

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3060/2009-PE

ATA/ 580/2009

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 10 novembre 2009

dans la cause

Monsieur H_____

représenté par Me Ridha Ajmi, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION

Recours contre la décision de la commission cantonale de recours en matière administrative du 2 septembre 2009 (DICCR/6/2009)

EN FAIT

1. Monsieur H_____, né en 1979, ressortissant tunisien, a épousé le 20 octobre 2000 Madame S_____, née en 1978, ressortissante suisse. De cette union est né un fils le 30 juin 2001.
2. Le 28 novembre 2000, M. H_____ a été mis au bénéfice d'une autorisation de séjour par l'office cantonal de la population (ci-après : OCP), dans le cadre du regroupement familial.
3. Les époux H_____ - S_____ se sont séparés le 1^{er} mai 2003 et leur divorce a été prononcé le 12 janvier 2006 par le Tribunal de première instance de Genève.
4. Le 17 novembre 2005, l'autorisation de séjour de M. H_____, régulièrement renouvelée, est arrivée à échéance.
5. Entre le 16 septembre 2003 et le 7 janvier 2008, M. H_____ a été condamné à douze reprises par les autorités judiciaires pénales genevoises ou vaudoises à des peines privatives de liberté pour notamment vol, recel, escroquerie et faux dans les titres. Le total des condamnations à une peine ferme dépassant quatre ans.
6. Par décision du 21 juillet 2009, exécutoire nonobstant recours, l'OCP a refusé de renouveler l'autorisation de séjour de l'intéressé, ce dernier, alors détenu étant tenu de quitter la Suisse dès qu'il sortirait de prison. Son comportement démontrait qu'il n'était pas désireux ou capable de se conformer à l'ordre juridique en vigueur. Il représentait clairement un danger pour l'ordre et la sécurité publics. Il n'entretenait plus de relation avec son fils dès avant sa dernière détention et ne versait pas de pension alimentaire en faveur de celui-ci.
7. Le 24 août 2009, M. H_____ a recouru auprès de la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : la commission) contre la décision de l'OCP, concluant à son annulation et à la prolongation de son séjour en Suisse. Préalablement, il a demandé la restitution de l'effet suspensif à son recours.

Ayant vécu de manière ininterrompue en Suisse pendant plus de cinq ans en étant marié, il avait droit au renouvellement de son autorisation de séjour. Il souhaitait remplir son rôle de père auprès de son fils. Il n'avait pas commis de crimes graves, les infractions à son actif étant plutôt une manifestation de son désarroi et de sa perte de confiance en lui suite à l'échec de sa vie familiale. Il ne représentait pas une menace pour la sécurité et l'ordre publics suisses.

L'effet suspensif devait être restitué à son recours car il allait bénéficier à fin septembre 2009, de la libération conditionnelle et il souhaitait réactiver sa

relation avec son fils qui résidait à Genève. Il comptait se marier à Genève avec une ressortissante française domiciliée à Annemasse (France) et bénéficiaire ainsi du regroupement familial en France, où il souhaitait s'établir et organiser son droit de visite.

8. Le 2 septembre 2009, le président de la commission a rejeté la demande de restitution d'effet suspensif, traitée comme demande de mesures provisionnelles.

M. H_____ n'était plus au bénéfice d'une autorisation de séjour en Suisse depuis le 18 novembre 2005. La décision querellée était intervenue dans une situation où le recourant ne bénéficiait plus d'un statut légal, de sorte qu'il n'était pas possible de restituer un effet suspensif au recours. L'intéressé ne pouvait être autorisé à demeurer à Genève jusqu'à droit jugé au fond, l'intérêt public à assurer la sécurité de la collectivité l'emportant sur l'intérêt privé de M. H_____ à rester en Suisse et le maintien de l'état de fait n'étant pas mis en péril par son départ.

9. Par acte du 17 septembre 2009, M. H_____ a recouru auprès du Tribunal administratif contre la décision susmentionnée, concluant à son annulation et à la restitution de l'effet suspensif à son recours du 24 août 2009. Il a repris en substance son argumentation antérieure.

10. Le 2 octobre 2009, la commission a transmis son dossier au Tribunal administratif sans observations.

11. Le 12 octobre 2009, l'OCP s'est opposé au recours. M. H_____ ayant bénéficié d'une autorisation de séjour de 2001 à 2005, il était autorisé à attendre en Suisse la décision de l'OCP relative à son renouvellement. La commission aurait donc dû traiter la requête de l'intéressé sous l'angle de la restitution d'effet suspensif et non des mesures provisionnelles. Cela étant, il y avait un intérêt public à l'exécution immédiate de la décision qui l'emportait sur l'intérêt privé de M. H_____ à demeurer en Suisse jusqu'à droit connu sur son recours.

12. Le 16 octobre 2009, les parties ont été avisées que la cause était gardée à juger.

13. Le 4 novembre 2009, l'OCP a transmis au tribunal de céans un courrier de l'office d'exécution des peines vaudois - l'intéressé étant détenu à Orbe - permettant à M. H_____ de poursuivre l'exécution de ses peines cumulées sous le régime du travail externe, dès le 26 novembre 2009, à la Maison le Vallon à Vandoeuvres.

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 querellée étant une décision incidente, le délai de recours est de dix jours (art. 63 al. 1 let b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). Interjeté dans les dix jours dès la notification et devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ce point de vue.

