

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2176/2012-PE

ATA/87/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 18 février 2013

sur effet suspensif
et mesures provisionnelles

dans la cause

Monsieur O_____

représenté par Me Jacques Emery, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
18 décembre 2012 (JTAPI/1543/2012)**

Attendu, en fait, que :

1. En date du 18 décembre 2012, le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) a rejeté le recours interjeté le 13 juillet 2012 par Monsieur O_____, ressortissant algérien, contre la décision du 15 juin 2012 de l'office cantonal de la population (ci-après : OCP) refusant de délivrer à l'intéressé une autorisation de séjour, prononçant son renvoi de Suisse et lui impartissant un délai au 14 juillet 2012 pour quitter le territoire. Cette décision était exécutoire, nonobstant recours.

Depuis 2001, M. O_____ avait fait l'objet de nombreuses condamnations pénales, pour une durée totale supérieure à trois ans de privation de liberté, en raison de crimes. Son parcours, émaillé de récidives, ne laissait apparaître aucune réelle perspective d'amélioration. Son intégration socioprofessionnelle était inexistante. Il avait un fils, né à Genève en 2005, mais les liens l'unissant à ce dernier n'étaient pas suffisants pour contrebalancer les éléments précités. Son projet de remariage, avec la mère de ce fils, n'emportait pas la conviction du TAPI, leur divorce ayant été prononcé le 16 mai 2011 et la demande en vue du nouveau mariage ayant été déposée par M. O_____ le 20 janvier 2012. Par ailleurs, l'intéressé faisait l'objet d'une décision de refus de renouvellement de son autorisation de séjour antérieure, prononcée par l'OCP le 18 novembre 2009, confirmé en dernière instance cantonale par arrêt du 3 mai 2011 de la chambre administrative de la Cour de justice (ci- après : la chambre administrative) (ATA/209/2011).

2. Par acte du 21 janvier 2013, M. O_____ a recouru auprès de la chambre administrative contre le jugement susmentionné du 18 décembre 2012, concluant principalement à son annulation et au renvoi de la cause à l'OCP pour que ce dernier délivre l'autorisation de séjour sollicitée. M. O_____ a conclu, préalablement, à la restitution de l'effet suspensif.

Son droit d'être entendu avait été violé, car le TAPI avait refusé d'ordonner une audience de comparution personnelle des parties au sujet des preuves déjà administrées. La législation suisse en matière de mariage, en particulier l'art. 98 al. 4 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CCS - RS 210), violait le droit au mariage. La décision de refus d'octroi d'autorisation de séjour ne respectait pas le principe de la proportionnalité en constituant un obstacle prohibitif au mariage, au sujet duquel, s'agissant de ce dernier, on ne pouvait trouver d'indice qu'il tendrait à éluder les dispositions sur l'admission des étrangers en Suisse. Sa volonté de se réinsérer était certaine. Il avait le projet d'enseigner la boxe à des jeunes et avait entrepris une formation de soudeur.

3. Le 4 février 2013, l'OCP s'est opposé à la restitution de l'effet suspensif, laquelle équivaldrait, si elle était accordée, à des mesures provisionnelles prohibées,

car se confondant avec les conclusions au fond. Au vu de l'ensemble des circonstances, l'intérêt de M. O_____ à demeurer en Suisse n'était pas suffisant pour prévaloir sur l'intérêt public à l'établissement d'une situation conforme au droit.

Attendu, en droit, que :

1. Interjeté en temps utile et devant la juridiction compétente, le recours est, *prima facie*, recevable sous ces angles (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. a. Selon la jurisprudence et la doctrine, un 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. 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/84/2009 du 9 avril 2009 ; U. HÄFELIN/G. MÜLLER/F. UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6ème éd., Zurich - St-Gall 2010, n° 1800 ; P. MOOR/E. POLTIER, *Droit administratif*, vol. 2, 3ème éd., Berne 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 celle 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. 2 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/603/2011 du 23 septembre 2011 consid. 2 ; ATA/280/2009 du 11 juin 2009 et ATA/278/2009 du 4 juin 2009).
3. A teneur de l'art. 21 LPA, l'autorité administrative peut ordonner, d'office ou sur requête, des mesures provisionnelles lorsqu'il est nécessaire de régler provisoirement la situation en cause, jusqu'au prononcé de la décision finale.

Selon la jurisprudence constante de la chambre administrative, de telles mesures ne sont légitimes que si elles s'avèrent indispensables au maintien d'un état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts compromis et elles ne peuvent anticiper le jugement définitif (ATF 119 V 503 consid. 3 ; 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). 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 (I. HAENER, *Vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, RDS 1997 II 253-420, p. 265).

4. En l'espèce, la décision de l'OCP du 15 juin 2012 a un contenu négatif, puisqu'elle refuse l'octroi d'une autorisation de séjour à une personne qui n'était alors au bénéfice d'aucun statut légal en Suisse. La restitution de l'effet suspensif n'est pas possible, de sorte que la demande s'y rapportant ne peut qu'être rejetée, dans la mesure de sa recevabilité, dès lors qu'elle ne comporte aucune motivation et ne pouvait plus être complétée en temps utile (art. 65 al. 2 LPA).
5. En tant que demande de mesures provisionnelles, elle ne peut qu'être refusée en tant qu'elle serait recevable, souffrant du même défaut de motivation que celui sus-évoqué. Le recourant n'a aucun statut légal en Suisse et lui permettre d'y séjourner pendant la durée de la présente procédure équivaldrait à lui accorder une autorisation de séjour, anticipant ce qu'il demande au fond.
6. La restitution de l'effet suspensif au recours et l'octroi de mesures provisionnelles seront ainsi refusés, le sort des frais de la procédure étant réservé jusqu'à droit jugé au fond.

Vu l'art. 7 du règlement de la chambre administrative du 21 décembre 2010 ;

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse, dans la mesure de la recevabilité, la requête du 21 janvier 2013 tendant à la restitution de l'effet suspensif au recours ou à l'octroi de mesures provisionnelles ;

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 ;

communiqué la présente décision, en copie, à Me Jacques Emery, avocat du recourant, à l'office cantonal de la population, ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

La présidente :

E. Hurni

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/ff/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.