____ 1982, est ressortissante d'Equateur.
2. Elle est arrivée en Suisse en avril 1998, résidant à Genève sans autorisation de séjour.
3. Interpellée en situation irrégulière peu après son arrivée, elle n'a pas respecté un délai de départ au 31 août 1998 qui lui avait été imparti par la gendarmerie.
4. Elle est restée en Suisse et, depuis lors a donné naissance à deux enfants :
 - G_____, né le _____ 2000, fils de S_____, ressortissant colombien, résidant actuellement à l'étranger, à la suite du rejet de sa demande d'asile ;
 - M_____, né le _____ 2004, fils de R_____, ressortissant suisse, résidant à Genève.
5. La recourante a été mise au bénéfice d'une autorisation de séjour pour études du 31 octobre 2002 au 30 juin 2004. Cette autorisation n'a pas été renouvelée après que l'office cantonal de la population (ci-après : l'OCP) ait été avisé de ce qu'elle avait cessé ces dernières.
6. Restée à Genève, Mme A_____ a sollicité de l'OCP, le 7 mars 2006, l'octroi d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur en application de l'article 13 let. f de l'ordonnance limitant le nombre d'étrangers du 6 octobre 1986 (OLE - RS 823.21) en sa faveur et celle de ses enfants.
7. Le 9 janvier 2007, l'OCP a refusé d'octroyer un tel permis tant pour la recourante que pour ses deux fils et les a invités à quitter le territoire d'ici le 10 avril 2007.

Dans son dispositif, la décision de l'OCP prévoyait que le recours avait un effet suspensif.

8. Le 12 février 2008, Mme A_____ a interjeté recours contre cette décision auprès de la commission cantonale de recours de police des étrangers, remplacée depuis le 1^{er} janvier 2009 par la CCRA.

9. Le 10 mars 2009, la CCRA a rejeté le recours formé par Mme A_____ et ses enfants contre la décision de l'OCP du 9 janvier 2007.

Les conditions de l'art. 13 let. f OLE n'étaient pas réalisées. En revanche, il conviendrait que l'OCP accorde à l'intéressée et à ses enfants un délai de départ plus long qu'habituellement, jusqu'à la fin du mois de juillet 2009, afin qu'elle puisse préparer leur départ dans les meilleures conditions possibles et notamment que son fils G_____ puisse s'habituer à ce départ.

10. Par acte posté le 24 avril 2009, Mme A_____ et ses deux enfants ont interjeté recours auprès du Tribunal administratif contre la décision de la CCRA du 10 mars 2009, considérant que les conditions de l'article 13 OLE étaient réalisées.

Les recourants concluent à la restitution de l'effet suspensif à leur recours.

11. En date du 14 mai 2009, la CCRA a transmis son dossier.

Dans celui-ci figure une lettre de l'OCP, service des étrangers, du 7 avril 2009 notifiée par courrier recommandé au conseil de la recourante.

La décision du 10 mars 2009 de la CCRA étant en force, cette administration impartissait un délai au 8 juillet 2009 à Mme A_____ et à ses enfants pour quitter la Suisse. Elle devait se présenter au service d'aide au départ pour régler les modalités de son départ. Son attention était attirée sur le fait qu'en cas de non-observation du délai précité, les services compétents procéderaient à son refoulement. L'OCP demandait à l'Office des Migrations (ci-après : ODM) d'étendre les effets de cette décision à l'ensemble du territoire de la Confédération.

12. Le 20 mai 2009, l'OCP s'est opposé à la demande de restitution de l'effet suspensif et a transmis son dossier

Un effet suspensif ne pouvait être accordé à une décision négative écartant une demande. Seules des mesures provisionnelles pourraient être ordonnées mais en l'occurrence les conditions légales n'étaient pas réalisées dans la mesure où cela conduirait à permettre aux recourants d'obtenir déjà à titre provisoire ce qu'ils recherchent à faire admettre au fond.

Considérant, en droit, que :

1. Interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, le recours est, *prima facie*, recevable.
2. Le 1^{er} janvier 2008, est entrée en vigueur la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - 142.20) et sa réglementation d'exécution. Cette législation remplaçait la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931 (LSEE) et sa réglementation d'exécution. Selon les dispositions transitoires de la LEtr, les demandes déposées avant l'entrée en vigueur de la loi restent régies par l'ancien droit, seule la procédure étant soumise au nouveau droit (art. 126 al. 1 et 2 LEtr).

En l'espèce, la demande d'autorisation de séjour ayant été formée avant le 1^{er} janvier 2008, elle reste sur le fond soumise aux conditions de la LSEE mais, s'agissant de la procédure à respecter et de la compétence des autorités administratives devant prendre des décisions elle doit suivre les règles de la LEtr.

3. a. Le courrier de l'OCP du 9 janvier 2007 comportait une double décision. Par la première était réglée, négativement, la question de l'octroi d'une autorisation de séjour fondée sur l'art. 13 let. e OLE. Par une deuxième, était fixé un délai de départ pour quitter la Suisse en application de l'art. 12 al. 3 LSEE.
- b. A teneur de cette dernière disposition légale, l'étranger est tenu de partir lorsqu'une autorisation lui est refusée. L'autorité lui impartit un délai de départ. S'il s'agit d'une autorité cantonale, l'étranger doit quitter le territoire du canton ; si c'est une autorité fédérale, il doit quitter le territoire suisse. L'autorité fédérale peut transformer l'ordre de quitter un canton en un ordre de quitter la Suisse.