2. Le recours contre les décisions incidentes n'est recevable que si elles 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 (art. 57 let. c LPA)

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue au sujet de l'art. 93 al. 1 let. a de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110) dont la teneur est semblable à celle de l'art. 57 let. c LPA, un préjudice irréparable est un dommage qui ne peut pas être réparé par un jugement final ou une autre décision favorable au recourant (ATF 134 III 188). Selon la jurisprudence du tribunal de céans, moins restrictive, un tel préjudice suppose que le recourant ait un intérêt digne de protection à ce que la décision attaquée soit immédiatement annulée ou modifiée, comme par exemple un intérêt économique ou un intérêt tiré du principe d'économie de procédure (ATA/628/2008 du 16 décembre 2008 et les références citées).

En l'espèce, le recourant invoque son souhait de se marier à Genève et de préparer son départ de Suisse dans des conditions permettant d'organiser l'exercice de son droit de visite sur son fils. Au vu de l'ensemble des circonstances, le tribunal de céans retiendra l'existence d'un intérêt digne de protection au sens de l'art. 57 let. c LPA. Le recours est ainsi recevable.

3. 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 (ATF 126 V 407 ; 116 Ib344). En effet, la fonction de l'effet suspensif est de maintenir un régime juridique prévalant avant la décision contestée (P. MOOR, Droit administratif, Berne 2002, n°5. 7. 3. 3 p. 681). Si, sous le régime antérieur, le droit ou le statut dont la reconnaissance fait l'objet du contentieux judiciaire n'existait pas ou est échu, 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 ne bénéficiait pas (P. MOOR, op. cit. n°5. 7. 3. 3 p. 680).

4. Lorsque le refus de l'OCP de renouveler une autorisation de séjour à un étranger est contesté devant le Tribunal administratif, et que le destinataire de la décision sollicite la restitution de l'effet suspensif en vue d'être autorisé à rester en Suisse jusqu'à droit jugé sur son recours, il y a lieu de distinguer entre la situation de celui qui, lorsqu'elle intervient, réside en Suisse au bénéfice d'un statut légal, de celle de l'étranger qui ne bénéficie d'aucun droit de séjour. Dans le premier cas, le Tribunal administratif 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 de séjour en Suisse. Il ne pourra pas en faire de même dans le deuxième cas, vu le caractère purement négatif de la décision administrative contestée. Dans cette dernière hypothèse, l'étranger qui veut obtenir des aménagements de ses conditions de séjour pendant la durée de la procédure doit solliciter des mesures provisionnelles, aux conditions cependant restrictives de l'art. 21 LPA, comme le tribunal de céans a eu récemment l'occasion de le rappeler (ATA/280/2009 du 11 juin 2009 et ATA/278/2009 du 4 juin 2009).

En l'espèce, la dernière autorisation de séjour du recourant est venue à échéance le 17 novembre 2005 et la décision de refus de renouvellement est intervenue le 21 juillet 2009, le recourant étant autorisé à demeurer en Suisse en attendant cette décision. La commission aurait donc dû statuer sous l'angle de la restitution d'effet suspensif et non des mesures provisionnelles (ATA/461/2009 du 22 septembre 2009). Le fait qu'elle ait examiné sous l'angle de ces dernières est toutefois sans incidence sur l'issue du litige, dans la mesure où celui-ci porte sur l'appréciation des intérêts en présence, qui sont identiques dans les deux hypothèses.

5. Tant l'OCP que la commission ont retenu que le recourant représentait un danger pour l'ordre et la sécurité publics et que l'intérêt public à les préserver l'emportait sur l'intérêt privé de l'intéressé à demeurer en Suisse.

Le recourant a été condamné à réitérées reprises pour des infractions qu'il minimise mais qui n'en constituent pas moins des crimes au sens de l'art. 10 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0), et lui ont valu plus de quatre ans d'emprisonnement au total. Le motif pour lequel il souhaite pouvoir demeurer à Genève n'est pas de continuer à y vivre en raison d'une bonne intégration antérieure, mais seulement de s'y marier avec une ressortissante française domiciliée en France, afin de pouvoir être autorisé à s'établir ensuite dans ce dernier pays au bénéfice du regroupement familial. Il ne fait état d'aucun obstacle pertinent à ce qu'il se rende en Tunisie, ni d'un quelconque empêchement à ce qu'il organise son droit de visite avec son fils depuis cet Etat. Enfin, le régime de fin de peine auquel il sera soumis dès le 26 novembre 2009 lui permettra de mener à bien les démarches administratives qu'il estimera utiles en vue de l'organisation de son mariage. L'intérêt privé invoqué par le recourant

n'est ainsi par de nature à l'emporter sur l'intérêt public retenu par l'instance inférieure.

Au vu de ce qui précède, force est de constater que l'OCP n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation en déclarant sa décision exécutoire nonobstant recours et que la commission a refusé à bon droit de restituer l'effet suspensif au recours. Mal fondé, le recours sera rejeté.

Aucun émolument ne sera perçu, vu la demande d'assistance juridique en cours (art. 12 al. 2 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 - RFPA - E 5 10.03). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée au recourant compte tenu de l'issue du litige (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 17 septembre 2009 par Monsieur H_____ contre la décision de la commission cantonale de recours en matière administrative du 2 septembre 2009 ;

au fond :

le rejette ;

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

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 ;

communique le présent arrêt à Me Ridha Ajmi, avocat du recourant, à l'officier cantonal de la population, ainsi qu'à la commission cantonale de recours en matière administrative et à l'office fédéral des migrations.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Thélin, Mmes Hurni et Junod, M. Dumartheray,
juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :

C. Del Gaudio-Siegrist

la présidente :

L. Bovy

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 :

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.