

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/754/2010-PE

ATA/311/2010

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 4 mai 2010

2^{ème} section

dans la cause

Madame I _____

représentée par Me Marlène Pally, avocate

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION

Recours contre la décision de la commission cantonale de recours en matière administrative du 17 mars 2010 (DICCR/19/2010)

EN FAIT

1. Mme I_____, née en 1984, est ressortissante du Ghana. Elle est arrivée en Suisse le 11 janvier 2004. Elle est la fille de Madame C_____, suisse domiciliée à Genève
2. Elle a été mise au bénéfice d'une autorisation de séjour pour études en 2005 par décision de la commission de recours en matière de police des étrangers du 4 juillet 2005. L'intéressée s'était engagée à quitter la Suisse au plus tard à fin septembre 2008 quelles que soient les circonstances. Cette autorisation a été renouvelée en dernier lieu jusqu'au 30 juin 2008, par décision de l'office cantonal de la population (ci-après : l'OCP) du 2 janvier 2008.
3. Le 16 janvier 2008, Mme I_____ a annoncé à l'OCP qu'elle avait épousé à Accra (Ghana) Monsieur Michel B_____, né en 1942, ressortissant suisse domicilié à Genève, chez lequel elle habiterait désormais.
4. Le 6 février 2008, l'OCP a écrit à M. B_____ pour obtenir des précisions sur les circonstances dans lesquelles il avait épousé Mme I_____. Celui-ci a répondu le 9 mai 2008, après avoir été relancé par l'OCP.
5. Le 23 décembre 2008, l'OCP a reçu copie d'un courrier du 19 décembre 2008 adressé à M. B_____, émanant du service de l'état civil et de naturalisation du canton de Fribourg (ci-après : le service), son canton d'origine. L'acte de naissance de Mme I_____ se révélant faux selon un rapport de l'ambassade de Suisse au Ghana, l'acte de mariage ne pourrait être transcrit en l'état.

Au courrier du service précité était joint un procès-verbal d'audition de M. B_____ qui avait été entendu le 10 septembre 2008. M. B_____ se plaignait d'avoir été pris en otage par Mme I_____ et sa famille et de ne pas avoir osé dire « non » au mariage. Il n'avait jamais eu de vie de couple depuis lors et était maltraité verbalement et physiquement par son épouse. Le service ne pouvait, sur cette seule base, considérer le mariage comme nul. Il appartenait à M. B_____ d'entreprendre des démarches auprès des autorités compétentes genevoises avec l'aide d'un avocat.
6. En 2009, M. B_____ et Mme I_____ ont chacun mandaté une avocate. Celle de M. B_____ a annoncé à l'OCP l'intention de son client de divorcer et la deuxième a requis la délivrance d'un permis de séjour pour sa cliente suite à son mariage avec M. B_____, dont elle n'avait aucune intention de divorcer.
7. Le 3 février 2010, l'OCP a refusé d'accorder une autorisation de séjour à Mme I_____ en application des art. 42 al. 1, 51 al. 1 et 96 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20). Son renvoi de Suisse

n'étant pas impossible ou illicite et ne pourrait être raisonnablement exigé au sens de l'art. 83 LEtr. Un délai au 3 mars 2010 lui était imparti pour quitter la Suisse.

L'acte de naissance que Mme I_____ avait produit pour faire reconnaître son mariage par l'état civil du canton d'origine de son mari était un faux. Elle avait conclu un mariage de complaisance avec M. B_____, au vu des déclarations du 12 septembre 2008 de ce dernier au service de l'état civil précité. Celui-ci n'était d'ailleurs pas disposé à régulariser l'union conjugale avec Mme I_____. Par courriers des 30 juin et 8 septembre 2009, l'avocate de M. B_____ avait informé l'OCP que celui-ci était déterminé à demander la dissolution du lien conjugal.

8. Par acte déposé le 4 mars 2010, Mme I_____ a interjeté recours auprès de la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : CCRA) contre la décision précitée. Elle conclut à la restitution de l'effet suspensif "en ce sens qu'elle devrait être autorisée à attendre la décision sur recours à Genève" et principalement, à l'annulation de la décision de l'OCP, ce dernier étant invité à délivrer un permis de séjour et de travail à la recourante.
9. Le 10 mars 2010, l'OCP s'est opposé à la restitution de l'effet suspensif. Tant les conditions de l'art. 66 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) que celles de l'art. 21 LPA n'étaient réalisées.
10. Le 17 mars 2010, la CCRA a rejeté la demande d'effet suspensif et de mesures provisionnelles. Un effet suspensif ne pouvait être restitué lorsque le recours était dirigé contre une décision négative, ce qui était le cas en l'espèce. Les mesures provisionnelles ne pouvaient être octroyées dans la mesure où l'on anticiperait par là sur le jugement définitif. Les conditions de l'application de l'art. 17 al. 2 LEtr n'étaient pas réalisées puisque le mariage de la recourante n'était pas reconnu par l'état-civil du canton d'origine du mari et que le prononcé de telles mesures revenait à la mettre au bénéfice d'un statut qui fait l'objet du contentieux judiciaire et dont elle n'avait jamais bénéficié.
11. Le 29 mars 2010, Mme I_____ a interjeté recours auprès du Tribunal administratif contre la décision précitée. Elle conclut à l'annulation de la décision de la CCRA du 17 mars 2010, expédiée aux parties le 18 mars 2010. Elle devait pouvoir bénéficier d'une domiciliation en Suisse pour attendre la décision au fond émanant de la CCRA. Elle avait effectué des démarches pour remplacer le document soupçonné d'être un faux, par un nouveau document émanant du service de l'état-civil des naissances et des décès du Ghana qui avait commis une erreur dont elle n'était pas l'auteur. Elle contestait que son époux ait manifesté l'intention de se séparer ou de divorcer d'elle. Elle s'occupait de lui et ils vivaient harmonieusement ensemble. Elle avait un droit à l'obtention d'une autorisation de séjour durable et, de ce fait, pouvait se prévaloir d'un droit de résider en Suisse dans l'attente de l'issue de la procédure d'autorisation de séjour, conformément à l'art. 17 al. 2 LEtr.

12. Le 7 avril 2010, la CCRA a transmis son dossier sans formuler d'observations.
13. Le 20 avril 2010, l'OCP s'est opposé au recours. La recourante n'avait pas le droit de se voir octroyer des mesures provisionnelles qui l'autoriseraient à résider en Suisse pendant la durée de la procédure.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile et auprès de la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56A al. 1 et 2 de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ - E 2 05) ; art. 63 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10)).
.
2. 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).
3. Lorsque le refus de l'OCP d'accorder 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 recourante n'étant plus au bénéfice d'aucun statut en Suisse depuis le 30 juin 2008, c'est à juste titre que la CCRA a examiné les conclusions préalables du recours interjeté devant elle comme une demande de mesures provisionnelles, la décision de l'OCP du 3 février 2010 ne venant supprimer aucun droit de séjour dont la recourante bénéficierait.

4. Selon l'art. 21 al. 1 LPA, l'autorité de recours peut d'office ou sur requête ordonner des mesures provisionnelles, soit des mesures visant à régler la situation pendant la durée de la procédure, pour maintenir un état de fait ou sauvegarder des intérêts compromis, jusqu'à ce que soit prise la décision finale (P. MOOR, Droit administratif, vol. 2, 2ème éd., 2002, no 2.2.6.8, p. 267 ; ATA 280/2009 du 9 juin 2009). De telles mesures ne peuvent toutefois ni anticiper sur le jugement définitif ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond, ni non plus aboutir à rendre illusoire le procès au fond (ATF 109 ch. V 506 ; ATA 35/2010 du 9 janvier 2010 et jurisprudence citée ; I. HAENER, « Vorsorglichen Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess » in Les mesures provisoires en procédure civile, administrative et pénale, 1987, p. 26).
5. L'étranger entré légalement en Suisse pour un séjour temporaire qui dépose ultérieurement une demande d'autorisation de séjour, doit attendre la décision à l'étranger (art. 17 al. 1 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 - LEtr - RS 142.20).

Il peut être autorisé à séjourner en Suisse si les conditions d'admission sont manifestement remplies (art. 17 al. 2 LEtr). Tel est le cas lorsque la documentation fournie atteste d'un droit légal ou d'un droit découlant du droit international public à l'octroi d'une autorisation de séjour (art. 6 de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative du 24 octobre 2007 - OASA RS 142.201).

6. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance (art. 8 al. 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 - CEDH - RS 0.101). Il ne peut y avoir ingérence de la part de l'autorité publique, par l'exercice de ce droit, que pour autant que celle-là soit prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays ou à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui (art. 8 al. 2 CEDH).

Aux termes de l'art. 42 LEtr, le conjoint d'un ressortissant suisse a droit à l'octroi d'une autorisation de séjour et à la prolongation de sa durée de validité à condition de vivre en ménage commun avec lui. Ce droit implique cependant l'existence d'un mariage contracté conformément à la législation suisse ou inscrit, parce que reconnu, par les autorités d'état-civil suisses conformément aux art. 45

de la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP - RS 291) et 15 et suivants de l'ordonnance sur l'état-civil du 28 avril 2004 (OEC - RS 211.112.2) .

En l'occurrence, le mariage contracté le 12 janvier 2008 à Accra n'a, à ce jour, pas été inscrit dans les registres de l'état-civil du canton d'origine de M. B_____. Les époux ne sont donc pas mariés au sens de l'art. 42 al. 1 LEtr. La recourante n'a pas un droit à l'obtention d'une autorisation de séjour fondée sur ce motif. Partant, elle ne peut prétendre rester en Suisse pendant la durée de la procédure d'obtention du permis de séjour sollicité. La CCRA a donc à juste titre refusé à la recourante de pouvoir résider en Suisse jusqu'à la fin de la procédure de recours, une décision contraire revenant à lui accorder le droit litigieux qu'elle cherche à se voir reconnaître sur le fond.

7. Le recours sera rejeté. Un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 29 mars 2010 par Madame I_____ contre la décision du 17 mars 2010 de la commission cantonale de recours en matière administrative ;

au fond :

le rejette ;

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

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnités ;

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 ;

communiqué le présent arrêt à Me Marlène Pally, avocate de la recourante, à la commission cantonale de recours en matière administrative ainsi qu'à l'office cantonal de la population.

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

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. :

F. Glauser

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.