En l'espèce, la recourante et ses deux enfants avaient, selon la décision attaquée, un délai au 10 avril 2007 pour quitter, non pas le territoire Suisse comme indiqué dans la décision du 9 janvier 2007, mais le territoire genevois, puisque la décision émanait de l'OCP, soit de l'autorité cantonale au sens de l'art. 12 al. 3 LSEE. De fait, le recours qu'elle a interjeté a, dans un premier temps, suspendu ce délai puis, à l'échéance de celui-ci, fait perdre tout intérêt à celui-ci sur ce point, la seule question soumise à la cognition de la juridiction de recours restant celle relative à l'autorisation de séjour requise par la famille.

4. a. Les décisions de l'office cantonal de la population prise en matière de police des étrangers sont susceptibles de recours auprès de la CCRA (art. 3 al. 1 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10), puis de recours auprès du Tribunal administratif (art. 3 al. 3 LaLEtr).
- b. Dans ce dernier cas, le recours n'a pas d'effet suspensif, l'article 66 alinéa 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985(LPA E 5) étant toutefois réservé.

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

d. Un effet suspensif ne peut être restitué lorsque le recours est dirigé contre une décision négative, soit contre une décision qui porte refus d'une prestation. En effet, 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 à la personne qui recourt d'être mise au bénéfice d'un régime juridique dont elle n'a jamais bénéficié. (ATF 126 V 407 ;116 Ib344 ; Pierre MOOR, Droit administratif, Berne 2002,n°5. 7. 3. 3 p. 670).

Dans le cas d'espèce, le recours porte exclusivement sur la décision refusant l'octroi d'une autorisation de séjour en application de l'article 13 let. f OLE à une ressortissante équatorienne et à ses enfants qui, n'en bénéficiaient pas lorsqu'ils l'ont requise le 7 mars 2006, bien que résidant depuis plusieurs années en Suisse. Cette décision constituant qu'une décision négative, aucune mesure de restitution d'effet suspensif n'est donc possible.

5. Même si la recourante, bien qu'assistée d'un conseil, n'a pas formulé expressément des conclusions allant dans ce sens, il ressort de ses écritures de recours qu'elle sollicite provisoirement l'autorisation de pouvoir rester en Suisse jusqu'à droit connu sur celui-ci requérant par-là l'ordonnances de mesures provisionnelles au sens de l'art. 21 LPA, soit de mesures ayant pour objet de régler transitoirement la situation en cause, jusqu'à ce que soit prise la décision finale (P. MOOR, op. cit. n°2.2.6.8 p. 267). .

En l'occurrence, même si le volet de la décision du 9 janvier 2007 impartissant un délai de départ, n'est plus d'actualité, une décision de l'OCP intimant un nouveau délai de départ au 8 juillet 2009 figure dans le dossier produit par cette autorité. Cette décision présente certes certaines particularités juridiques. Elle ne se réfère à aucune base légale, ne mentionne pas de voie de droit et indique que l'OCP attend de l'ODM qu'il étende à l'ensemble de la Suisse l'invitation faite à la recourante de quitter le territoire, alors que, selon l'article 5 al. 3 LaLEtr, c'est l'OCP qui est, depuis le 1^{er} janvier 2008, la seule autorité compétente pour intimer un tel délai. Elle révèle cependant une volonté de l'autorité de police des étrangers - position qu'elle a encore confirmé dans ses écritures sur effet suspensif. - de faire quitter la Suisse à la recourante et à ses deux enfants, dont le deuxième est le fils reconnu d'un ressortissant suisse, sans qu'elle puisse attendre l'issue de la procédure de recours. Compte tenu de ce risque

de renvoi, constatant l'absence d'urgence au vu du temps écoulé depuis l'arrivée en Suisse de la mère des enfants et l'absence de menace que cette famille présente pour l'ordre ou la sécurité publique, le tribunal de céans, qui peut, statuer d'office ou sur requête, en matière de mesures provisionnelles (art. 21 al. 1 LPA), suspendra l'effet de toute décision de l'autorité visant à impartir à la recourante et à ses deux enfants un délai de départ du territoire suisse, jusqu'à droit jugé sur le présent recours.

LE VICE-PRÉSIDENT DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

suspend, jusqu'à droit jugé au fond, l'effet de toute décision de l'autorité de police des étrangers impartissant à Madame A_____ et à ses deux enfants G_____ M_____ un délai de départ du territoire suisse ;

rejette, pour le surplus, la demande de restitution d'effet suspensif formée par ces derniers ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

dit que, conformément aux articles 82 et suivants de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), la présente décision peut être portée dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'article 42 LTF. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique la présente décision, en copie, à Alain Droz, avocat de la recourante, à la commission cantonale de recours en matière administrative et à l'office cantonal de la population.

Le vice-président du Tribunal administratif :

Ph. Thélin

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :