RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2492/2004-CRIP **ACOM/32/2005**

DÉCISION

DE

LA COMMISSION DE RECOURS DU PERSONNEL ENSEIGNANT DE L'INSTRUCTION PUBLIQUE

du 27 avril 2005

dans la cause

Monsieur Hani RAMADAN
représenté par Me Eric Hess, avocat

contre

CONSEIL D'ÉTAT
représenté par Me Sabina Mascotto, avocate

EN FAIT

1. Par décision du 15 mars 2004, la commission de recours du personnel enseignant de l'instruction publique (ci-après : CRIP ou commission) a admis partiellement le recours de Monsieur Hani Ramadan dirigé contre l'arrêté du Conseil d'Etat du 5 février 2003 prononçant son licenciement. Ce faisant, la commission a ordonné la réintégration de M. Ramadan et renvoyé la cause au Conseil d'Etat pour que celui-ci prenne une nouvelle décision, soit une des sanctions énumérées à l'article 130 alinéa 1er de la loi sur l'instruction publique du 6 novembre 1940 (LIP – C 1 10).

   Cette décision a été expédiée aux parties le 1er avril 2004 par lettre-signature.

2. Aussitôt, le président du Conseil d'Etat s'est exprimé au journal télévisé de 19h30 à la télévision suisse romande en déclarant « à l'époque, nous étions unanimes au sein du Conseil d'Etat pour estimer que M. Ramadan n'avait plus sa place dans l'instruction publique à Genève ». Le Conseil d'Etat se disait opposé à toute forme de prosélytisme religieux, en particulier de la part d'un enseignant.

   Dans la « Tribune de Genève » des samedi et dimanche 3 et 4 avril 2004, le président du Conseil d'Etat était également interviewé et il a réitéré le fait que la laïcité de l'enseignant ou le respect des droits de l'homme ne pouvait s'accommoder des propositions de M. Ramadan sur la lapidation des femmes.

3. Le 3 avril 2004, un journaliste du quotidien « Le Matin » a téléphoné à M. Ramadan et un article a paru dans ce journal le dimanche 4 avril. Dans cet article, suite à la question suivante : « vos propos sur la lapidation des femmes adultères vous ont valu d'être licencié en février 2003 par le Conseil d'Etat genevois. Aujourd'hui réhabilité, maintenez-vous vos thèses ? », M. Ramadan a répondu : « oui, telles que je les ai écrites en octobre 2002 dans « Le Monde ». Mais personne ne les a vraiment lues à l'époque et le conflit qui s'est engagé avec le Conseil d'Etat genevois est parti d'un malentendu, d'une interprétation tronquée de mes propos ».

   M. Ramadan a poursuivi : « j'ai dit et je maintiens, que cette mesure concerne non seulement les femmes, mais aussi les hommes adultères ce qui fait déjà tomber tout un pan de l'argumentaire féministe déployé contre moi. … »

4. Par arrêté du 8 avril 2004, le Conseil d'Etat a écrit au conseil de M. Ramadan pour l'informer qu'il avait pris acte de la décision de la CRIP. Il n'entendait pas revenir sur sa décision initiale ni rapporter la mesure d'éloignement des classes, décidée le 11 octobre 2002 à l'encontre de l'intéressé,

s'exposant ainsi, le cas échéant, à une procédure en indemnisation. Il constatait que M. Ramadan ne tenait aucun compte de l'arrêt (sic) de la CRIP puisqu'il avait tenu des propos dans « Le Matin Dimanche » du 4 avril 2004 justifiant la lapidation des adultères. Pour ces motifs, le Conseil d'Etat ordonnait l'ouverture d'une enquête administrative portant sur des faits nouveaux et pouvant constituer une violation par M. Ramadan de son devoir de fonction, conformément à l'article 130 alinéa 2 LIP. Cette enquête administrative a été confiée à Monsieur Jean-Marc Strubin, juge au Tribunal de première instance.

Le Conseil d'Etat précisait de plus que les faits nouveaux reprochés à M. Ramadan pourraient justifier sa révocation selon l'article 130 alinéa 1 lettre d chiffre 7 LIP.

Ce courrier ne comportait aucune voie de droit.

5. Le 13 mai 2004, M. Ramadan a déposé un recours de droit public auprès du Tribunal fédéral contre l'arrêté du Conseil d'Etat du 8 avril 2004 (2P.119/2004).

6. Le Conseil d'Etat, sous la plume de son avocat a complété le 2 juin 2004 la mission confiée à l'enquêteur, à la requête de ce dernier.

Ainsi, l'enquête administrative devait être étendue aux faits supplémentaires relatifs :

- à l'article paru dans « Facts » le 18 mars 2004, produit par M. Ramadan ;

- au livre « La Miséricorde en Islam », en particulier les pages 48 à 58 concernant la lapidation ;

- aux éventuelles prises de position publiques de M. Ramadan « sur la question de la lapidation ou sur celle des violences exercées contre les femmes, autrement que dans les articles de presse ou les émissions de radio ou de télévision auxquels les procédures précédente et actuelle font référence ».

7. M. Strubin a effectué l'enquête administrative en procédant à l'audition de M. Ramadan le 17 mai 2004. L'enquêteur a ensuite entendu le journaliste du journal « Le Matin » avant de réentendre M. Ramadan le 1er septembre 2004, notamment sur l'article paru dans « Facts » le 18 mars 2004 et sur un livre qu'il avait écrit et publié en 2003 intitulé « La Miséricorde en Islam ». M. Ramadan avait adressé un exemplaire de cet ouvrage à Monsieur Hans-Rudolf Merz, conseiller fédéral, au début 2004 et avait reçu de sa part un courrier daté du 16 mars 2004 saluant sa volonté d'explication et de dialogue.

8. Le 25 octobre 2004, l'enquêteur a déposé son rapport. Il a relevé que la CRIP n'avait pas connaissance, lorsqu'elle a rendu sa décision du 15 mars 2004,

de l'interview parue dans «Le Matin Dimanche » du 4 avril, de celle parue le 18 mars dans « Facts » ni, semble-t-il, du livre « La Miséricorde en Islam ». Il a donc examiné si la connaissance de ces faits était de nature à modifier l'appréciation de l'autorité sur la violation du devoir de fonction de M. Ramadan.

Il a noté que « La Miséricorde en Islam » parue en 2003 ne pouvait constituer une récidive. L'enquêteur a relevé que M. Ramadan n'avait donné aucune conférence depuis la décision de la CRIP. Enfin, l'enquête conduite avait démontré que l'article paru le 4 avril 2004 reprenait bien les propos tenus par M. Ramadan au journaliste et n'avaient pas été tronqués par celui-ci.

Il a conclu que M. Ramadan avait violé son devoir de fidélité en exposant à nouveau le 3 avril, après avoir pris connaissance de la décision de la CRIP du 15 mars, sa thèse sur la lapidation des hommes et des femmes adultères mais que cette nouvelle violation du devoir de fonction, qui s'inscrivait dans le contexte d'une réaction aux propos tenus par le Conseil d'Etat sur cette affaire, ne remettait pas fondamentalement en cause l'analyse de la CRIP, notamment sur le principe de proportionnalité. Le prononcé par le Conseil d'Etat d'un licenciement au motif, ajouté au précédent, que M. Ramadan avait donné l'interview litigieuse parue le 4 avril 2004 était disproportionné. Le Conseil d'Etat pouvait prononcer à l'encontre de M. Ramadan l'une des sanctions prévues à l'article 130 alinéa 1 lettre c, chiffres 3 et 4 ou 130 alinéa 1 lettre d chiffre 5 LIP. Il n'appartenait pas à l'enquêteur de se prononcer sur la possibilité évoquée par le Conseil d'Etat de licencier M. Ramadan moyennant le versement d'une indemnité.

9. Une copie de ce rapport a été adressée aux parties.

10. Par arrêté du Conseil d'Etat du 27 octobre 2004, adressé au conseil de M. Ramadan, ledit Conseil d'Etat déclara avoir pris « connaissance du rapport d'enquête complémentaire du 25 octobre 2004 émanant de Monsieur Jean-Marc Strubin, juge au Tribunal de première instance, suite à sa décision du 8 avril 2004 ordonnant un complément d'enquête ».

Le Conseil d'Etat a poursuivi en ces termes : « malgré la condamnation claire du tribunal (sic) qui a formellement reconnu par jugement (sic) du 15 mars 2004 une violation par M. Ramadan de son devoir de fidélité, celui-ci réitère sciemment et publiquement des propos qui constituent une infraction grave à ses devoirs de service ».

Aussi, le Conseil d'Etat n'envisageait pas de revenir sur sa décision de résiliation des rapports de service du 5 février 2003. Il fixait un délai au 11 novembre 2004 à M. Ramadan pour exercer son droit d'être entendu. Il rappelait enfin que la mesure d'éloignement décidée le 11 octobre 2002 continuait à déployer ses effets.

11. Par courrier du 4 novembre 2004, le conseil de M. Ramadan a exposé qu'il voyait mal comment son mandant pouvait exercer son droit d'être entendu, cette possibilité ne lui étant offerte que pour respecter les exigences formelles prévues par la Constitution fédérale du 18 avril 1999, entrée en vigueur le 1er janvier 2000 (Cst féd – RS 101) et qu'il ne pourrait infléchir une volonté affichée dès l'origine, de résilier les rapports de service le liant à l'Etat, malgré les considérants extrêmement clairs de la décision de la CRIP du 15 mars 2004 et les conclusions tout aussi claires de M. Strubin.

12. Par arrêté du 24 novembre 2004, le Conseil d'Etat a réitéré le fait que malgré la condamnation claire du tribunal (resic) qui avait formellement reconnu par jugement du 15 mars 2004 une violation par M. Ramadan de son devoir de fidélité, celui-ci réitérait publiquement des propos constituant une infraction grave à ses devoirs de service. Il était hors de question de réintégrer M. Ramadan comme cela lui avait déjà été annoncé les 8 avril et 27 octobre 2004. Enfin, par analogie avec l'article 31 alinéa 3 de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC – B 5 05), le Conseil d'Etat confirmait que seule une indemnisation tenant compte du traitement versé à M. Ramadan au 30 novembre 2004 pouvait entrer en considération. Dans le calcul de cette indemnisation, il conviendrait notamment de tenir compte de l'obstination de l'intéressé à réitérer ses propos. Aussi le traitement de M. Ramadan était supprimé dès le 1er décembre 2004. Aucune voie de recours ordinaire n'était ouverte concernant ce courrier, l'action pécuniaire prévue à l'article 56G de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ – E 2 05) étant réservée.

13. Par pli du 7 décembre 2004, M. Ramadan a saisi la CRIP en sollicitant une décision préalable et l'effet suspensif en particulier, pour lui permettre de continuer à percevoir son traitement à compter du 1er décembre 2004, les enseignants étant exclus du champ d'application de la LPAC. Par acte du même jour, il a déposé un recours tendant à l'annulation de la décision du 24 novembre 2004 et à sa réintégration immédiate.

14. Par décision de la présidente de la CRIP du 17 décembre 2004, cette cause a été suspendue dans l'attente de l'issue de la cause pendante devant le Tribunal fédéral et dans le cadre de laquelle les parties avaient été invitées à se déterminer (2P. 119/2004).

15. Cependant, par courrier du 14 janvier 2005, le président de la 2ème Cour de droit public a informé la présidente de la CRIP qu'il convenait au contraire de suspendre la procédure du recours de droit public jusqu'à droit connu sur le recours cantonal du 7 décembre 2004, raison pour laquelle la CRIP était invitée à réexaminer sa position au sujet de la suspension de l'instruction de ce dernier recours.

16. Par décision du 24 janvier 2005, la présidente de la CRIP a repris l'instruction du recours déposé le 7 décembre 2004 estimant inutile d'attendre que le Tribunal fédéral statue dans la cause 2P. 119/2004 dont il était saisi.

Un délai a été fixé aux parties pour désigner le membre devant siéger dans la commission et le Conseil d'Etat a été invité à répondre au recours.

17. Par décision sur mesures provisionnelles du 4 février 2005, la présidente de la CRIP a rejeté la demande de restitution d'effet suspensif et de mesures provisionnelles, réservant l'examen de la recevabilité du recours avec le fond.

18. Le 28 février 2005, le Conseil d'Etat a conclu principalement à l'irrecevabilité du recours, son courrier du 24 novembre 2004 n'étant pas une décision ; subsidiairement, il a conclu au rejet du recours ainsi qu'à celui de la demande de réintégration et de toutes autres ou contraires conclusions. Le Conseil d'Etat a fait valoir en substance que l'enquêteur administratif avait estimé à tort que l'on ne pouvait pas reprocher à M. Ramadan les propos tenus par celui-ci avant la décision de la CRIP. Or, M. Ramadan avait connaissance de son obligation de réserve avant cette décision.

Le Conseil d'Etat se disait persuadé que la première affaire justifiait pleinement le licenciement prononcé. Il avait renoncé à prendre une nouvelle sanction. Il revenait sur les propos tenus par M. Ramadan en particulier dans le journal « Le Monde » en 2002. Il critiquait la décision de la CRIP du 15 mars 2004 puisqu'elle n'avait pas le pouvoir d'ordonner la réintégration de l'intéressé. Il continuait à faire une application analogique de la LPAC, voire à appliquer celle-ci à titre supplétif, en affirmant que la LPAC et le règlement fixant le statut des membres du corps enseignant du 12 juin 2002 (RSCE – B 5 10.04) ne donnaient pas le droit aux enseignants dont le licenciement avait été ordonné d'être réintégrés, les autres fonctionnaires ne bénéficiant pas de cette possibilité. En conséquence, M. Ramadan n'avait pas le droit d'exiger d'être réintégré par une autorité judiciaire si son employeur s'y opposait. La CRIP ne pouvait que proposer la réintégration et dire qu'en cas de refus, une indemnité serait fixée.

La CRIP pouvait renvoyer l'affaire à l'autorité ayant pris la décision mais un tel renvoi était étonnant puisqu'elle était liée par les conclusions des parties et elle aurait dû, dans ses considérants mais non dans le dispositif, constater que la voie de la sanction disciplinaire aurait été plus appropriée.

Le Conseil d'Etat ne pouvait recourir contre cette décision et il avait décidé de l'interpréter. Il a donc confirmé à M. Ramadan que sa réintégration était refusée. La décision qu'il avait prise le 8 avril 2004 avait pour objet d'ouvrir une seconde enquête administrative et de confirmer la mesure d'éloignement du 11 octobre 2002.

Si M. Ramadan entendait s'y opposer, il devait recourir d'abord auprès de la CRIP et non pas saisir directement le Tribunal fédéral. La CRIP était invitée à prendre connaissance des écritures des parties devant cette dernière juridiction.

Dans son courrier du 8 avril 2004, le Conseil Etat n'avait pas prononcé une sanction disciplinaire fondée sur l'article 130 LIP en raison des faits nouveaux reprochés à M. Ramadan. Il était persuadé que la réitération des propos tenus justifierait le licenciement, voire la révocation. Il avait renoncé à prononcer une telle sanction, M. Ramadan étant quoi qu'il en soit déjà licencié et de façon définitive.

Quant à sa lettre du 24 novembre 2004, il ne s'agissait pas d'une nouvelle décision de licenciement mais d'un simple courrier de confirmation de cette décision initiale du 5 février 2003. Il avait ordonné une enquête administrative en raison des nouveaux faits, envisageant de prononcer un licenciement, cas échéant une révocation en sus du licenciement définitif du 5 février 2003, le Conseil d'Etat refusant de réintégrer l'intéressé.

Par conséquent, le recours de M. Ramadan était irrecevable. Si par impossible la CRIP estimait qu'il s'agissait d'une décision, celle-ci était fondée. Il en faisait la démonstration à titre subsidiaire. Il reprenait son argumentation longuement développée dans la première procédure s'agissant de la liberté d'expression, de la liberté religieuse et des conditions auxquelles celles-ci pouvaient être restreintes. En page 40, il a abordé l'examen du cas d'espèce. S'agissant de l'article dans « Le Matin », il démontrait que M. Ramadan maintenait les mêmes thèses et que les propos relatés dans ce journal étaient bien ceux que M. Ramadan avait tenus. Les conclusions de M. Bertossa au terme de son enquête administrative dans la première procédure gardaient toute leur pertinence. M. Ramadan n'adhérait pas aux principes de l'école genevoise et il avait préféré mettre de l'huile sur le feu. Une telle attitude procédait d'une volonté de provocation délibérée et n'était pas compatible avec la confiance devant régner entre M. Ramadan et son employeur. Aussi, si la CRIP avait précisé qu'une mesure moins grave que le licenciement devait être prononcée, la seule sanction appropriée, au vu de ces faits nouveaux, ne pouvait qu'être un licenciement disciplinaire fondé sur l'article 130 alinéa 1 chiffre 6, subsidiairement la révocation, fondée sur l'article 130 alinéa 1 chiffre 7 LIP. L'article 64 RSCE ne s'appliquait qu'aux licenciements fondés sur l'article 129A LIP. Les conséquences d'un licenciement fondé sur l'article 130 LIP n'étaient pas réglées par ce règlement. En conséquence, c'était la LPAC seule qui s'appliquait sans contestation possible et la CRIP ne pouvait ordonner la réintégration de M. Ramadan.

Et de terminer par ces termes : « Le Conseil d'Etat indique d'ores et déjà à la CRIP qu'il n'entend pas réintégrer M. Ramadan. Ainsi, seule la voie de l'indemnisation demeurerait ouverte ».

19. Les parties ont désigné les personnes devant les représenter à savoir pour M. Ramadan, M. Michel Rudaz, enseignant au cycle d'orientation et pour le Conseil d'Etat, M. Pascal Cirlini, directeur du service du personnel enseignant de l'enseignement secondaire postobligatoire.

20. Une audience de comparution personnelle des parties a eu lieu le 6 avril 2005.

a. M. Ramadan a confirmé le recours qu'il avait déposé contre le courrier du Conseil d'Etat daté du 24 novembre 2004, considérant que celui-ci constituait bien une décision susceptible de recours auprès de la commission de céans.

Après le 1er décembre 2004, il avait reçu de l'Etat un courrier l'invitant à s'assurer à titre privé pour le risque accidents et à transférer sa prestation de libre passage. Après le 1er décembre 2004 également, il avait cessé de percevoir les allocations familiales. Tout en faisant part à son employeur du fait qu'il s'opposait à cette décision estimant que son licenciement n'était pas définitif, il s'était inscrit auprès de la caisse de chômage, car il devait faire vivre sa famille.

b. La représentante du Conseil d'Etat a indiqué que le courrier de celui-ci, daté du 24 novembre 2004, ne constituait pas une décision mais confirmait la volonté de l'autorité de ne pas réintégrer M. Ramadan ni de continuer à lui verser son salaire. Seule une indemnisation tenant compte du traitement versé à M. Ramadan au 30 novembre 2004 pouvait entrer en considération. La suppression du traitement dès le 1er décembre 2004 était la conséquence du licenciement du 5 février 2003 devenu effectif au 1er juin 2003. La décision prise par la CRIP le 15 mars 2004 était devenue définitive. Le licenciement prononcé le 5 février 2003 était définitif car le Conseil d'Etat ne s'attendait pas à ce que la CRIP ordonne la réintégration de M. Ramadan parce qu'une telle réintégration ne pouvait qu'être proposée à l'autorité. A défaut s'ouvrait la voie de l'indemnisation au regard de l'article 30 alinéa 3 LPAC.

Le Conseil d'Etat avait néanmoins ouvert une enquête administrative pour faits nouveaux en avril 2004 en application de l'article 130 alinéa 2 LIP. Il n'y avait selon lui pas de contradiction entre cette décision et le fait que M. Ramadan n'aurait à cette date plus été membre de la fonction publique. Les faits nouveaux étaient l'article paru dans « Facts » le 18 mars 2004, celui paru dans « Le Matin » le 4 avril 2004 ainsi que le livre « La Miséricorde en Islam ».

Au terme de l'enquête administrative, le Conseil d'Etat n'avait pas pris de nouvelle décision. Il n'avait donc pas à justifier le fait qu'il avait retenu la publication « La Miséricorde en Islam » remontant à 2003 puisque le licenciement sanctionnait un comportement qui perdurait.

c. M. Ramadan a expliqué les circonstances dans lesquelles il avait été appelé par téléphone par le journaliste du journal « Le Matin » auquel il avait répondu, le président du Conseil d'Etat lui-même ayant la veille déclaré à la presse que le Conseil d'Etat n'entendait pas le réintégrer.

Au terme de l'enquête administrative, l'enquêteur avait d'ailleurs situé cette interview donnée au « Matin » dans ce contexte. M. Ramadan a ajouté qu'il éviterait dorénavant de parler publiquement de thèmes comme la lapidation, les châtiments corporels ou certaines sanctions contenues dans la Charia. S'il devait à nouveau exercer ses fonctions antérieures, il serait prêt à soumettre ses articles et ses livres au contrôle de sa hiérarchie.

Comme l'avait admis l'enquêteur, l'article paru dans « Facts » ne contrevenait pas au devoir de réserve.

Quant au livre intitulé « La Miséricorde en Islam », M. Ramadan l'avait fait paraître en 2003 et l'avait adressé aux conseillers fédéraux ainsi qu'à tous les conseillers d'Etat genevois avant la décision prise par la CRIP le 15 mars 2004. Il avait d'ailleurs reçu des remerciements, notamment de la part de Mme Brunschwig Graf.

d. La représentante du Conseil d'Etat a encore indiqué que dans les trente jours qui avaient suivi la réception de la décision de la CRIP, l'intimé s'était posé la question de savoir s'il devait faire une demande en interprétation ou en révision puisqu'il ne pouvait pas recourir au Tribunal fédéral. Durant cette période, rien ne l'empêchait d'ouvrir une nouvelle enquête administrative à l'encontre de M. Ramadan. Au terme de celle-ci, il avait renoncé à prendre une nouvelle sanction.

Du 15 mars au 30 novembre 2004, M. Ramadan n'était plus fonctionnaire du DIP. Il n'avait pas été invité durant ce délai à s'assurer à titre privé contre les accidents. Jusqu'au 30 novembre 2004, toutes les cotisations sociales avaient été prélevées sur son traitement et sa prestation de libre passage était restée auprès de sa caisse de retraite sans qu'il soit invité à la transférer auprès d'une institution de libre passage.

La suppression du traitement au 1er décembre 2004 était la conséquence du licenciement du 5 février 2003, celui-ci étant devenu effectif au 1er juin 2003. Si en application de l'article 31 alinéa 3 LPAC, M. Ramadan voulait solliciter une indemnité d'un montant supérieur, il pouvait la demander mais le Conseil d'Etat tiendrait alors compte de l'indemnité qu'il avait d'ores et déjà versée du 1er juin 2003 au 30 novembre 2004.

Au terme de l'audience, le Conseil d'Etat a confirmé la teneur de ses écritures, et en particulier de la dernière phrase de ses observations en page 47, lorsqu'il a averti la CRIP qu'il n'entendait pas réintégrer M. Ramadan.

e. A sa requête, un délai au 15 avril 2005 a été imparti à M. Ramadan pour produire les pièces dont il a fait état.

21. Dans le délai précité, M. Ramadan a produit 13 pièces complémentaires, soit notamment trois courriers adressés par son conseil à l'office cantonal de l'emploi le 7 décembre 2004, à la caisse des allocations familiales le 21 décembre 2004 et à la CIA, soit la caisse de prévoyance du personnel enseignant, le 25 février 2005 pour faire part à ces entités du fait qu'il contestait la décision du Conseil d'Etat du 24 novembre 2004 prononçant un nouveau licenciement à son encontre.

Enfin, il a produit les lettres, signées ou envoyées au nom de quatre conseillers fédéraux, toutes datées de mars 2004, le remerciant de leur avoir adressé son ouvrage « La Miséricorde en Islam », une lettre signée de Mme Brunschwig Graf du 22 mars 2004 le remerciant pour ce même envoi, une lettre signée le 10 mars 2004 par M. Lamprecht, conseiller d'Etat, le remerciant de cet envoi également, ainsi qu'un message électronique au nom de Mme Spoerri, conseillère d'Etat le remerciant de son envoi et enfin, une lettre du président du Tribunal administratif du 3 mars 2004 le remerciant de même de son ouvrage « La Miséricorde en Islam » qui serait dorénavant déposé à la bibliothèque de droit public du Palais de la justice administrative à disposition des utilisateurs.

22. Ces pièces ont été transmises au Conseil d'Etat pour information.

23. Les 29 mars et 20 avril 2005, Unia, caisse de chômage a demandé à intervenir en concluant à la condamnation du défendeur à lui payer CHF 24'085,90, puisqu'elle avait versé des indemnités de chômage à M. Ramadan et était au bénéfice d'une subrogation légale en application de l'article 29 alinéa 2 de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI – RS 837.0).

Les 13 et 25 avril 2005, la présidente de la commission de céans a informé Unia que la demande d'intervention n'existait pas en procédure administrative. Selon la jurisprudence constante du Tribunal administratif, applicable en l'espèce, et confirmée par le Tribunal fédéral, l'appel en cause n'était pas possible non plus.

En conséquence, seul le dispositif de la décision serait communiqué à Unia.

24. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Depuis le premier janvier 2000, date de l'entrée en vigueur de la réforme de la juridiction administrative genevoise, le Tribunal administratif est l'autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 56 A al. l LOJ).

Cependant, l'ancien système d'attribution de compétences a été maintenu, notamment dans le domaine relatif au droit de la fonction publique, puisque « le recours au Tribunal administratif n'est recevable que dans la mesure où une disposition légale, réglementaire ou statutaire spéciale le prévoit contre les décisions concernant le statut et les rapports de service des fonctionnaires et autres membres du personnel de l'Etat, des communes, et des autres corporations et établissements de droit public » (art. 56 B al. 4 litt a LOJ).

Ce choix, que regrette le professeur Thierry Tanquerel, a été fait pour des raisons politiques selon cet auteur (RDAF, 2000, Les principes généraux de la réforme de la juridiction administrative genevoise, p. 475 ss, not. pp 488 et 490).

Son corollaire en est le maintien des commissions de recours spéciales (op. cit. p. 496).

2. La LPAC, dont la nouvelle teneur est entrée en vigueur le 1er mars 1998, s'applique aux membres du personnel administratif, technique et manuel de l'administration cantonale, au personnel des établissements publics médicaux ainsi qu'à celui de l'office cantonal des assurances sociales et des établissements qu'il regroupe (art. l al. 1 à 3 LPAC).

3. En revanche, à teneur de l'article 1er alinéa 4 LPAC, font l'objet d'une réglementation particulière les fonctions qui relèvent des lois :

a) sur l'instruction publique du 6 novembre 1940 (LIP) ;

b) sur l'université du 26 mai 1973 (LU – C 1 30) ;

c) sur la police du 26 octobre 1957, dont les modifications sont entrées en vigueur le 1er janvier 2005 (LPol - F 1 05) ;

d) sur l'organisation et le personnel de la prison du 21 juin 1984 (LOP – F 50).

Les fonctionnaires et employés soumis à ces quatre dernières lois ne sont donc pas régis par la LPAC (ACOM/80/2004, ACOM 81/2004, ACOM 82/2004, ACOM 83/2004 du 27 août 2004) et sont justiciables de commissions de recours que le législateur a voulues paritaires, à savoir respectivement :

a) la CRIP, soit la commission de recours du personnel enseignant de l'instruction publique (art. 131 LIP) ;

b) la CRUNI, soit la commission de recours de l'université (art. 62 LU ; 87 du règlement de l'université du 7 septembre 1988 – RU – C 1 30.06 ; art. 26 et 27 du règlement interne relatif aux procédures d'opposition et de recours du 25 février 1977 – RIOR) ;

c) la CRPP, soit la commission de recours des fonctionnaires de police et de la prison (art. 40 LPol ; règlement de la commission de recours des fonctionnaires de police et de la prison du 21 mars 1925 – F 1 05.30).

Il n'existe ainsi aucune place pour une application par analogie ou à titre supplétif de la LPAC, comme le plaide le Conseil d'Etat. Ni la LIP, ni le règlement d'application de certaines dispositions de celles-ci du 16 décembre 1955 (C 1 10.03), ni le règlement fixant le statut des membres du corps enseignant du 12 juin 2002 (RSMCE – B 5 10.04), ni la loi concernant le traitement du 21 décembre 1973 (LT – B 5 15) ne contiennent de renvoi à la LPAC. D'ailleurs, le lapsus calami figurant dans le courrier du Conseil d'Etat du 24 novembre 2004 est révélateur puisque celui-ci fait référence au Tribunal administratif, - compétent à teneur de la LPAC - et non à la CRIP, seule compétente selon la LIP !

4. Il convient donc préalablement de déterminer si le courrier du Conseil d'Etat du 24 novembre 2004 est une décision susceptible de recours, au sens des articles 129A à 131 LIP (ATA/43/1999 du 19 janvier 1999).

a. Par décision du 15 mars 2004, la CRIP a annulé le licenciement de M. Ramadan prononcé le 5 février 2003 par le Conseil d'Etat, au motif que cette décision était disproportionnée et il a renvoyé la cause à l'autorité intimée pour nouvelle décision, fondée sur l'article 130 alinéa 1er LIP. Le Conseil d'Etat devait donc statuer.

Or, suite à l'article paru le 4 avril 2004 dans « Le Matin », le Conseil d'Etat a ordonné le 8 avril 2004 l'ouverture d'une enquête administrative sur des faits nouveaux et tout autre fait pouvant constituer une violation du devoir de fonction, ces faits nouveaux étant susceptibles de justifier la révocation de M. Ramadan, au sens de l'article 130 alinéa 1er litt. d chiffre 7 LIP, comme cela résulte expressément de ce courrier.

b. Par la même décision, le Conseil d'Etat a refusé de rapporter la mesure d'éloignement qu'il avait prise le 11 octobre 2002.

c. Le 8 avril 2004, aucune décision définitive n'était donc en force à l'encontre de M. Ramadan de sorte que le Conseil d'Etat pouvait – et devait – se saisir des faits nouveaux survenus depuis la décision de la CRIP afin de prononcer une peine d'ensemble, selon les principes généraux du droit pénal (art. 68 CPS) dont il est admis qu'ils s'appliquent en droit administratif (ATA/705/2003 du 23 septembre 2003 ; ATA/37/2001 du 23 janvier 2001).

d. Le Conseil d'Etat a donc ordonné à juste titre une enquête administrative et il a complété la mission de l'enquêteur le 2 juin 2004. Cette enquête a été diligentée dans le respect des règles procédurales et M. Ramadan a pu se déterminer sur son contenu.

L'enquêteur a précisé en page 11 de son rapport qu'une sanction devait être prise contre l'intéressé pour l'article paru le 10 septembre 2002 dans le journal « Le Monde » et pour les faits nouveaux. Il a retenu comme tel l'interview parue dans « Le Matin » le 4 avril 2004 mais non celui paru dans « Facts » le 18 mars 2004, car cet article tendait à expliciter le Coran et ne permettait pas d'aggraver la sanction. Quant au livre « La Miséricorde en Islam », il ne pouvait être retenu car il avait paru en 2003 et ne constituait ni un fait nouveau ni une récidive. Enfin, l'enquête n'avait pas permis d'établir les dates des conférences qu'aurait données M. Ramadan, ni la teneur de ses propos.

Pour l'enquêteur, l'article paru le 4 avril – qui s'inscrivait dans le cadre d'une réaction aux propos tenus par voie de presse par le président du Conseil d'Etat suite à la décision de la CRIP – même ajouté aux précédents griefs, ne permettait pas de justifier le licenciement de M. Ramadan.

Une sanction plus lourde que celles énoncées à l'article 130 alinéa 1er litt. c chiffres 3 ou 4 (suspension d'augmentation de traitement pendant une durée déterminée et réduction du traitement à l'intérieur de la classe de fonction) ou à l'article 130 alinéa 1er litt. d chiffre 5 LIP (transfert dans un autre emploi avec le traitement afférent à la nouvelle fonction) pourrait être jugée disproportionnée.

Selon un récent arrêt du Tribunal fédéral concernant une cause genevoise, il n'appartenait toutefois pas à l'enquêteur de proposer une sanction ou d'émettre un avis juridique, sa tâche consistant à établir les faits uniquement (arrêt du Tribunal fédéral 2P.56/2004 du 4 novembre 2004, consid. 3.7).

Cette proposition, exorbitante de sa mission, n'invalide cependant pas l'établissement des faits auquel l'enquêteur a procédé et sur lesquels le Conseil d'Etat et la commission de céans peuvent se fonder.

5. Malgré les conclusions de l'enquêteur, dont il qualifiait pour la première fois le rapport de « complément d'enquête administrative », le Conseil d'Etat a par courrier du 24 novembre 2004 – qu'il s'est gardé de qualifier de décision – repris son argumentation en retenant la violation du devoir de fonction (recte : du devoir de réserve) admise par la CRIP dans l'article du journal « Le Monde » du 10 septembre 2002, réitérée dans l'article du 4 avril 2004 dans « Le Matin ». De plus, le Conseil d'Etat a considéré que dans l'article de « Facts » du 18 mars 2004 et dans le livre « La Miséricorde en Islam », M. Ramadan avait violé son devoir de réserve.

Il a confirmé qu'il était « hors de question de réintégrer M. Ramadan », comme cela lui avait déjà été annoncé les 8 avril et 27 octobre 2004.

Le traitement de M. Ramadan était supprimé dès le 1er décembre 2004.

Par analogie avec l'article 31 alinéa 3 LPAC, « seule une indemnisation tenant compte du traitement versé à Monsieur Hani Ramadan au 30 novembre 2004 peut entrer en considération. Dans le calcul de cette indemnisation, il conviendra notamment de tenir compte de l'obstination de M. Hani Ramadan à réitérer ses propos ».

Enfin, le Conseil d'Etat précisait qu'aucune voie de recours ordinaire n'était ouverte, l'action pécuniaire prévue à l'article 56G LOJ étant réservée.

C'est contre ce courrier, qui ne comportait aucune autre disposition légale, qu'est dirigé le recours de M. Ramadan.

6. Dans ses observations du 28 février 2005, le mandataire du Conseil d'Etat a qualifié ce courrier du 24 novembre 2004 de « confirmation du licenciement définitif intervenu le 5 février 2003 », alors que ce licenciement du 5 février 2003 avait été annulé par décision définitive et exécutoire de la commission de céans du 15 mars 2004.

7. Or, ce courrier du 24 novembre 2004 constitue bien une décision au sens de l'article 4 LPA, tant par son contenu que par ses effets.

Selon cette dernière disposition, sont considérées comme des décisions au sens de l'article premier, les mesures individuelles et concrètes prises par l'autorité dans les cas d'espèce fondées sur le droit public cantonal « et ayant pour objet :

a. de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations ;

b. de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits, d'obligations ou de faits ;

c. de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations » (art. 4 al. l LPA).

Par cette décision, le Conseil d'Etat, autorité administrative (art. 1 al. 2 et 5 litt a LPA), ne se contente pas de supprimer le salaire de M. Ramadan depuis le 1er décembre 2004 mais il prononce en fait une révocation, fondée sur l'article 130 alinéa 1er litt. d chiffre 7 LIP, ainsi que l'annonçait sa décision d'ouverture d'enquête administrative du 8 avril 2004. En ce sens, le Conseil d'Etat se conformait à l'injonction de la commission de céans du 15 mars 2004 qui lui renvoyait la cause pour prononcer une sanction disciplinaire.

8. Une telle décision ne respecte cependant pas les formes requises par l'article 46 LPA puisqu'elle n'est pas qualifiée comme telle, ne comporte aucune voie de recours, ne respecte aucun délai et ne peut être exécutoire dès le 1er décembre 2004 puisqu'elle n'est pas déclarée exécutoire nonobstant recours.

Si récemment, le Tribunal administratif a jugé (ATA/104/2005 du 1er mars 2005 ; ATA/873/2004 du 9 novembre 2004 ; ATA/623/2004 du 5 août 2004 confirmé par arrêt du Tribunal fédéral 2P.227/2004 du 30 septembre 2004) qu'aucune voie de droit sauf l'action pécuniaire n'était ouverte contre la suppression des indemnités versées en cas de maladie à un fonctionnaire de l'administration cantonale, en application de l'article 54 alinéa 4 du règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux du 24 février 1999 (RLPAC – B 5 05.01), la présente cause diffère totalement de celles susmentionnées puisque ni la LPAC ni le RLPAC ne sont applicables au recourant, d'une part et que la suppression de traitement du recourant décidée dès le 1er décembre 2004 fait suite à une enquête administrative et s'inscrit ainsi dans un contexte disciplinaire, d'autre part.

La révocation déguisée, fondée sur l'article 130 alinéa 1er litt. d chiffre 7 LIP, est donc bien susceptible de recours dans les 30 jours auprès de la CRIP, en application de l'article 131 alinéa 1er LIP, raison pour laquelle la décision du Conseil d'Etat du 24 novembre 2004 aurait dû comporter cette voie et ce délai de recours.

9. Enfin, cette décision n'est pas motivée, en violation de l'article 46 LPA. En effet, la jurisprudence a déduit du droit constitutionnel résultant de l'article 29 Cst féd, l'obligation pour l'autorité de motiver ses décisions afin, d'une part, que l'intéressé puisse les comprendre et les attaquer utilement s'il y a lieu et, d'autre part, que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle (ATF 130 II 530 consid. 4.3 p. 540, 473 consid. 4.1 p. 477 ; ATF 124 II 146 et 149 ; 122 IV 8 et 14 in SJ 1996, p. 363 ; 112 Ia 109 ; arrêt du Tribunal fédéral 2P.126/2004 du 28 janvier 2005 ; A. AUER, G. MALINVERNI, M. HOTTELIER ; Droit constitutionnel suisse, vol II, pp. 615 à 617).

Selon ces auteurs, l'étendue de la motivation dépend des circonstances propres à chaque affaire, selon la nature et la complexité de celle-ci.

10. En l'espèce, la motivation ne résulte pas de la décision attaquée, laquelle ne cite aucune disposition de la LIP, mais bien de la réponse du Conseil d'Etat au recours de M. Ramadan.

La procédure administrative ayant conduit à cette décision a été suivie régulièrement. Seule la décision de l'autorité est entachée de ce vice.

Malgré cela, M. Ramadan a recouru contre celle-ci en temps utile auprès de la commission compétente et il n'a en ce sens subi aucun préjudice, comme le requiert l'article 47 LPA.

11. Cette violation manifeste du droit d'être entendu du recourant peut être réparée devant l'autorité de recours si le recourant a pu s'exprimer devant celle-ci, pour autant que ladite autorité jouisse du même pouvoir de cognition que l'autorité intimée (ATF 110 Ia 81) et si la possibilité de recourir est propre à effacer les conséquences de cette violation (ATA/677/2001 du 30 octobre 2001 ; SJ 1992, p. 528).

Pour qu'un acte puisse être déclaré nul, le Tribunal fédéral requiert un vice grave et évident, tel le défaut de toute base légale fondant la décision attaquée, et l'absence d'atteinte à la sécurité juridique en cas de constatation de cette nullité (ATF 104 Ia 172), une telle atteinte n'étant nullement alléguée. Ces deux conditions sont remplies en l'espèce et rien ne s'oppose à la constatation de la nullité de cette révocation.

12. La décision du 24 novembre 2004 étant nulle et n'ayant jamais déployé d'effet pour les raisons sus-exposées, et la cause devant être à nouveau renvoyée au Conseil d'Etat pour nouvelle décision, il faut admettre que la possibilité de recourir a permis d'effacer les conséquences de cette violation.

La décision du Conseil d'Etat du 5 février 2003, fondée sur l'article 129A LIP ayant été annulée le 15 mars 2004, il en résulte que M. Ramadan n'a jamais cessé d'être fonctionnaire (ATA/73/2005 du 15 février 2005) et qu'il est toujours membre du corps enseignant. L'Etat l'a bien considéré comme tel puisqu'il a continué à lui verser son traitement entre avril 2004 et fin novembre 2004 en prélevant les cotisations sociales, en maintenant celles en faveur de la caisse de retraite, soit la CIA, et en poursuivant le versement des allocations familiales.

Rien ne justifiait que cette situation change dès le 1er décembre 2004. Aussi, l'Etat devra-t-il reprendre le versement du salaire et de toutes autres prestations à sa charge dès cette date.

13. Le Conseil d'Etat ayant affirmé et répété qu'il verserait une indemnité à M. Ramadan mais ne le réintégrerait en aucun cas, il a manifestement calculé qu'au 30 novembre 2004, il aurait versé au recourant vingt-quatre mois de salaire correspondant à l'indemnité maximale prévue par l'article 30 alinéa 3 LPAC, qui ne s'applique pas, à compter de la mesure d'éloignement prononcée en octobre 2002.

Or, la mesure d'éloignement, fondée sur l'article 129A LIP, est une mesure provisoire, prise dans l'attente des résultats de l'enquête (ACOM/92/2004 du 23 septembre 2004 ; ATF 106 Ib 177 consid. 4b, p. 180 ; G. BOINAY, Le droit

disciplinaire dans la fonction publique et dans les professions libérales, particulièrement en Suisse romande in RJJ 1998, p. 71, § 159 ss). Il appartenait au Conseil d'Etat de la rapporter en statuant le 5 février 2003, et cas échéant de prononcer une suspension provisoire en ordonnant la nouvelle enquête administrative le 8 avril 2004, par application de l'article 130A LIP.

Le salaire versé pendant la durée de la mesure d'éloignement était dû (art. 129A al. 5 LIP) de sorte que la prise d'effet de cette mesure au 11 octobre 2002 est sans pertinence pour le calcul d'une éventuelle indemnité.

Enfin et surtout, la LIP ne prévoit pas le versement d'une indemnité à l'enseignant révoqué en application de l'article 130 alinéa 1er litt. d chiffre 7 LIP. L'article 56 alinéa 3 RSMCE l'exclut même expressément.

14. Quant à l'article 64 alinéa 6 RSMCE, il réserve le droit du fonctionnaire de demander à l'Etat des dommages-intérêts, sans maximum, et sa réintégration si le licenciement est injustifié mais cette disposition réglementaire ne s'applique que dans le cas du licenciement fondé sur l'article 129A LIP comme l'était celui prononcé le 5 février 2003, ainsi que cela résulte de son titre « Résiliation des rapports de service pour motif objectivement fondé ».

15. Au vu de ce qui précède, la cause sera renvoyée au Conseil d'Etat pour qu'il respecte la loi et applique l'article 130 alinéa 1er LIP, soit en transmettant le dossier à une des autres autorités mentionnées dans cette disposition, soit en statuant lui-même suivant la nature de la sanction envisagée.

16. Le recours sera ainsi admis. Il ne sera pas perçu d'émolument. Une indemnité de procédure de CHF 3'000.- sera allouée au recourant à charge de l'Etat de Genève (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA COMMISSION DE RECOURS DU PERSONNEL ENSEIGNANT DE L'INSTRUCTION PUBLIQUE

préalablement :

déclare irrecevable la demande en intervention de Unia Caisse de chômage ;

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 7 décembre 2004 par Monsieur Hani Ramadan contre la décision du Conseil d'Etat du 24 novembre 2004 ;

au fond :

l'admet ;

constate la nullité de la décision prise le 24 novembre 2004 par le Conseil d'Etat ;

renvoie la cause au Conseil d'Etat pour application de l'article 130 de la loi sur l'instruction publique du 6 novembre 1940 ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue à Monsieur Hani Ramadan une indemnité de CHF 3'000.-, à charge du Conseil d'Etat ;

communique la présente décision à Me Eric Hess, avocat du recourant, à Me Sabina Mascotto, avocate du Conseil d'Etat et pour information au Tribunal fédéral à l'intention du président de la 2ème Chambre de droit public (cause 2P.119/04) et communique le dispositif à Unia Caisse de chômage.

Siégeants : Mme Hurni, présidente, M. Paychère, Mme Junod, MM. Cirlini et Rudaz, membres.

Au nom de la commission de recours du personnel enseignant de l'instruction publique :

la greffière :	la présidente :
C. Barnaoui-Blatter	E. Hurni

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :