

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3344/2008-PE

ATA/381/2009

DÉCISION

DE LA

PRÉSIDENTE DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 31 juillet 2009

sur mesures provisionnelles

dans la cause

Madame D_____

représentée par Me Olivier Cramer, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION

Recours contre la décision de la commission cantonale de recours en matière administrative du 16 juin 2009 (DCCR/577/2009)

Attendu en fait

que Madame D_____, née le _____1956, ressortissante marocaine, est arrivée en Suisse, à Genève, en 2006 et y a séjourné sans être au bénéfice d'une autorisation ;

que le 16 août 2007, elle a épousé Monsieur D_____, né le _____1936, ressortissant portugais, domicilié à Genève, au bénéfice d'un permis d'établissement ;

que le 25 août 2007, Mme D_____ a déposé auprès de l'office cantonal de la population (ci-après : OCP) une demande d'autorisation de séjour et de travail en tant qu'indépendante ;

que le 19 novembre 2007, M. D_____ a informé l'OCP que son épouse avait quitté le domicile conjugal et qu'il voulait « arrêter ce mariage » ;

que le 23 janvier 2008, statuant sur requête de mesures protectrices de l'union conjugale déposée par M. D_____, le Tribunal de première instance a autorisé les époux D_____ à vivre séparément et a attribué à M. D_____ la jouissance exclusive du domicile conjugal, sans contribution d'entretien, cela d'accord entre les parties ;

que le 19 février 2008, M. D_____ a confirmé à l'OCP qu'il ne voulait plus vivre avec sa femme et ne savait pas si elle était d'accord pour divorcer, mais lui en avait l'intention, ayant compris qu'il avait été utilisé pour « les papiers » ;

que le 14 mars 2008, Mme D_____ a confirmé qu'elle était séparée de son époux depuis décembre 2007 et cela à la demande de M. D_____, qui ne voulait pas qu'elle déclare son activité de femme de ménage. Elle ne voulait pas divorcer et ne considérait pas la séparation comme définitive ;

que, le 5 mai 2008, Mme D_____ a réitéré sa demande d'autorisation de séjour, son mari étant au bénéfice d'un permis d'établissement et elle-même ayant une appréciation divergente de celle de son mari quant à l'évolution de la situation de leur couple ;

que le 13 août 2008, l'OCP a refusé de délivrer une autorisation de séjour à Mme D_____ et lui a imparti un délai au 31 octobre 2008 pour quitter la Suisse, l'union conjugale étant manifestement rompue et l'intéressée abusant de son droit en s'en prévalant ;

que le 17 septembre 2008, Mme D_____ a recouru auprès de la commission cantonale de recours en matière de police des étrangers, remplacée le 1^{er} janvier 2009 par la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : CCRA) contre la décision susmentionnée, concluant à son annulation et à l'octroi de l'autorisation de séjour sollicitée ;

que le 16 juin 2009, la CCRA, après avoir entendu M. D _____ qui a confirmé son intention de ne pas reprendre la vie commune, a rejeté le recours ;

que, le 23 juillet 2009, Mme D _____ a recouru auprès du Tribunal administratif contre la décision de la CCRA, concluant à son annulation et à l'octroi de l'autorisation sollicitée ;

qu'elle a conclu préalablement à ce qu'elle soit autorisée, par mesures provisionnelles, à séjourner en Suisse jusqu'à l'issue de la procédure ;

que le 27 juillet 2009, l'OCP s'est opposé à la demande de mesures provisionnelles, Mme D _____ ayant séjourné en Suisse illégalement jusqu'à son mariage et la vie commune ayant pris fin trois mois après la célébration de celui-ci ;

considérant en droit

que les décisions de l'office cantonal de la population prises en matière de police des étrangers sont susceptibles de recours auprès de la CCRA, puis de recours auprès du Tribunal administratif (art. 3 al. 1 et 3 LaLEtr) ;

que le recours au Tribunal administratif n'a pas d'effet suspensif (art. 3 al. 3 LaLEtr). Toutefois sa restitution est réservée en application de l'art. 66 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - (LPA E 5 10), soit lorsqu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose et sur la demande de la partie dont les intérêts sont gravement menacés.

qu'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).

que lorsqu'une décision négative de l'OCP en matière de délivrance d'autorisation de séjour à un étranger est portée 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'article 21 LPA, comme le tribunal de céans a eu récemment l'occasion de le rappeler (ATA/285/2009 du 16 juin 2009 ; ATA/280/2009 du 11 juin 2009 et ATA/278/2009 du 4 juin 2009).

qu'en l'espèce, contrairement à ce qui ressort de la décision querellée, on ne se trouve pas dans le cas d'un refus de renouvellement d'autorisation mais d'un refus de première autorisation, la recourante n'ayant jamais été au bénéfice d'une autorisation de séjour en Suisse ;

qu'ainsi la demande doit bien être traitée sous l'angle des mesures provisionnelles ;

qu'en application de l'article 21 alinéa 1 LPA, l'autorité judiciaire, peut d'office ou sur requête, ordonner de telles mesures ;

que les mesures provisionnelles ne sont légitimes que si elles s'avèrent nécessaires pour maintenir l'état de fait ou sauvegarder des intérêts compromis (ATA/199/2009 du 22 avril 2009) ;

qu'en revanche, elles ne sauraient, en principe du moins, anticiper sur le jugement définitif (ATF 119 V 506) ;

qu'en l'espèce, les conclusions préalables de la recourante tendent à lui permettre de séjourner en Suisse de manière provisoire, ce qui se confond, à tout le moins en partie, avec sa conclusions principale en octroi d'une autorisation de séjour ;

que la présence à Genève de la recourante n'est pas nécessaire pour maintenir l'état de fait, celui-ci ressortant du dossier ;

que si l'intérêt de la recourante à demeurer en Suisse apparaît certes compréhensible, il n'apparaît pas suffisant, au vu de l'ensemble des circonstances, pour prévaloir in casu sur l'intérêt public à l'établissement d'une situation conforme à la décision de l'autorité ;

que la requête de mesures provisionnelles sera ainsi rejetée ;

que le sort des frais sera réservé jusqu'à droit jugé au fond ;

LA PRÉSIDENTE DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

rejette la requête de mesures provisionnelles ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

dit que, conformément aux articles 82 et suivants de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), la présente décision peut être portée 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'article 42 LTF. La présente décision 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 Olivier Cramer, avocat de la recourante, à la commission cantonale de recours en matière administrative ainsi qu'à l'office cantonal de la population.

La présidente du Tribunal administratif :

L. Bovy

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :