

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2480/2013-PE

ATA/679/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 8 octobre 2013

2^{ème} section

dans la cause

Monsieur H _____

représenté par Me Magali Buser, avocate

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
19 août 2013 (JTAPI/198/2013)**

EN FAIT

- 1) Monsieur H_____, né le _____ 1984, est originaire du Maroc. Il a été mis au bénéfice dès 2003 d'une autorisation de séjour pour études qui a été régulièrement renouvelée, puis, dès 2006, d'une autorisation de séjour pour regroupement familial à la suite de son mariage avec Madame S_____, de nationalité suisse.

- 2) Le 18 janvier 2012, l'office cantonal de la population (ci-après : OCP) a refusé de renouveler l'autorisation de séjour de M. H_____ et lui a imparti un délai au 2 mars 2012 pour quitter la Suisse. Il s'était séparé de son épouse en 2009. Il avait fait l'objet entre 2006 et 2011 de huit condamnations pour des faits constitutifs, tour à tour, de recel, vol, violation de domicile, lésions corporelles simples, conduite en état d'ébriété et violation de ses obligations en cas d'accident ou opposition / dérobade aux mesures pour déterminer la capacité de conduire et violence contre les autorités et les fonctionnaires, séquestration et enlèvement.

Même si la vie conjugale avait duré plus de trois ans, son droit à séjourner en Suisse découlant de l'art. 42 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20) s'éteignait dès lors que les conditions d'une révocation de son autorisation de séjour au sens de l'art. 63 LEtr étaient réunies du fait de l'atteinte à la sécurité et à l'ordre public, au sens de l'art. 80 al. 1 let. a 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) qu'il représentait, matérialisée par les cent nonante jours de peine privative de liberté et les dix jours d'arrêt et les amendes auxquels il avait été condamné.

- 3) Par jugement du 11 septembre 2012, le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) a déclaré sans objet le recours qu'il avait interjeté contre cette décision et rayé la cause du rôle. Il avait en effet déclaré à l'OCP le 24 mai 2012 qu'il n'avait plus d'adresse en Suisse et qu'il vivait à Genève auprès d'une amie, avec laquelle il avait eu un enfant. Ce jugement n'a pas fait l'objet d'une contestation.

- 4) Le divorce de M. H_____ et de Mme S_____ a été prononcé par jugement du Tribunal de première instance du 27 février 2013.

- 5) Le 2 mars 2013, M. H_____ a été interpellé par la police à Genève, faisant l'objet d'un mandat d'arrêt genevois en vue de l'exécution de quarante-cinq jours de peine privative de liberté à la suite d'une conversion d'heures de travail d'intérêt général non effectuées. A cette occasion, il a indiqué qu'il était revenu à Genève pour divorcer.

- 6) Le 16 avril 2013, à la fin de l'exécution de sa peine, M. H_____ a été placé en détention administrative par l'officier de police en vue de l'exécution de son renvoi.
- 7) Lors des auditions effectuées par les autorités chargées de l'exécution de son renvoi ou par le TAPI dans le cadre du contrôle de sa détention, l'intéressé a déclaré qu'il travaillait à domicile comme coiffeur ainsi que dans la restauration, vivait avec une nouvelle amie domiciliée à Genève et n'avait plus de papiers d'identité. En outre, il avait des problèmes d'alcool.
- 8) L'OCP ayant sollicité la prolongation de la détention administrative, M. H_____ a été réentendu par le TAPI le 14 mai 2013. Il n'était pas opposé à un retour au Maroc mais refusait un renvoi forcé. Suite à cela, le TAPI, par jugement du jour même, a prolongé sa détention pour deux mois.
- 9) Le 15 mai 2013, M. H_____ a déposé auprès de l'arrondissement d'Etat civil de Genève une demande en vue de l'enregistrement d'un partenariat avec Monsieur O_____, ressortissant norvégien, au bénéfice d'un permis d'établissement.
- 10) Le 24 mai 2013, M. H_____ a interjeté recours contre le jugement du TAPI précité auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) se prévalant de sa nouvelle démarche.
- 11) Le 7 juin 2013, l'intéressé a été transféré à la prison de Champ-Dollon pour y exécuter une peine pécuniaire prononcée à son encontre, sous forme de peine privative de liberté.
- 12) Le 20 juin 2013, M. H_____ a déposée auprès de l'OCP une demande de prise de séjour en vue de la conclusion d'un partenariat avec M. O_____.
- 13) Le 26 juillet 2013, l'OCP a refusé d'entrer en matière sur cette demande, constatant que les conditions d'une telle autorisation de séjour n'étaient manifestement pas remplies.

Son renvoi de Suisse était prononcé. Il devait attendre à l'étranger la suite qui serait donnée à sa demande. Cette décision était exécutoire nonobstant recours.
- 14) Le 31 juillet 2013, M. H_____ a recouru auprès du TAPI contre cette décision, concluant à son annulation et à ce qu'une autorisation de séjour lui soit délivrée. Préalablement, le TAPI devait, à titre provisionnel, lui accorder le droit de rester en Suisse jusqu'à droit jugé au fond.
- 15) Le 5 août 2013, M. H_____ est sorti de prison et n'a pas été replacé en détention administrative par l'autorité administrative chargée de son renvoi.

- 16) Le 12 août 2013, l'OCP s'est opposé à l'octroi desdites mesures provisionnelles.
- 17) Par décision du 19 août 2013, le TAPI a rejeté la demande de mesures provisionnelles et réservé la suite de la procédure. Un effet suspensif ne pouvait être restitué lorsque le recours était dirigé contre une décision négative, soit contre une décision qui portait refus d'une prestation. En outre, les mesures provisionnelles à disposition de l'autorité administrative, qui étaient destinées à régler transitoirement la situation jusqu'à ce que soit prise la décision finale, ne pouvaient aboutir à anticiper sur le jugement définitif ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond, ni non plus aboutir à rendre d'emblée illusoire le procès au fond. En l'espèce, M. H_____, qui n'avait plus de statut en Suisse, requérait le droit d'y rester en raison des risques de poursuites pénales qu'il disait encourir au Maroc s'il devait y retourner. Or, il n'établissait aucunement la réalité de tels risques, ce d'autant plus qu'il insistait lui-même sur le fait qu'il avait jusqu'à présent soigneusement caché son orientation sexuelle.
- 18) Par courrier posté le 2 septembre 2013, M. H_____ a recouru auprès de la chambre administrative contre la décision précitée, reçue le 21 août 2013. Il concluait à son annulation et à l'octroi de l'autorisation de rester en Suisse jusqu'à droit jugé au fond. Subsidiairement, la cause devait être renvoyée au TAPI pour une telle décision.

Il se référait aux faits retenus dans la décision attaquée. Il avait un projet de vie à deux avec son compagnon M. O_____, qu'il avait rencontré à un moment charnière de sa vie car il avait enfin réussi à s'assumer comme homosexuel. La façon dont l'OCP avait traité les motifs de sa demande était choquante. Celui-ci, en résumé, lui conseillait de vivre caché au Maroc pour éviter tout problème avec les autorités pénales marocaines. Le fait qu'il ait été marié et ait eu un enfant avant de rencontrer M. O_____ ne justifiait pas que son homosexualité soit mise en doute comme le faisait l'OCP. L'octroi d'une autorisation de séjour pendant la durée de la procédure d'autorisation se justifiait afin de sauvegarder ses intérêts compromis en cas de retour au Maroc en raison des risques d'emprisonnement. En outre, il séjournait en Suisse depuis dix ans, avait son centre de vie dans ce pays ainsi que ses points de repère. Repartir au Maroc en attendant l'issue de la procédure signifiait qu'il devrait se réadapter totalement à son pays d'origine et à ses mœurs alors que cette réadaptation n'aurait pas lieu d'être en cas de décision positive sur le fond. Le Tribunal fédéral, dans un arrêt 2C_349/2011 du 23 novembre 2011 applicable à son cas, avait considéré que l'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) permettait à certaines conditions à un célibataire étranger de déduire un droit à une autorisation de séjour en présence d'indices concrets d'un mariage sérieusement voulu et imminent avec une personne ayant le droit de résider durablement en Suisse. Dans une telle situation,

les autorités étaient tenues de délivrer un tel permis. Il se trouvait dans la situation précitée puisqu'il avait d'ores et déjà engagé des démarches en vue d'un partenariat enregistré.

19) Le 4 septembre 2013, l'OCP a transmis un courrier du service de l'Etat civil du 22 août 2013 adressé à MM. O_____ et H_____, déclarant la demande d'ouverture d'une procédure préliminaire de partenariat enregistré irrecevable puisque le second n'avait pas de séjour légal en Suisse. Cette décision pouvait faire l'objet d'un recours auprès de l'autorité de surveillance de l'Etat civil dans les trente jours suivant sa notification.

20) Le 10 septembre 2013, l'OCP a conclu au rejet du recours.

M. H_____ avait été condamné à plusieurs reprises entre 2005 et 2013. La décision dont était recours était une décision incidente enjoignant à l'intéressé d'attendre à l'étranger durant la procédure d'instruction de sa demande d'autorisation de séjour en vue de partenariat.

La demande de l'intéressé de pouvoir demeurer en Suisse jusqu'à droit jugé sur le fond était infondée. Dans la mesure où l'ami intime de M. H_____ se trouvait en Suisse, ce dernier ne serait pas menacé au Maroc du seul fait de son homosexualité tant qu'il n'était pas pris en flagrant délit d'un acte réprimé par le code pénal marocain. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 137 I 351), les autorités de police des étrangers étaient tenues de délivrer un titre de séjour en vue du mariage lorsqu'il n'y avait pas d'indice que l'étranger entendait par cet acte invoquer abusivement les règles sur le regroupement familial et qu'il apparaissait clairement qu'il remplirait les conditions d'une admission en Suisse après son union. En l'espèce, les infractions pour lesquelles l'intéressé avait été condamné entre 2005 et 2013 constituaient a priori un motif de révocation, qui éteignait le droit à l'octroi d'une autorisation de séjour au titre du regroupement familial. Il n'apparaissait donc pas d'emblée que l'intéressé pourrait être admis à séjourner en Suisse une fois son contrat de partenariat conclu. C'était à juste titre que l'OCP lui avait refusé de résider en Suisse pendant la durée de la procédure et le jugement du TAPI qui confirmait le bien-fondé de cette décision devait être confirmé.

21) Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1) La décision du TAPI du 19 août 2013 est une décision prise en cours de procédure qui ne tranche pas le fond du litige. Il s'agit d'une décision incidente au sens de l'art. 57 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre

1985 (LPA - E 5 10 ; ATF 133 V 477 ; T. TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, n. 828 p. 284).

- 2) Un recours contre une décision incidente est recevable dans les dix jours suivant sa notification (art. 62 al. 1 let. c LPA) aux conditions de recevabilité de l'art. 57 let. c LPA.
- 3) Selon l'art. 57 let. c LPA *in initio*, les décisions incidentes peuvent faire l'objet d'un recours si elles risquent de causer un préjudice irréparable. Selon la même disposition *in fine*, elles peuvent également faire l'objet d'un tel recours si cela conduisait immédiatement à une solution qui éviterait une procédure probatoire longue et coûteuse.

Cet article a la même teneur que l'art. 93 al. 1 let. a et b de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110). Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, un préjudice est irréparable au sens de cette disposition lorsqu'il ne peut être ultérieurement réparé par une décision finale entièrement favorable au recourant (ATF 138 III 46 consid. 1.2 ; 134 III 188 consid. 2.1 et 2.2 p. 190 ss ; 133 II 629 consid. 2.3.1 p. 631). Un intérêt économique ou un intérêt tiré du principe de l'économie de la procédure peut constituer un tel préjudice (ATF 127 II 132 consid. 2a p. 126 ; 126 V 244 consid. 2c p. 247ss ; 125 II 613 consid. 2a p. 619 ss). Le simple fait d'avoir à subir une procédure et les inconvénients qui y sont liés ne constitue toutefois pas en soi un préjudice irréparable (ATF 133 IV 139 consid. 4 p. 141 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C_149/2008 du 12 août 2008 consid. 2.1 ; ATA/305/2009 précité consid. 2b et 5b et les références citées). Un dommage de pur fait, tel que la prolongation de la procédure ou un accroissement des frais de celle-ci, n'est notamment pas considéré comme un dommage irréparable de ce point de vue (ATF 133 II 629 consid. 2.3.1 p. 631 ; 131 I 57 consid. 1 ; 129 III 107 consid. 1.2.1 ; 127 I 92 consid. 1c ; 126 I 97 consid. 1b).

La chambre administrative a précisé à plusieurs reprises que l'art. 57 let. c LPA devait être interprété à la lumière de ces principes (ATA/65/2012 du 31 janvier 2012 ; ATA/365/2010 du 1^{er} octobre 2010 consid. 3b).

- 4) Le recourant allègue que le refus de prononcer les mesures provisionnelles requises lui cause un préjudice irréparable car cette décision lèse son droit au partenariat enregistré protégé par l'art. 14 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101).

Le partenariat enregistré au sens de la loi fédérale du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe (LPar - RS 211. 231) est une situation assimilable au mariage. Un étranger peut donc en tirer un droit au séjour et au travail en Suisse si son partenaire est suisse ou au bénéfice d'un titre de séjour (ATF 130 II 113 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C_428/2013 du 8 septembre

2013). En effet, lorsque l'étranger qui désire entrer en partenariat n'est pas au bénéfice d'un titre de séjour en Suisse, l'officier d'état civil ne pouvant célébrer le mariage d'un fiancé étranger qui n'a pas établi la légalité de son séjour en Suisse (art. 98 al. 4 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 - CCS - RS 210 ; art. 67 al. 3 de l'ordonnance du 28 avril 2004 sur l'Etat-Civil OEC - RS 211.112.2), l'autorité de police des étrangers est tenue de délivrer à ce dernier un titre de séjour temporaire en vue du mariage. Une restriction subsiste cependant ; il ne doit pas exister d'indice d'abus de droit et apparaître clairement que, compte tenu de sa situation personnelle, l'intéressé remplira les conditions d'admission en Suisse une fois marié (application par analogie de l'art. 17 al. 2 LEtr) ; cette interprétation permet d'assurer le respect des art. 12 CEDH et 14 Cst., conformément à la volonté du législateur (ATF 137 I 351 consid. 3.7 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C_428/2013 précité consid. 3.4-3.7).

En l'espèce, le recourant, avant d'entreprendre les démarches en vue d'obtenir l'enregistrement de son partenariat, s'est vu refuser le renouvellement de son autorisation de séjour obtenu à la suite de son mariage consécutivement à ses nombreuses condamnations et il a fait l'objet d'une mesure de renvoi de Suisse. Ces décisions sont toutes deux en force. Dans ces circonstances, des indices existent permettant de considérer, *prima facie*, que la requête présentée le 20 juin 2013 par le recourant était susceptible de constituer un abus de droit, si bien que le TAPI était en droit de refuser de prononcer les mesures provisionnelles requises quel que soit l'état des projets de partenariat enregistré du recourant. Pour ces mêmes raisons, le refus d'accorder les mesures provisionnelles sollicitées ne violant aucun droit du recourant à résider sur territoire suisse, le droit de saisir la chambre de céans d'un recours contre la décision du TAPI précitée doit lui être dénié, cette décision ne pouvant lui causer un préjudice irréparable en rapport avec le motif juridique invoqué.

- 5) Le recourant invoque les risques de poursuites pénales liés à son homosexualité qu'il encourrait s'il devait retourner au Maroc. A l'instar de ce qu'a retenu le TAPI, il ne démontre cependant aucunement de manière concrète les risques pénaux qui pèseraient sur lui en cas de retour dans son pays d'origine, où il n'a plus résidé ces dernières années, liés à sa nouvelle orientation sexuelle avec un partenaire qui vit en Suisse, s'il devait attendre quelques mois à l'étranger l'issue de la procédure d'obtention d'un nouveau permis de séjour fondé sur le regroupement familial.
- 6) Le recourant n'établissant pas l'existence d'un préjudice irréparable au sens de l'art. 57 let. c LPA, et le fait pour un étranger de devoir attendre à l'extérieur de Suisse les résultats de démarches administrative accomplies en Suisse ne pouvant pas générer un tel préjudice, le recours sera déclaré irrecevable.
- 7) Vu l'issue de la procédure, un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge du recourant. Aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 LPA).

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

déclare irrecevable le recours interjeté le 2 septembre 2013 par Monsieur H_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 19 août 2013 ;

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

dit qu'il ne lui est pas alloué d'indemnité de 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 le présent arrêt à Me Magali Buser, avocate du recourant, à l'office cantonal de la population, à l'office fédéral des migrations (ODM), ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

Siégeants : M. Verniory, président, Mme Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

le président siégeant :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :