

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3147/2012-PE

ATA/22/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 10 janvier 2013

sur effet suspensif
et mesures provisionnelles

dans la cause

Monsieur Y_____

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
15 novembre 2012 (JTAPI/1393/2012)**

Attendu, en fait, que :

1. Monsieur Y_____, ressortissant algérien né en 1962, est arrivé en Suisse en 1990 et y a résidé sans autorisation jusqu'au mois de janvier 1991. Suite à un premier mariage, il y alors été mis au bénéfice d'un permis de séjour.
2. Le 18 septembre 2001, M. Y_____ a épousé Madame X_____ Y_____. Des mesures protectrices de l'union conjugale ont été ordonnées par le Tribunal de première instance au mois de mars 2006, confirmées par arrêt de la Cour de justice du 10 août 2006. Selon cet arrêt, M. Y_____ et Mme X_____ Y_____ vivaient séparés depuis le mois de septembre 2003.
3. Le 28 décembre 2006, l'Office fédéral des migrations (ci-après : ODM) a refusé d'approuver la prolongation de l'autorisation de séjour de l'intéressé, qui avait été transmise par l'Office cantonal de la population (ci-après : OCP) avec un préavis positif. Cette décision a été confirmée le 28 janvier 2010 par le Tribunal administratif fédéral, puis le 9 juin 2010 par le Tribunal fédéral.
4. Le 16 août 2010, M. Y_____ a sollicité de l'OCP le réexamen de sa situation. Cette demande a été transmise, pour raison de compétence, à l'ODM qui a refusé d'entrer en matière le 28 novembre 2011.
5. Le 5 avril 2012, M. Y_____ a sollicité de l'OCP la délivrance d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur. Il a précisé, le 19 avril 2012, que la vie commune avec son épouse avait perduré jusqu'au mois de septembre 2004 et non jusqu'au mois septembre 2003, comme retenu jusqu'alors.
6. Le 4 juin 2012, l'OCP a décidé de transmettre à l'ODM cette requête, pour raison de compétence.
7. Le 14 juin 2012, M. Y_____ a saisi le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) d'un recours contre cette décision, concluant préalablement à l'octroi de l'effet suspensif. La cause devait être renvoyée à l'OCP pour que cet office examine la durée de la vie commune des époux.
8. Par jugement du 13 juillet 2012, le TAPI a admis le recours et renvoyé le dossier à l'OCP. Ce dernier devait examiner s'il y avait lieu ou non d'entrer en matière sur la demande de reconsidération.
9. Le 24 septembre 2012, l'OCP a refusé d'entrer en matière sur la requête précitée. La durée de la vie commune des époux ne constituait pas un fait nouveau et était antérieure à l'entrée en vigueur des modifications de la loi fédérale sur les étrangers.

10. Le 18 octobre 2012, M. Y_____ a saisi le TAPI d'un recours contre la décision précitée, rappelant l'histoire de sa vie commune.
11. Par jugement du 15 novembre 2012, le TAPI a rejeté le recours, les allégations du recourant quant à la durée de la vie commune ne constituaient pas un fait nouveau et n'étaient au surplus pas convaincantes.
12. Par acte du 4 décembre 2012, M. Y_____ a saisi la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) d'un recours contre le jugement précité, concluant à ce que des mesures provisionnelles soient prononcées et à ce que l'OCP entre en matière sur la demande de réexamen.
13. Le 10 décembre 2012, le TAPI a transmis son dossier.
14. Le 18 décembre 2012, l'OCP a conclu au rejet de la demande de restitution de l'effet suspensif ou d'octroi de mesures provisionnelles. M. Y_____ n'avait plus de titre de séjour valable depuis 2006. Les demandes de reconsidération qu'il avait déposées avaient fait l'objet de décisions de refus d'entrée en matière et il ne disposait plus d'un statut légal en Suisse. Les mesures provisionnelles sollicitées équivaldraient à l'admission du recours sur le fond.

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. Selon l'art. 48 al. 2 LPA, les demandes de reconsidération n'entraînent ni interruption de délai ni effet suspensif.

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).

3. 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. La jurisprudence a encore précisé que, 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. 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, 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).

4. 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).

5. En l'espèce, la décision de l'OCP du 24 septembre 2012 a un contenu négatif, puisqu'elle refuse d'entrer en matière sur une demande de reconsidération. De plus, le recourant ne dispose plus, depuis plusieurs années, d'un statut légal en Suisse, si bien qu'une restitution de l'effet suspensif n'est pas possible. La demande s'y rapportant sera par conséquent rejetée.
6. Quant à la demande de mesures provisionnelles, elle doit également être refusée.

Le statut légal du recourant en Suisse a fait l'objet d'un règlement définitif à la suite de la confirmation le 9 juin 2010 par le Tribunal fédéral de la décision de l'ODM du 28 décembre 2006 qui déploie ses effets même pendant la procédure de réexamen. Il n'est pas possible de revenir sur celui-ci sauf à compromettre gravement la sécurité du droit (ATA/485/2010 et ATA/318/2009 précités) ;

L'admission du recourant sur territoire suisse jusqu'à droit jugé équivaldrait à lui accorder une autorisation de séjour correspondant ainsi à ce qu'il demande au fond.

7. 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 la restitution de l'effet suspensif au recours et 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 ;

communique la présente décision, en copie, à Monsieur Y_____, 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/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.

- 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.