

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2023/2009-PE

ATA/245/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 12 avril 2011

2^{ème} section

dans la cause

Monsieur A_____

représenté par Me Nils De Dardel, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION

Recours contre la décision de la commission cantonale de recours en matière administrative du 10 juillet 2009 (DCCR/710/2009)

EN FAIT

1. Monsieur A_____, ressortissant turc, est né le _____ 1976.
2. Arrivé en Suisse en compagnie de sa sœur S_____ A_____, il a déposé une demande d'asile le 3 mars 2003. Il a été attribué au canton de Genève.

Sa demande a été rejetée par l'office fédéral des réfugiés (ci-après : ODR) et un délai au 11 février 2005 lui a été imparti pour quitter la Suisse.

3. Par arrêt du 7 avril 2009, le Tribunal administratif fédéral a rejeté le recours interjeté par M. A_____ contre la décision précitée.
4. Le 15 avril 2009, l'office fédéral des migrations (ci-après : ODM) a informé M. A_____ que suite à l'entrée en force des décisions de refus d'asile et de renvoi, il ne pouvait plus bénéficier de l'aide sociale telle que définie dans la loi sur l'asile du 26 juin 1998 (LAsi - RS 142.31). Un nouveau délai de départ au 11 mai 2009 lui était imparti.
5. Le 7 mai 2009, sous la plume de son conseil, M. A_____ a requis de l'OCP une autorisation de séjour fondée sur l'art. 14 al. 2 LAsi.

Il était d'origine kurde, d'un village réputé pour son opposition au régime d'Ankara. Il était membre du HADEP et de religion alaouite. Tous ces éléments rendaient sa situation très défavorable vis-à-vis des autorités turques, qui étaient au courant de son séjour en Suisse et de sa demande d'asile, et mèneraient à son arrestation, dès son arrivée en Turquie. D'ailleurs, plusieurs membres de sa famille avaient trouvé refuge en Suisse. Son frère, Monsieur E_____ A_____ avait obtenu l'asile en Suisse. Ses cousins germains, Monsieur et Madame F_____ et O_____ A_____ avaient obtenu l'asile, Madame L_____ A_____ était au bénéfice d'un permis de séjour suite à son admission provisoire, Monsieur N_____ A_____ et Madame H_____ A_____ étaient respectivement au bénéfice d'un titre de voyage et d'un permis C.

Il était dépourvu de passeport turc. En sollicitant un document de voyage de la part des autorités turques, il attirerait l'attention sur lui.

En Suisse, il avait été employé par le restaurant « I_____ », à la rue M_____ depuis 2003, puis par le restaurant « L_____ », à la rue de Z_____ , depuis 2008.

6. Le 8 mai 2009, l'office cantonal de la population (ci-après : OCP) a établi une attestation d'aide au départ, valable jusqu'au 9 juin 2009, en faveur de M. A_____.

7. Le 11 mai 2009, l'OCP a informé M. A_____ qu'il n'était pas disposé à soumettre son dossier à l'ODM en vue d'une régularisation de son séjour. Son séjour en Suisse avait duré six ans, contre vingt-sept dans son pays natal. Il était jeune et en bonne santé. Son retour dans son pays ne lui occasionnerait pas des difficultés insurmontables.

8. Le 5 juin 2009, M. A_____ a recouru auprès de la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : la commission), devenue depuis le 1^{er} janvier 2011 le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI), contre la décision de l'OCP.

Il a repris en substance les termes de sa demande du 7 mai 2009. L'attestation de départ et d'aide d'urgence accordée par l'OCP était valable jusqu'au 9 juin 2009 et n'avait pas été renouvelée. Son autorisation de travail arrivait bientôt à échéance mais il avait été autorisé à travailler jusqu'au 15 juin 2009. Il remplissait les conditions de l'art. 14 al. 2 LAsi. Il était intégré à Genève. Une grande partie de sa famille avait été accueillie en Suisse. Il produisait des lettres de soutien établies par plusieurs membres de sa famille.

Sur mesures provisionnelles, il a conclu à la suspension de la décision de renvoi jusqu'à droit jugé.

9. Le 15 juin 2009, l'OCP a répondu que selon les directives fédérales, le titulaire d'un permis pour requérant d'asile ne pouvait pas solliciter l'octroi d'une autorisation de séjour. Seul le canton pouvait proposer à l'ODM l'octroi d'une telle autorisation. L'étranger n'ayant qualité de partie que dans le cadre de la procédure d'approbation auprès de l'ODM, le recours était irrecevable. L'attestation du recourant avait été prolongée et le serait jusqu'à son départ.

10. Le 10 juillet 2009, la commission a déclaré irrecevable le recours de M. A_____ pour défaut de qualité pour agir.

11. Le 12 août 2009, M. A_____ a recouru auprès du Tribunal administratif, devenu depuis le 1^{er} janvier 2011 la chambre administrative de la section administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), en concluant à l'annulation de la décision de la commission et au renvoi de la cause à celle-ci ou à la transmission de son dossier à l'ODM en vue de régulariser son séjour. Sur mesures provisoires, il convenait de surseoir à tout renvoi jusqu'à droit jugé et à l'octroi d'une autorisation de travailler.

La décision de l'OCP était une décision finale au plan du droit cantonal. En application de l'art. 57 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), le recours était recevable. La loi d'application de la loi fédérale sur l'asile du 18 décembre 1987 (LaLAsi - F 2 15) ne contenait aucune

clause quelconque excluant un recours aux instances cantonales contre la décision initiale d'ouverture d'une procédure selon l'art. 14 al. 2 LAsi.

12. Le 25 août 2009, la commission a déposé son dossier.
13. Le 9 septembre 2009, l'OCP a persisté dans son argumentation développée devant la commission. Il s'opposait à la restitution de l'effet suspensif ainsi qu'à l'octroi de mesures provisionnelles.
14. Le 22 septembre 2009, la présidente du Tribunal administratif a rejeté la requête de mesures provisionnelles.
15. Le 28 septembre 2009, l'OCP a répondu au recours.

Son courrier du 11 mai 2009 n'était pas une décision sujette à recours dans la mesure où M. A_____ ne pouvait pas solliciter une autorisation de séjour en application de l'art. 14 al. 2 LAsi. Le recours était irrecevable.

16. Le 29 octobre 2009, M. A_____ a répliqué. L'art. 29a de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) prévoyait que toute personne avait droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. L'art. 14 al. 4 LAsi n'excluait pas le requérant de la procédure strictement réservée au canton.
17. Le 2 novembre 2009, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger, un délai au 16 novembre étant fixé pour d'éventuelles déterminations complémentaires.
18. Le 9 novembre 2009, l'OCP a maintenu sa position.
19. Le 9 mars 2010, l'OCP a informé l'ODM que M. A_____ ne s'était pas présenté à une convocation en vue de son renvoi par un vol réservé pour le 28 janvier 2010. Il avait quitté son domicile genevois.

EN DROIT

1. Depuis le 1^{er} janvier 2011, suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), l'ensemble des compétences jusqu'alors dévolues au Tribunal administratif a échu à la chambre administrative de la Cour de justice, qui devient autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 131 et 132 LOJ).

Les procédures pendantes devant le Tribunal administratif au 1^{er} janvier 2011 sont reprises par la chambre administrative (art. 143 al. 5 LOJ). Cette dernière est ainsi compétente pour statuer.

2. Interjeté en temps utile devant la juridiction alors compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - aLOJ - E 2 05 - dans sa teneur au 31 décembre 2010 et art. 63 al. 1 let. a LPA dans sa teneur au 31 décembre 2010).

3. La décision d'irrecevabilité a été rendue en application de l'art. 14 al. 4 LAsi au motif que le requérant d'asile débouté n'a pas qualité pour agir s'agissant de la décision de l'autorité cantonale compétente pour octroyer une autorisation de séjour pour cas de rigueur.

a. Sous réserve de l'approbation de l'ODM, le canton peut octroyer une autorisation de séjour à toute personne qui lui a été attribuée conformément à la LAsi, si la personne concernée séjourne en Suisse depuis au moins cinq ans à compter du dépôt de la demande d'asile, si le lieu de séjour de la personne concernée a toujours été connu des autorités et finalement, s'il s'agit d'un cas de rigueur grave en raison de l'intégration poussée de la personne concernée (art. 14 al. 2 LAsi).

b. Lorsqu'il entend faire usage de cette possibilité, le canton le signale immédiatement à l'ODM (art. 14 al. 3 LAsi). La personne concernée n'a qualité de partie que lors de la procédure d'approbation de l'ODM (art. 14 al. 4 LAsi).

A contrario, le requérant, qui ne peut faire valoir aucun droit à une autorisation de séjour, n'a pas qualité de partie dans la procédure menant à la décision de l'autorité cantonale compétente d'octroyer ou de refuser de soumettre son dossier à l'ODM en vue de l'octroi d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur (Arrêt du Tribunal fédéral 2D_41/2010 du 15 décembre 2010, destiné à la publication, consid. 4.1 ; 2C_853/2008 du 28 janvier 2009 ; ATA/507/2010 du 3 août 2010).

4. Toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. La Confédération et les cantons peuvent, par la loi, exclure l'accès au juge dans des cas exceptionnels (art. 29a Cst.).

Sur cette base, le Tribunal fédéral a jugé qu'il ne faisait aucun doute que le défaut de voie de recours judiciaire contre la décision de l'administration cantonale refusant d'ouvrir une procédure en autorisation de séjour selon l'art. 14 al. 2 LAsi, contrevenait à la garantie constitutionnelle offerte par l'art. 29a Cst. (Arrêt du Tribunal fédéral 2D_41/2010 précité, consid. 4.3.2).

En revanche, cette absence de voie de recours sur le plan cantonal ne violait aucune disposition de droit international (Arrêt du Tribunal fédéral 2D_41/2010 précité, consid. 4.4).

Étant toutefois tenu d'appliquer les dispositions du droit fédéral, même inconstitutionnelles (art. 190 Cst.), le Tribunal fédéral a, dans l'arrêt précité

toujours, confirmé la décision d'irrecevabilité d'un recours déposé dans le cadre de l'art. 14. al. 2 LAsi et invité le législateur fédéral à réexaminer la teneur de l'art. 14 al. 4 LAsi afin qu'il trouve une solution conforme à la Constitution.

La règle de l'immunité des lois fédérales valant pour toutes les autorités judiciaires et non judiciaires, cantonales aussi bien que fédérales (J.-F. AUBERT/P. MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, 2003, p. 1453), la commission était fondée à déclarer le recours irrecevable.

5. Le recours sera rejeté. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge du recourant. Il ne lui sera alloué aucune indemnité de procédure (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 12 août 2009 par Monsieur A_____ contre la décision de la commission cantonale de recours en matière administrative du 10 juillet 2009 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de Monsieur A_____ un émolument de CHF 400.- ;

dit qu'il ne lui est pas 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 Nils De Dardel, avocat du recourant, à l'office cantonal de la population, au Tribunal administratif de première instance et, pour information, à l'office fédéral des migrations.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, Mme Hurni, M. Dumartheray, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

la présidente siégeant :

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 ;

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.

...

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 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.