

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2965/2013-FORMA

ATA/696/2013

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Décision sur mesures provisionnelles**

**du 17 octobre 2013**

dans la cause

**T\_\_\_\_\_**, mineur représenté par sa mère **Madame C\_\_\_\_\_**  
représentés par Me Cyril Mizrahi, avocat

contre

**DÉPARTEMENT DE L'INSTRUCTION PUBLIQUE, DE LA CULTURE ET DU  
SPORT**

---

Attendu, en fait, que :

- 1) L'enfant T\_\_\_\_\_, né le \_\_\_\_\_2002, est atteint d'un trouble du spectre autistique et d'un déficit de l'attention avec hyperactivité et dyspraxie.
- 2) Jusqu'en février 2010, il a été scolarisé dans l'enseignement ordinaire. Durant les années scolaires 2010/2011 et 2011/2012, il a fréquenté le centre médico-pédagogique (ci-après : CMP) de X\_\_\_\_\_, puis il a suivi un programme d'enseignement à distance dispensée par une institution éducative française, le Centre national d'enseignement à distance (ci-après : CNED). Durant l'année scolaire 2012/2013, il a été intégré à temps très partiel (une demi-journée jusqu'en octobre 2012, puis une demi-matinée par semaine durant le reste de l'année scolaire 2012/2013) à l'école primaire des Y\_\_\_\_\_. Parallèlement, il a été scolarisé une demi-journée par semaine au CMP de X\_\_\_\_\_. Le reste du temps, il a été pris en charge par différents intervenants mandatés par la famille.
- 3) Dès le mois de janvier 2013, la situation future de l'enfant pour l'année scolaire 2013/2014 a été évoquée entre la direction de l'office médico-pédagogique (ci-après : OMP) et Madame C\_\_\_\_\_, sa mère.

Cette dernière a demandé à ce que l'enfant soit intégré dans une école ordinaire, soit à l'école des Y\_\_\_\_\_, en étant accompagné par une personne qu'elle choisirait et qu'elle indemniserait. Elle a présenté un projet détaillé de scolarisation allant dans ce sens.

Pour le directeur de l'OMP, l'intégration demandée n'était pas possible en raison notamment des troubles de santé que l'enfant présentait. En outre, au vu du programme d'enseignement mis sur pied pour celui-ci, elle constatait que l'enfant restait principalement scolarisé sous la responsabilité de sa mère, dans le cadre d'une « scolarité dite à domicile ». Or, son intégration dans une école ordinaire ne serait envisageable qu'au moyen d'un accompagnement spécialisé dont les conditions n'étaient pas réunies puisque celui-ci ne fréquentait le CMP qu'à temps très partiels. La solution que la mère de l'enfant proposait, soit une intégration avec prise en charge du financement d'un accompagnant par les parents n'était pas envisageable pour des raisons d'égalité de traitement entre les enfants au sein du service public. Si le vœu de sa mère allait dans ce sens, elle devait recourir à une institution spécialisée privée. Seul était possible pour l'OMP un accompagnement organisé et sous la responsabilité d'une structure de l'enseignement spécialisé public ou subventionné sinon par un assistant à l'intégration scolaire (ci-après : AIS) si les conditions étaient réunies. Pour l'année scolaire 2013/2014, la direction de l'OMP proposait une intégration de l'enfant au CMP de X\_\_\_\_\_ à 50 % voire, si cela était possible, à un taux supérieur à celui-ci.

- 4) Le 2 juillet 2013, la directrice de la scolarité spécialisée de l'intégration, a écrit à Mme C\_\_\_\_\_. Reprenant les termes d'un entretien du 14 juin 2013, elle lui a

rappelé le cadre dans lequel la scolarité de l'enfant devait se dérouler selon les directives adressées aux directions de l'OMP et de l'enseignement primaire. L'enfant devra être scolarisé au moins à 50 % au CPM de X\_\_\_\_\_ pour ne pas être considéré comme étant scolarisé à domicile et pouvoir prétendre, à plus ou moins long terme, à une intégration en ordinaire. Sur ce dernier point, le CPM de X\_\_\_\_\_ se voyait attribuer un onzième élève pour l'année scolaire à venir. L'effectif des élèves était donc en augmentation alors que le taux d'encadrement restait le même. L'OMP avait dû prendre la décision d'arrêter le projet d'intégration de l'enfant dans une classe ordinaire puisque la présence d'un adulte formé en autisme était nécessaire pour l'accompagnement de ce dernier dans son école. Celui-ci viendrait au CPM de X\_\_\_\_\_ les lundi, mardi et jeudi matin, pour autant qu'un AIS puisse être mis en place pour les mardi et les jeudis afin de permettre l'accompagnement de l'enfant à l'école.

- 5) Le 16 juillet 2013, à la demande de Madame C\_\_\_\_\_, le directeur de l'OMP lui a notifié une décision mentionnant les voies de recours possibles concernant l'intégration de son fils. Celui-ci ne serait plus intégré à l'école ordinaire de la rentrée prochaine pour les motifs expliqués dans le courrier du 2 juillet 2013 précité. Cependant ces conditions ne pouvaient être malheureusement réunies. L'enfant serait donc pris en charge au CPM de X\_\_\_\_\_ et bénéficierait du transport collectif des élèves vers ce centre.

Cette décision était exécutoire nonobstant recours.

- 6) Par courrier du 24 juillet 2013 le secrétariat à la pédagogie spécialisée a communiqué à Madame C\_\_\_\_\_ un projet de décision de refus d'attribution d'un AIS au motif que l'enfant n'était pas scolarisé dans l'enseignement ordinaire.
- 7) Selon le livret de compétences du 28 juillet 2013 établi par le CNED pour l'année scolaire 2012/2013 qui évaluait les aptitudes de l'enfant à l'issue de l'année scolaire 2012/2013, la quasi-totalité de ses compétences était acquise dans toutes les matières évaluées. Il était admis au niveau supérieur.
- 8) Par acte posté le 16 septembre 2013, Madame C\_\_\_\_\_, agissant pour le compte de son fils, a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision de la direction de l'OMP du 16 juillet 2013, concluant à son annulation et à ce que l'enfant se voie octroyer un accompagnement à mi-temps au sein d'une classe de l'enseignement ordinaire.

Le droit à la formation, découlant du pacte de l'ONU international du 28 juillet 2013 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 (Pacte I - RS 0.103.1), de la Convention de l'ONU du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (RS 0.103), du droit à un enseignement de base suffisant et gratuit reconnu par l'art. 19 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du

18 avril 1999 (Cst. - RS 101) ; de l'interdiction de la discrimination au sens de l'art. 8 al. 2 Cst., des dispositions de la loi fédérale sur l'égalité pour les handicapés (LHand - RS 151.3), de celles de l'accord intercantonal sur la collaboration dans le domaine de la pédagogie spécialisée auquel le canton de Genève avait adhéré le 18 décembre 2008, du droit à l'éducation, la formation et à la formation continue garantie par l'art. 24 de la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 (Cst-GE - A 2 00) et des dispositions de la loi sur l'intégration des enfants et des jeunes à besoins éducatifs particuliers ou handicapés du 14 novembre 2008 (LIJBEP - C 1 12) et de celles du règlement sur l'intégration des enfants et des jeunes à besoins éducatifs particuliers ou handicapés du 21 septembre 2011 (RIJBE - C 1 12) avaient pour conséquence que l'intégration d'un enfant handicapé à l'école ordinaire n'était pas laissée à la libre appréciation de l'Etat qui ne pouvait y renoncer en fonction de seules considérations d'ordre budgétaire.

Admettre l'inverse viderait de sa signification la notion même de droit à la formation en tant que droit subjectif accordé à un individu. La mère de l'enfant ne demandait pas une intégration à plein temps avec un enseignant spécialisé mais un accompagnement à mi-temps avec une personne formée dans le domaine de l'autisme, enseignant spécialisé ou éducateur conformément à ce que préconisaient des spécialistes qui suivaient l'enfant. Subsidiairement elle demandait une intégration de deux demi-journées par semaine dans une école ordinaire. La décision querellée, fondée exclusivement sur des considérations budgétaires et organisationnelles, violait les droits fondamentaux de l'enfant. Elle n'était au demeurant pas motivée.

A titre provisionnel, l'enfant devait se voir octroyer, pour toute la durée de la procédure, un accompagnement durant au moins deux demi-journées au sein d'une classe de l'enseignement ordinaire (6<sup>e</sup> année - Harmos) ou se voir restituer l'effet suspensif à son recours. En effet, au vu de la durée de la procédure, celui-ci serait en grande partie vidé de son sens sans l'octroi de mesures provisionnelles. Celles qui étaient sollicitées étaient supportables financièrement par l'Etat. Le dommage résultant pour l'enfant de la violation de ses droits fondamentaux était avéré. Subsidiairement, il y avait lieu de restituer l'effet suspensif à la décision. En effet, aucun intérêt public prépondérant ne s'y opposait.

- 9) Par mémoire du 30 septembre 2013, l'autorité intimée a conclu au rejet de la demande de mesures provisionnelles urgentes et de restitution de l'effet suspensif. Le Tribunal fédéral avait eu l'occasion de définir les principes applicables en matière de prise en charge scolaire des enfants et jeunes à besoins éducatifs particuliers ou handicapés. Le droit constitutionnel garantissait seulement une formation appropriée et suffisante selon l'expérience, dans les écoles publiques. Un accompagnement individuel plus étendu n'était pas exigible au regard des capacités financières de l'état. Le droit à la formation scolaire de base gratuite ne donnait pas droit à la scolarité optimale ou la plus appropriée pour un enfant.

En l'espèce, la décision querellée constituait une décision négative. La restitution de l'effet suspensif au recours interjeté contre une telle décision était exclue. L'enfant ne pouvait être intégré en école ordinaire sans l'accompagnement d'un enseignant détaché par lots MP est spécialisé dans l'autisme. Par sa décision du 16 juillet 2013, l'OMP avait mis fin à l'intégration très partielle de T\_\_\_\_\_ dans l'enseignement ordinaire de la rentrée 2013, pour des raisons budgétaires principalement. Cette décision ne lésait pas les droits de l'enfant. En effet, la proposition de le scolariser au sein du CMP de X\_\_\_\_\_ respectait la garantie de l'art. 62 Cst. Le refus de l'intégration, même à temps partiel, dans une classe ordinaire, ne pouvait être considéré comme discriminatoire ou contraire au droit à la scolarisation de l'enfant. Elle n'était pas d'ordre purement scolaire puisque que celui-ci n'était pas susceptible d'accéder aux apprentissages prévus par le plan d'études ordinaires. Elle était destinée à améliorer la socialisation de l'enfant par le contact avec les élèves. Elle n'entraînait pas dans la notion d'enseignement optimal ou idéal au sens de la jurisprudence. Si l'enfant avait pu bénéficier de l'aménagement sollicité durant l'année scolaire 2012/2013, l'effectif des enseignants du CPM de X\_\_\_\_\_ ne permettait plus pour l'année scolaire 2013/2014 de mettre en place un dispositif permettant une telle mesure.

Le recourant ne saurait être réintégré provisoirement à l'école ordinaire par le biais de la restitution de l'effet suspensif. Pour la même raison, il n'y avait pas place au prononcé de mesures provisionnelles qui anticiperaient sur le jugement définitif ou équivaldraient à une condamnation provisoire sur le fond.

Considérant, en droit, que :

- 1) La compétence pour ordonner, d'office ou sur requête, des mesures provisionnelles en lien avec un recours appartient au président de la chambre administrative (art. 21 al. 1 et 66 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; art. 7 ch. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 21 décembre 2010).
- 2) Sauf disposition légale contraire, le recours a effet suspensif (art. 66 al. 1 LPA).

L'autorité décisionnaire peut toutefois ordonner l'exécution immédiate de sa propre décision, nonobstant recours, tandis que l'autorité judiciaire saisie d'un recours peut, d'office ou sur requête, restituer l'effet suspensif à ce dernier (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 négative, 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 ; P.WEISSENBERG / A.HIRZEL, Der suspensiveeffekt und andere vorsorgliche Massnahme, p. 166 in I. HAENER / B. WALDMANN, Brennpunkte im Verwaltungsprozess, Fribourg 2013 ; U. HÄFELIN / G. MÜLLER / F. UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6<sup>ème</sup> éd., 2010, n. 1800 ; P. MOOR / E. POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3<sup>ème</sup> éd., 2010, p. 814 n. 5, 8. 3. 3).

b. Lorsqu'une décision négative 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/833/2012 du 14 décembre 2012 consid. 3 ; 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.
- 5) Par ailleurs, selon la jurisprudence constante, les mesures provisionnelles – au sens de l'art. 66 al. 2 ou de l'art. 21 al. 1 LPA - ne sont légitimes que si elles s'avèrent indispensables au maintien d'un état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts compromis (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, 265).
- 6) Le recours est dirigé contre une décision refusant à l'enfant de mettre en place des mesures d'intégration dans l'enseignement ordinaire durant l'année scolaire 2013/2014. Il s'agit de mesures d'intégration s'ajoutant à la prise en charge à temps

partiel proposée à l'enfant par l'enseignement public dans le cadre du CPM de X\_\_\_\_\_. L'enfant ne bénéficiait pas d'une telle prise en charge durant l'année scolaire 2012/2013 dans la mesure où d'octobre 2012 à juin 2013, cette intégration n'avait pas dépassé une demi-matinée par semaine d'octobre 2012 à juin 2013. La décision du 16 juillet 2013 est donc une décision qui refuse la mise en place d'un dispositif de prise en charge particulier pour l'enfant pour deux matinées, qui n'existait pas jusque-là. Dans ces circonstances, il s'agit d'une décision de refus qui ne peut, par définition, faire l'objet d'une restitution de l'effet suspensif dans le cadre d'une procédure de recours, conformément aux principes jurisprudentiels qui ont été rappelés ci-dessus.

- 7) Sous l'angle de l'art. 21 LPA, le prononcé d'une mesure provisionnelle obligeant l'OMP à mettre en place des mesures permettant l'intégration de l'enfant dans l'enseignement ordinaire ne constitue pas une mesure dictée par la nécessité de maintenir un état de fait pour les raisons exposées ci-dessus. En outre, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les art. 19 et 62 Cst. garantissent une offre de formation appropriée mais non pas de manière absolue, tout accompagnement individuel plus étendu du titulaire du droit (JT 2013 I 133 p. 115-116 ; ATF 130 I 352 consid. 3.3. ; ATF 129 I 12 consid. 6.4). Le prononcé de la mesure sollicitée ne peut donc pas non plus se fonder sur la sauvegarde d'un intérêt juridiquement compromis, *prima facie*, par ces garanties. En outre, donner suite à la requête présentée reviendrait à anticiper l'arrêt sur le fond de manière provisoire, ce qui ne constitue pas la finalité des mesures provisionnelles.
- 8) La demande de mesures provisionnelles, subsidiairement de restitution de l'effet suspensif suite au dépôt du recours contre la décision du 19 juillet 2013, sera rejetée.

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

### **LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

rejette la demande de mesures provisionnelles, subsidiairement refuse de restituer l'effet suspensif au recours interjeté par le mineur T\_\_\_\_\_, représenté par sa mère Madame C\_\_\_\_\_, contre la décision de la direction de l'office médico-pédagogique du département de l'instruction publique, de la culture et du sport du 19 juillet 2013 ;

dit que les frais suivront le sort de la procédure ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et

porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il 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 la présente décision, en copie, à Me Cyril Mizrahi, avocat du mineur T\_\_\_\_\_, représenté par sa mère Madame C\_\_\_\_\_, ainsi qu'à département de l'instruction publique, de la culture et du sport.

Au nom de la chambre administrative :

Le président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :