

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1246/2009-PE

ATA/408/2009

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 25 août 2009

dans la cause

Monsieur C_____

représenté par Me Christine Sordet, avocate

contre

**COMMISSION CANTONALE DE RECOURS EN MATIÈRE
ADMINISTRATIVE**

et

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION

EN FAIT

1. Monsieur C_____, né en 1974, est ressortissant algérien.
2. Le 12 septembre 2005, il a épousé à Genève une ressortissante helvétique avec laquelle il a eu un enfant, I_____, né en 2003.
3. Par jugement du 1^{er} octobre 2008, le Tribunal de première instance de la République et canton de Genève a prononcé le divorce des époux C_____. Les droits parentaux sur l'enfant I_____ ont été attribués à la mère et un droit de visite a été réservé à M. C_____. Une curatelle d'organisation et de surveillance du droit de visite a été instaurée, M. C_____ ayant menacé son épouse de prendre leur enfant.
4. Le 16 juin 2008, l'office cantonal de la population (ci-après : OCP) a refusé de renouveler le permis de séjour de M. C_____ et a fixé à celui-ci un délai de départ au 15 août 2008, prolongé par la suite au 25 octobre 2008.

Cette décision n'a pas fait l'objet d'un recours.

5. Le 21 octobre 2008, M. C_____ a présenté à l'OCP une demande de reconsidération basée essentiellement sur l'art. 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101), soit le droit au respect de la vie privée et familiale.

Il avait été condamné à deux reprises en 1999 et en 2002 pour avoir contrevenu à l'ordre public lors de son séjour en Suisse, mais son comportement avait totalement changé depuis la naissance de son fils I_____. En 2007, il avait été condamné à six mois de privation de liberté avec sursis pour violences conjugales et il regrettait profondément ses gestes inacceptables qui devaient toutefois être replacés dans le contexte difficile et conflictuel de la séparation d'avec son épouse.

Depuis 2006, il travaillait de manière stable au sein de l'entreprise L_____ S.A., où il était au bénéfice d'un contrat de durée indéterminée. Il donnait entière satisfaction à son employeur.

6. Par décision du 6 février 2009, l'OCP a refusé d'entrer en matière sur la demande de réexamen. Un nouveau délai de départ au 15 mars 2009 était imparti à M. C_____ pour quitter le territoire de la Confédération helvétique conformément à l'art. 66 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20).

Les circonstances ne s'étaient pas modifiées dans une mesure notable depuis la décision du 16 juin 2008. La teneur du jugement de divorce du 1^{er} octobre 2008, - non seulement ne changeait pas la situation de M. C_____ - mais sur certains points le défavorisait, par rapport au précédent jugement du 1^{er} (recte 11) août 2006 sur mesures protectrices de l'union conjugale. Ainsi, le droit de visite sur l'enfant I_____ avait été réduit dans le jugement de divorce. Par ailleurs, compte tenu du risque concret d'enlèvement de l'enfant que représentait M. C_____, le juge du divorce avait restreint l'exercice du droit de visite. Enfin, alors que M. C_____ alléguait que son comportement s'était amélioré depuis ses dernières condamnations, l'OCP relevait une toute dernière interpellation policière en date du 26 décembre 2008, soit à peine quelques semaines après le dépôt de la demande de reconsidération. Enfin, la situation professionnelle de M. C_____ n'était pas aussi stable qu'il l'avançait, l'attestation de son employeur étant formulée en termes généraux et imprécis.

7. Le 6 mars 2009, M. C_____ a recouru auprès de la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : la commission) contre la décision précitée.

Il concluait préalablement à l'octroi de l'effet suspensif au recours et sur le fond, à l'annulation de la décision entreprise.

8. Par décision du 24 mars 2009, la commission a refusé de restituer l'effet suspensif au recours.

Une demande en reconsidération était une voie de droit extraordinaire qui n'entraînait ni interruption de délai ni effet suspensif, conformément à l'art. 48 al.2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

9. M. C_____ a saisi le Tribunal administratif d'un recours contre la décision précitée par acte du 6 avril 2009.

Il conclut préalablement à ce que l'effet suspensif soit accordé au recours et sur le fond, à l'annulation de la décision querellée. Il demande également un délai pour compléter son recours en précisant qu'il a demandé à l'OCP un nouveau délai de départ.

10. Dans le délai imparti par le Tribunal administratif, M. C_____ a complété son recours. Il était hospitalisé aux Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG) depuis le 5 juin 2009 suite à un accident. Il voyait néanmoins régulièrement son fils que son ex-épouse lui amenait à l'hôpital.

11. Dans sa réponse du 21 juillet 2009, l'OCP s'est opposé au recours. La décision du 16 juin 2008 avait acquis force de chose décidée. Il n'y avait plus de place, à moins d'un accord de l'autorité administrative décisionnaire, pour un

réaménagement, par le biais du prononcé de mesures provisionnelles, du régime généré par cette décision. Référence était faite à la jurisprudence du Tribunal administratif.

Au surplus, le recourant avait fait l'objet d'une multitude d'arrestations, de rapports de contravention et de condamnations pour trafic de stupéfiants, faux dans les titres, vagabondage, oppositions aux actes de l'autorité et, après son mariage, violences conjugales, menaces, vol, injures, voies de fait et lésions corporelles simples. A réitérées reprises, il avait menacé son épouse de mort, invoquant notamment un droit de la tuer fondé sur la charia islamique.

Il y avait donc un intérêt public et un intérêt privé prépondérant à ce que les mesures provisionnelles ne soient pas accordées au recours.

EN DROIT

1. Les décisions de la commission peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif (art. 56A al. 1 et 2 de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05). La décision refusant l'effet suspensif étant une décision incidente, le délai de recours est de dix jours (art. 63 al. 1 let. b LPA). En l'espèce, le délai de dix jours venait à échéance le samedi 4 avril 2009 et il a donc été reporté au premier jour utile, soit le lundi 6 avril 2009 (art. 17 al. 3 LPA). Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable.
2.
 - a. L'objet du contentieux est une décision de la commission rejetant une demande de restituer un effet suspensif à un recours contre une décision de l'OCP qui refuse d'entrer en matière sur une demande en reconsidération d'une décision entrée en force en matière de renouvellement d'autorisation de séjour.
 - b. Aux termes de l'art. 48 al. 2 LPA, une demande en reconsidération ne peut entraîner ni interruption de délai, ni effet suspensif. Cette disposition légale s'applique également à la procédure de recours. Ainsi, un recours contre une décision de l'administration refusant de reconsidérer une de ses décisions en force n'a pas d'effet suspensif automatique (art. 66 al. 1 LPA). Cela n'exclut cependant pas que, selon les circonstances, un tel effet puisse être restitué sur la demande d'une partie dont les intérêts sont gravement menacés, lorsqu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (art. 66 al. 2 LPA).
 - c. Selon la jurisprudence et la doctrine, 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. 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 126 V 407 ; 116 Ib 344 ; ATA/84/2009 du 9 avril 2009 ; P. MOOR, Droit administratif, Berne 2002, n° 5. 7. 3. 3 p. 680 ; F. GYGI, L'effet suspensif et les mesures provisionnelles en procédure administratives, RDAF 1976 p. 217, not. pp. 221 et 223).

Dans le cas d'espèce, le recourant a fait l'objet le 16 juin 2008 d'une décision de l'OCP refusant le renouvellement de son autorisation de séjour en Suisse. Cette décision bénéficie de l'autorité de la chose décidée dès lors qu'elle n'a pas fait l'objet d'un recours. Lorsque l'intéressé a saisi l'OCP d'une demande de reconsidération en date du 21 octobre 2008, il ne bénéficiait plus d'aucun statut légal en Suisse et cette démarche ne lui en a procuré aucun conformément à l'art. 48 al. 2 LPA.

Comme le tribunal de céans l'a déjà jugé, la commission aurait dû, après avoir constaté l'impossibilité qu'il y avait à restituer un effet suspensif contre une décision à contenu négatif, examiner s'il y avait lieu d'ordonner des mesures provisionnelles (ATA/280/2009 du 9 juin 2009).

3. A teneur de l'art. 21 al. 1 LPA, 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 (P. MOOR, op. cit. n° 2.2.6.8 p. 267). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, reprise par le tribunal de céans, 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/248/2009 du 19 mai 2009 ; ATA/213/2009 du 29 avril 2009 et les réf. citées ; I. HAENER, "Vorsorglichen Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess" in Les mesures provisoires en procédure civile, administrative et pénale, 1987, p. 26).

Dans le cas d'espèce, pour déterminer si de telles mesures provisionnelles peuvent ou doivent être ordonnées, il y a lieu de prendre en considération que le recours porte sur un refus de reconsidérer une décision administrative ayant acquis force de chose décidée. La décision du 16 juin 2008 règle définitivement le statut légal du recourant en Suisse. Même si le réexamen de cette décision est demandée, cette dernière déploie ses effets et il n'est plus possible de revenir sur ceux-ci, sauf à compromettre gravement la sécurité du droit. Ainsi, dans le cadre d'un contentieux consécutif au refus d'une demande en reconsidération d'une décision administrative entrée en force, il n'y a plus de place, à moins d'un accord de l'autorité administrative décisionnaire, pour un réaménagement par le biais du prononcé de mesures provisionnelles, du régime juridique généré par cette

décision. Or, en l'occurrence, l'autorité intimée refuse expressément de donner son accord auxdites mesures sollicitées par le recourant.

4. Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté, la décision du 24 mars 2009 de la commission étant confirmée par substitution de motifs. Aucun émolument ne sera mis à la charge du recourant qui plaide au bénéfice de l'assistance juridique. Il ne sera pas alloué d'indemnité (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 6 avril 2009 par Monsieur C_____ contre la décision du 24 mars 2009 de la commission cantonale de recours en matière administrative ;

au fond :

le rejette ;

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

dit que, conformément aux art. 82 et ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté 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'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Christine Sordet, avocate du recourant, à la commission cantonale de recours en matière administrative ainsi qu'à l'office cantonal de la population.

Siégeants : M. Thélin, président, Mmes Bovy et Hurni, M. Dumartheray, juges,
M. Bonard, juge suppléant

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :

C. Del Gaudio-Siegrist

le vice-président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :