

# **BGer 2C\_480/2024 vom 1. Mai 2025**

Bundesgericht, 2025-05-01, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_480\\_2024](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_480_2024)

FR: TF 2C\_480/2024 du 1 mai 2025

IT: TF 2C\_480/2024 del 1 maggio 2025

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence ( art. 29 al. 1 LTF ) et contrôle librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis ( ATF 150 I 174 consid. 1; 150 II 346 consid. 1.1).

#### **E. 1.1**

Les recourants ont formé dans un seul mémoire, conformément à l' art. 119 al. 1 LTF , un recours en matière de droit public et un recours constitutionnel subsidiaire. Celui-ci n'étant ouvert qu'à la condition que la décision attaquée ne puisse pas faire l'objet d'un recours ordinaire (cf. art. 113 LTF a contrario), il convient d'examiner en premier lieu la recevabilité du recours en matière de droit public.

#### **E. 1.2**

Le recours en matière de droit public est irrecevable contre les décisions qui concernent le renvoi ( art. 83 let . c ch. 4 LTF) et contre les dérogations aux conditions d'admission ( art. 83 let . c ch. 5 LTF), parmi lesquelles celles pouvant être accordées en présence de cas individuels d'une extrême gravité au sens de l' art. 30 al. 1 let. b LEI (cf. arrêts 2C\_464/2024 du 10 décembre 2024 consid. 1.2; 2C\_604/2023 du 9 janvier 2024 consid. 1.2). Les recours formulés à l'encontre de décisions d'application de cette dernière disposition, qui est potestative, sont également irrecevables en application de l' art. 83 let . c ch. 2 LTF, faute de droit à l'autorisation (cf. infra consid. 1.3 et 2.6.1; arrêt 2C\_239/2024 du 26 juillet 2024 consid. 1.2). Quant à l'octroi d'une admission provisoire, il relève de la compétence exclusive du Secrétariat d'État aux migrations, respectivement du Tribunal administratif fédéral qui statue définitivement en cas de recours (cf. art. 83 al. 1 LEI et art. 113 LTF ), de sorte que ni les juges cantonaux ni la Cour de céans ne seraient compétents pour l'accorder aux recourants (cf. notamment arrêts 2C\_337/2024 du 2 décembre 2024 consid. 1.3; 2C\_1004/2018 du 11 juin 2019 consid. 1.3). Sur ces points, le recours en matière de droit public est donc irrecevable.

#### **E. 1.3**

La voie du recours en matière de droit public n'est pas non plus ouverte contre les décisions relatives à une autorisation de droit des étrangers à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit ( art. 83 let . c ch. 2 LTF). Il appartient à la partie recourante de démontrer, par une motivation soutenable, qu'il existe un droit potentiel à l'autorisation (cf. ATF 149 I 72 consid. 1.1; 147 I 89 consid. 1.1.1; 139 I 330 consid. 1.1). La question de savoir si les conditions d'un tel droit sont réunies relève du fond (cf. ATF 147 I 268 consid. 1.2.7; 139 I 330 consid. 1.1).

#### **E. 1.4**

En l'occurrence, le recours a deux objets. Il porte sur la confirmation par l'instance précédente, d'une part, du refus de délivrer des autorisations de séjour aux recourants et, d'autre part, du rejet des demandes d'octroi d'autorisations de courte durée en vue du mariage des recourants 1 et 2. Il y a ainsi lieu d'examiner si les recourants disposent d'un droit potentiel, au sens de l' art. 83 let . c ch. 2 LTF, à la délivrance de l'une ou l'autre des autorisations en cause.

## **E. 2**

Concernant le premier objet du litige, sous l'angle du droit interne, les recourants ne peuvent se prévaloir d'aucune disposition de la LEI susceptible de leur conférer un droit de séjour en Suisse. Reste à examiner s'ils disposent d'un droit potentiel à l'octroi d'une autorisation de séjour découlant de l' art. 8 par. 1 CEDH , comme ils le prétendent. Les recourants invoquent cette disposition tant sous l'angle du droit à la vie familiale que sous celui du droit au respect de la vie privée. Ils se prévalent également de l'art. 3 de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (CDE; RS 0.107).

### **E. 2.1**

En ce qui concerne le droit à la vie familiale, les recourants ne peuvent pas se prévaloir d'un droit potentiel à l'autorisation, dans la mesure où l' art. 8 CEDH tend à ce que la famille nucléaire ("Kernfamilie") ne soit pas séparée, mais n'octroie pas le droit de séjourner dans un État déterminé (cf. ATF 144 I 91 consid. 4.2; arrêts 2C\_631/2023 du 13 septembre 2024 consid. 1.3.2; 2C\_56/2024 du 8 mai 2024 consid. 1.3), et que les décisions de refus d'octroi d'autorisations de séjour et de renvoi en cause n'ont pas pour effet de séparer la famille nucléaire, puisque les parents sont tous deux ressortissants du Sénégal et que les enfants sont encore mineurs et en âge de s'adapter, de sorte qu'ils doivent suivre leurs parents (cf. ATF 143 I 21 consid. 5.4; arrêts 2C\_534/2023 du 9 octobre 2024 consid. 4.4; 2C\_836/2022 du 22 mars 2023 consid. 4.2). Il en va de même sous l'angle la CDE, qui ne confère pas de droit à la délivrance d'une autorisation de séjour (s'agissant de l' art. 3 CDE , cf. ATF 144 I 91 consid. 5.2; arrêt 2C\_56/2024 du 8 mai 2024 consid. 1.3).

### **E. 2.2**

Au contraire de ce qu'ils prétendent, les recourants ne peuvent pas non plus déduire de leurs liens avec la soeur et le frère du recourant 1, ainsi que leurs enfants respectifs, présents en Suisse, un droit potentiel à l'autorisation. En effet, les relations visées par l' art. 8 par. 1 CEDH sont avant tout celles qui concernent la famille nucléaire, c'est-à-dire celles existant entre époux ainsi qu'entre parents et enfants mineurs vivant en ménage commun (cf. ATF 147 I 268 consid. 1.2.3; 144 I 266 consid. 3.3; 144 II 1 consid. 6.1). En dehors de celle-ci, les relations familiales ne peuvent bénéficier de la protection découlant de l' art. 8 CEDH que lorsqu'elles sont suffisamment étroites, réelles et effectives, notamment en cas de ménage commun, de dépendance financière, de liens familiaux particulièrement étroits ou de prise en charge de la personne ( ATF 144 II 1 consid. 6.1; 135 I 143 consid. 3.1; arrêt 2C\_501/2023 du 11 octobre 2024 consid. 7.1). En principe, elles ne fondent un droit à l'obtention d'une autorisation de séjour que s'il existe un rapport de dépendance particulier entre la personne étrangère et le proche parent au bénéfice d'un droit de présence assuré en Suisse, par exemple en raison d'un handicap - physique ou mental - ou d'une maladie grave (cf. ATF 145 I 227 consid. 3.1; 144 II 1 consid. 6.1; 137 I 154 consid. 3.4.2; arrêt 2C\_318/2024 du 24 juin 2024 consid. 2.5). Or, les recourants ne prétendent pas qu'il existerait, en l'espèce, des liens de dépendance particuliers avec les familles des frère et

soeur du recourant 1, laquelle serait ressortissante suisse, ou que les relations familiales en cause excéderaient les liens affectifs habituels dans un tel contexte. Même si le recourant 1 avait vécu avec son frère et son neveu lors de son arrivée en Suisse en 2007, ils ne font plus ménage commun depuis plusieurs années.

### **E. 2.3**

Partant, les recourants ne disposent pas d'un droit potentiel à l'autorisation fondé sur le droit à la vie familiale prévu à l'art. 8 CEDH.

### **E. 2.4**

Sous l'angle du droit au respect de la vie privée découlant de l'art. 8 par. 1 CEDH, les recourants ne peuvent pas se prévaloir de la présomption que les liens sociaux développés avec notre pays seraient spécialement étroits en raison d'une présence en Suisse supérieure à dix ans, puisque cette présomption ne concerne que les séjours légaux (cf. ATF 149 I 207 consid. 5.3.2; 144 I 266 consid. 3.9). Il convient de ne pas encourager les personnes étrangères à vivre dans notre pays sans titre de séjour et de ne pas valider indirectement des comportements tendant à mettre l'État devant le fait accompli (cf. ATF 149 I 207 consid. 5.6; arrêt 2C\_464/2024 du 10 décembre 2024 consid. 1.4.1). Seules des circonstances exceptionnelles, en présence de liens et d'une intégration hors du commun en Suisse, ont justifié de déroger à ce principe (cf. ATF 149 I 207 consid. 5.3.1 et 5.3.4; arrêt 2C\_199/2024 du 12 septembre 2024 consid. 1.4.1).

En l'occurrence, les recourants ne remplissent pas ces critères. Le recourant 1 a été condamné à réitérées reprises, non seulement pour entrée illégale, mais également, en 2016, pour faux dans les certificats et comportement frauduleux à l'égard des autorités. Il a aussi perçu l'aide sociale durant une brève période. La recourante 2 a été condamnée pour travail et séjour illicites en 2019 et a perçu l'aide sociale entre le 1er avril 2020 et fin février 2023. Partant, leur intégration ne revêt pas un caractère exceptionnel, seul susceptible de leur conférer un droit potentiel à une autorisation de séjour découlant du droit au respect de la vie privée prévu à l'art. 8 CEDH. On ne voit pas qu'il puisse en aller différemment des enfants du couple (cf. arrêt 2C\_464/2024 du 10 décembre 2024 consid. 1.4.3). Au demeurant, le fait que les trois plus âgés soient scolarisés dans notre pays et participent à des activités extra-scolaires, comme les recourants l'exposent dans leurs écritures, ne saurait justifier la régularisation de leur situation au regard du droit des étrangers, ni pour eux ni pour les parents (cf. arrêts 2D\_20/2023 du 24 novembre 2023 consid. 1.2.3; 2C\_5/2022 du 17 août 2022 consid. 3.3).

### **E. 2.5**

Il s'ensuit que le recours en matière de droit public, en tant qu'il porte sur la confirmation du refus de délivrer des autorisations de séjour aux recourants et de leur renvoi, est irrecevable. Sur cet objet, seule la voie du recours constitutionnel subsidiaire pourrait encore entrer en considération (art. 113 LTF a contrario).

### **E. 2.6**

Le recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 ss LTF) est limité à la violation des droits constitutionnels (art. 116 LTF), qui doivent être invoqués et les griefs motivés par la partie recourante de manière suffisante (art. 106 al. 2 et 117 LTF; cf. ATF 148 I 104 consid. 1.5; 145 I 121 consid. 2.1). En outre, l'art. 115 let. b LTF fait dépendre la qualité pour interjeter un tel recours d'un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision

attaquée ( ATF 147 I 89 consid. 1.2.1; 140 I 285 consid. 1.2). L'intérêt juridiquement protégé requis par l' art. 115 let. b LTF peut être fondé sur le droit cantonal ou fédéral ou directement sur un droit fondamental particulier ( ATF 136 I 323 consid. 1.2; 135 I 265 consid. 1.3). La partie recourante qui n'a pas qualité pour agir au fond peut néanmoins se plaindre de la violation de ses droits de partie, pour autant qu'il ne s'agisse pas de moyens ne pouvant être séparés du fond ("Star Praxis"; cf. ATF 146 IV 76 consid. 2; 137 II 305 consid. 2). Les griefs qui reviennent de facto à critiquer l'arrêt attaqué sur le plan matériel sont exclus ( ATF 136 I 323 consid. 1.2).

### **E. 2.6.1**

En l'espèce, les recourants ne peuvent pas se prévaloir d'un droit de séjour, que ce soit sous l'angle de l' art. 30 al. 1 let. b LEI (cf. supra consid. 1.2) ou de l' art. 8 CEDH (cf. supra consid. 2.1 à 2.4). Ils n'ont donc pas une position juridique protégée leur conférant la qualité pour agir au fond dans le cadre du recours constitutionnel subsidiaire, en tant qu'il relève du premier objet du litige. Partant, il n'y a pas lieu d'examiner leur grief d'arbitraire dans l'appréciation des preuves et l'établissement des faits en lien avec la durée de leur présence en Suisse et la qualité de leur intégration (cf. arrêts 2C\_245/2024 du 16 mai 2024 consid. 5.3; 2C\_604/2023 du 9 janvier 2024 consid. 2.3.1), qui porte exclusivement sur le premier objet du litige (cf. supra consid. 1.4).

### **E. 2.6.2**

Reste à examiner s'il convient d'entrer en matière sur un grief d'ordre formel. Invoquant les art. 29 al. 2 Cst. et 6 par. 1 CEDH, les recourants dénoncent une violation de leur droit d'être entendu. Ils reprochent aux juges précédents d'avoir refusé de procéder aux auditions de témoins, requises afin de démontrer la durée de leur présence en Suisse et la qualité de leur intégration. Ce grief, qui porte sur le premier objet du litige (cf. supra consid. 1.4), concerne le refus d'administrer des preuves résultant de l'appréciation anticipée de celles-ci, point qui suppose nécessairement d'examiner, au moins dans une certaine mesure, le fond du litige lui-même (cf. arrêts 2C\_464/2024 du 10 décembre 2024 consid. 2.3; 2C\_107/2023 du 25 septembre 2023 consid. 1.3.1). Il n'y a donc pas lieu d'entrer en matière sur ce grief. Il sied également de rappeler que si le droit d'être entendu peut être déduit du droit à un procès équitable protégé par l' art. 6 par. 1 CEDH, cette disposition n'est pas applicable au premier objet du litige en cause, qui n'a pas un caractère civil ou pénal (cf. ATF 137 I 128 consid. 4.4.2; arrêt 2C\_337/2024 du 2 décembre 2024 consid. 3.1).

### **E. 2.6.3**

Partant, le recours constitutionnel subsidiaire est également irrecevable en tant qu'il concerne le premier objet du litige, à savoir la confirmation du refus de délivrer des autorisations de séjour aux recourants 1 à 6.

## **E. 3**

Il convient encore d'examiner si le recours en matière de droit public est recevable en tant qu'il porte sur le second objet du litige, à savoir la confirmation du refus d'octroyer aux recourants 1 et 2 des autorisations de courte durée en vue de la célébration de leur mariage en Suisse.

### **E. 3.1**

En l'occurrence, il apparaît d'emblée que les recourants 1 et 2, dont aucun des deux n'a séjourné légalement en Suisse ni ne dispose d'un droit potentiel à l'octroi d'une autorisation

de séjour (cf. supra consid. 2.1 à 2.4), ne peuvent pas se prévaloir de la jurisprudence permettant à une personne étrangère de demeurer en Suisse en vue de son mariage au motif qu'elle remplira clairement, après son union, les conditions d'une admission en Suisse, en raison du regroupement familial avec la personne suisse ou bénéficiant d'un titre de séjour durable qu'elle entend épouser (cf. infra consid. 5.4). Sous cet angle, les recourants 1 et 2 ne peuvent donc pas non plus prétendre à un droit potentiel à une autorisation de courte durée en vue du mariage.

### **E. 3.2**

En revanche, dans la mesure où les recourants arguent se trouver dans une situation justifiant une tolérance du séjour afin de garantir la substance du droit au mariage découlant des art. 14 Cst. et 12 CEDH, dispositions pouvant être invoquées par une personne étrangère résidant illégalement en Suisse (cf. ATF 138 I 41 consid. 4; 137 I 351 consid. 3.5), il y a lieu d'admettre qu'ils font valoir de manière défendable un droit potentiel à une autorisation de courte durée en vue de la célébration du mariage (cf. art. 83 let. c ch. 2 LTF). Il convient donc d'entrer en matière sur le recours en matière de droit public, en tant qu'il porte sur le second objet du litige.

### **E. 3.3**

La voie du recours en matière de droit public étant ouverte à l'encontre de la confirmation du refus de délivrer des autorisations de courte durée en vue de la célébration du mariage aux recourants 1 et 2, le recours constitutionnel subsidiaire formé en parallèle sur ce point est irrecevable (cf. art. 113 LTF a contrario).

### **E. 3.4**

Au surplus, le recours portant sur le second objet du litige est dirigé contre une décision finale ( art. 90 LTF ) rendue en dernière instance cantonale par un tribunal supérieur ( art. 86 al. 1 let. d et al. 2 LTF ), dans une cause de droit public ( art. 82 let. a LTF ). Il a été déposé en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF ) et dans les formes requises ( art. 42 LTF ) par les recourants 1 et 2, qui sont destinataires de l'arrêt attaqué, et qui ont qualité pour recourir (cf. art. 89 al. 1 LTF ). En tant qu'il porte sur le second objet du litige, le recours en matière de droit public est donc recevable, sous réserve de ce qui suit.

### **E. 3.5**

Les recourants formulent des conclusions constatatoires. Selon un principe général de procédure, de telles conclusions ne sont recevables que lorsque des conclusions condamnatoires ou formatrices sont exclues. Sauf situations particulières, les conclusions constatatoires ont donc un caractère subsidiaire (cf. ATF 141 II 113 consid. 1.7; 135 I 119 consid. 4; arrêt 2C\_387/2020 du 23 novembre 2020 consid. 1.2). En l'occurrence, les conclusions des recourants tendant au constat de la violation des art. 14 Cst. et 12 CEDH sont irrecevables puisqu'ils demandent à être autorisés à se marier, ce qui constitue une conclusion formatrice tendant à l'octroi d'autorisations de courte durée en vue de la célébration du mariage (cf. également arrêt 2C\_341/2024 du 2 octobre 2024 consid. 1.5).

### **E. 4.1**

Saisi d'un recours en matière de droit public, le Tribunal fédéral examine librement la violation du droit fédéral (cf. art. 95 let. a et art. 106 al. 1 LTF ). Toutefois, les griefs de violation des droits fondamentaux sont soumis à des exigences de motivation accrue (cf. art. 106 al. 2 LTF ). La partie recourante doit indiquer les principes constitutionnels qui

n'auraient pas été respectés et expliquer de manière claire et précise en quoi ces principes auraient été violés (cf. ATF 150 II 346 consid. 1.5.3; 149 I 248 consid. 3.1; 147 II 44 consid. 1.2).

#### **E. 4.2**

Le Tribunal fédéral conduit son raisonnement juridique sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ), sous réserve des cas prévus à l' art. 105 al. 2 LTF . Selon l' art. 97 al. 1 LTF , le recours ne peut critiquer les constatations de fait que si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte - notion qui correspond à celle d'arbitraire - ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause. Conformément à l' art. 106 al. 2 LTF , la partie recourante doit expliquer de manière circonstanciée en quoi ces conditions seraient réalisées. à défaut, il n'est pas possible de tenir compte d'un état de fait qui diverge de celui qui est contenu dans l'acte attaqué ( ATF 150 II 346 consid. 1.6; 149 II 337 consid. 2.2; 148 I 160 consid. 3).

#### **E. 5**

Invoquant les art. 14 Cst. et 12 CEDH ainsi que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après: CourEDH), les recourants 1 et 2 dénoncent une violation du droit au mariage.

##### **E. 5.1**

L' art. 12 CEDH garantit à tout être humain le droit de se marier et de fonder une famille à partir de l'âge nubile selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit. L' art. 14 Cst. consacre pour sa part le droit au mariage et à la famille. Ces deux dispositions sont interprétées de manière analogue (cf. ATF 139 I 37 consid. 3.5.2; 2C\_178/2024 du 31 mai 2024 consid. 4.1). Le droit au mariage est un droit de l'homme et non un droit du citoyen. Il appartient en principe à toute personne physique majeure, quelle que soit sa nationalité - y compris les apatrides - ou sa religion ( ATF 138 I 41 consid. 4; 137 I 351 consid. 3.5; arrêt 2D\_14/2021 du 5 octobre 2021 consid. 3.1).

Selon la CourEDH, le droit au mariage est régi par le droit national. Toutefois, les limitations qui en résultent, telles que celles visant à empêcher les mariages de complaisance, ne doivent pas restreindre ou réduire le droit au mariage d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même (cf. arrêts CourEDH

Nurcan Bayraktar c. Turquie du 27 juin 2023 § 68;

O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni du 14 décembre 2010 § 82). À la différence du droit au respect de la vie privée et familiale (cf. art. 8 par. 2 CEDH ), aucun motif d'ingérence légitime dans le droit au mariage n'est prévu à l' art. 12 CEDH (arrêt

O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni du 14 décembre 2010 § 84; cf. également ATF 138 I 41 consid. 3; 137 I 351 consid. 3.5).

Dans l'affaire

O'Donoghue et autres contre Royaume-Uni , à laquelle se réfèrent les recourants, la CourEDH a conclu que le régime juridique interdisant sans exception à une catégorie déterminée de personnes - à savoir les personnes étrangères sans titre de séjour - de se marier, que le mariage projeté fût ou non un mariage de complaisance, était contraire à l' art. 12 CEDH , le droit au mariage ne pouvant être limité par des restrictions générales,

automatiques et indifférenciées (cf. arrêt

O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni du 14 décembre 2010 § 89; cf. également ATF 138 I 41 consid. 3; 137 I 351 consid. 3.5).

### **E. 5.2**

Aux termes de l' art. 98 al. 4 CC , entré en vigueur le 1er janvier 2011 (RO 2010 3057), les fiancés qui ne sont pas citoyens suisses doivent établir la légalité de leur séjour en Suisse au cours de la procédure préparatoire de mariage. Cette disposition n'offre aucune marge de manoeuvre à l'officier d'état civil confronté à une demande de mariage émanant d'une personne étrangère qui n'a pas établi la légalité de son séjour en Suisse. Conformément au vœu du législateur, l'officier d'état civil n'a pas d'autre alternative que de refuser la célébration du mariage (cf. art. 67 al. 3 de l'ordonnance du 28 avril 2004 sur l'état civil [OEC; RS 211.112.2]; ATF 137 I 351 consid. 3.7; cf. également ATF 138 I 41 consid. 4 et 5).

### **E. 5.3**

Le Tribunal fédéral a considéré que le système mis en place par le législateur à l' art. 98 al. 4 CC pouvait s'avérer contraire à l' art. 12 CEDH lorsqu'une personne étrangère, bien qu'en situation irrégulière en Suisse, désirait néanmoins réellement et sincèrement se marier. En effet, en cas de refus de l'autorité de police des étrangers de régulariser - même temporairement - sa situation, la personne étrangère ne pourrait pas, en vertu de l' art. 98 al. 4 CC , concrétiser son projet en Suisse ( ATF 137 I 351 consid. 3.5 et les nombreuses références doctrinales; cf. également ATF 138 I 41 consid. 4). Une telle pratique reviendrait à présumer de manière irréfragable qu'une personne étrangère démunie d'un titre de séjour en Suisse ne peut avoir qu'une volonté viciée de se marier, sans égard à la durée et à la stabilité de sa relation et aux éventuels enfants nés de celle-ci. Cette pratique reviendrait donc à interdire de manière générale, automatique et indifférenciée l'exercice du droit au mariage pour toute une catégorie de personnes ( ATF 137 I 351 consid. 3.5 et les références; cf. également ATF 138 I 41 consid. 4). Par ailleurs, la Cour de céans a estimé que la seule possibilité pour les fiancés de se marier à l'étranger ne suffisait pas à remplir les exigences découlant de l' art. 12 CEDH car, d'une part, les États membres doivent assurer le respect des droits garantis par la Convention sur leur territoire (cf. art. 1 CEDH ) et, d'autre part, parce qu'il pouvait en résulter un obstacle important au mariage en raison du temps et des coûts engendrés pour les personnes concernées, surtout pour les moins aisées d'entre elles (cf. ATF 137 I 351 consid. 3.5 et les références).

### **E. 5.4**

Le Tribunal fédéral a considéré que l' art. 98 al. 4 CC pouvait être appliqué de manière conforme à la Constitution ( art. 14 Cst. ) et au droit conventionnel ( art. 12 CEDH ), si l'autorité cantonale compétente en matière de police des étrangers tenait compte, au moment de statuer sur une demande d'autorisation de courte durée en vue du mariage, des exigences liées au respect du droit au mariage et au principe de la proportionnalité ( ATF 138 I 41 consid. 4; 137 I 351 consid. 3.7). La jurisprudence retient que les autorités de police des étrangers sont tenues de délivrer un titre de séjour en vue du mariage lorsqu'il n'y a pas d'indice que la personne étrangère entend, par cet acte, invoquer abusivement les règles sur le regroupement familial et qu'il apparaît clairement, en application par analogie de l' art. 17 al. 2 LEI , qu'elle remplira les conditions d'une admission en Suisse après son union (cf. ATF 139 I 37 consid. 3.5.2; 138 I 41 consid. 4; 137 I 351 consid. 3.7). En revanche,

lorsqu'il apparaît d'emblée que la personne étrangère ne pourra pas, même une fois mariée, être admise à séjourner en Suisse, l'autorité de police des étrangers peut en principe renoncer à lui délivrer une autorisation de séjour provisoire en vue du mariage; il n'y a en effet pas de raison de lui permettre de prolonger son séjour en Suisse pour s'y marier alors qu'elle ne pourra de toute façon pas, par la suite, y vivre avec sa famille (cf. ATF 139 I 37 consid. 3.5.2; 138 I 41 consid. 4; 137 I 351 consid. 3.7; arrêt 2C\_178/2024 du 31 mai 2024 consid. 4.1). La jurisprudence réserve toutefois les situations dans lesquelles une éventuelle tolérance du séjour en vue de la célébration du mariage doit être envisagée afin de garantir la substance du droit au mariage, indépendamment du point de savoir si les futurs époux auraient ensuite le droit d'y mener une vie conjugale ou familiale. Une telle situation peut notamment se présenter lorsqu'il s'avère impossible ou disproportionné de se marier à l'étranger (cf. arrêts 2C\_780/2021 du 2 février 2022 consid. 5.1; 2C\_154/2020 du 7 avril 2020 consid. 3.10; 2C\_950/2014 du 9 juillet 2015 consid. 6.2 et 6.3).

## **E. 5.5**

Il convient d'examiner si, dans le cas d'espèce, les recourants 1 et 2 se trouvent dans un cas de figure justifiant l'octroi d'autorisations de séjour temporaires afin de concrétiser leur mariage en Suisse, indépendamment de leur droit d'y demeurer par la suite.

### **E. 5.5.1**

Dans l'arrêt entrepris, la Cour de justice a considéré, en se fondant sur la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'application de l' art. 98 al. 4 CC , que les recourants 1 et 2 ne pouvaient se voir délivrer des autorisations de séjour de courte durée en vue du mariage car il apparaissait clairement qu'ils ne rempliraient pas, après leur union, les conditions d'une admission en Suisse (cf. supra consid. 3.1). Elle n'a toutefois pas examiné si ce refus reposait sur une limitation admissible du droit au mariage, et plus particulièrement s'il portait ou non atteinte à la substance de ce droit (cf. supra consid. 5.1), alors que la jurisprudence réserve cette hypothèse (cf. supra consid. 5.4).

### **E. 5.5.2**

Le Tribunal fédéral ne s'est jamais prononcé sur la situation singulière de deux personnes étrangères dépourvues de titre de séjour souhaitant se marier ensemble en Suisse. Les conditions posées

par la jurisprudence du Tribunal fédéral susmentionnée (supra consid. 5.4), en particulier celle selon laquelle la personne étrangère doit clairement remplir les conditions d'une admission en Suisse après son union pour obtenir une autorisation de courte durée en vue du mariage (cf. art. 17 al. 2 LEI par analogie), concerne en effet les demandes déposées par des personnes séjournant illégalement en Suisse qui souhaiteraient épouser une personne ressortissante de notre pays ou disposant d'un titre de séjour durable (cf. s'agissant de la question du séjour durable, arrêts 2C\_645/2023 du 23 novembre 2023 consid. 4.3; 2C\_787/2022 du 13 décembre 2022 consid. 5.2.1 et les arrêts cités). En effet, ce n'est que dans de tels cas de figure qu'une personne se trouvant dans la clandestinité pourrait voir sa situation régularisée, à la suite du mariage, en obtenant une autorisation de séjour au titre du regroupement familial, et qu'un éventuel mariage de complaisance pourrait survenir. En revanche, en présence d'une demande en exécution de la procédure préparatoire de mariage déposée par deux personnes dépourvues de titre de séjour - de surcroît parents de quatre enfants nés sur une période dix ans -, la problématique des mariages fictifs, que l' art. 98 al. 4 CC a pour objectif d'empêcher, ne se pose pas, puisqu'aucun des fiancés ne dispose d'un

droit de demeurer en Suisse. On ne se trouve donc pas dans un cas où une limitation du droit au mariage est admissible, au sens de l' art. 12 CEDH , au motif qu'elle vise à empêcher les mariages contractés dans le seul but d'obtenir un avantage lié à la législation sur l'immigration (cf. supra consid. 5.1; arrêt

O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni du 14 décembre 2010 § 83). C'est ainsi à juste titre que les recourants exposent que leur union n'aura pas d'effet sur la légalité de leur séjour et que la Cour de justice n'était pas fondée à leur opposer la jurisprudence visant à empêcher les mariages de complaisance.

### **E. 5.5.3**

À cela s'ajoute que l'exigence que la personne étrangère remplisse clairement les conditions d'une admission dans notre pays après son union a pour effet d'exclure de manière générale et quasi schématique tout mariage de deux personnes séjournant illégalement en Suisse, dès lors que ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles, en présence d'une intégration hors du commun, qu'une personne se trouvant dans la clandestinité pourrait se voir délivrer un titre de séjour (cf. supra consid. 2.4). Ainsi, dans la situation très particulière d'un mariage de deux personnes dépourvues de titre de séjour, cette exigence n'apparaît pas conforme à la jurisprudence de la CourEDH (cf. supra consid. 5.1; arrêt

O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni du 14 décembre 2010 § 89). À l'instar de deux requérants d'asile déboutés, qui peuvent en principe célébrer un mariage en Suisse dans le délai de départ qui leur est imparti (étant précisé qu'au contraire des clandestins, leur séjour est considéré comme légal durant le délai de départ, selon les Directives et commentaires du SEM, Domaine des étrangers [Directives LEI], état au 1er janvier 2025, p. 137 s., ch. 6.14.2.1.2; cf. également Burgat/Matthey, Commentaire pratique, Droit matrimonial, 1e éd., 2016, n os 32 et 33 ad art. 99 CC ), il y a lieu d'admettre que deux personnes séjournant clandestinement dans notre pays ne peuvent se voir refuser, de manière générale, le droit de se marier avant leur renvoi.

### **E. 5.5.4**

En conséquence, un refus général d'octroyer des autorisations de courte durée à deux personnes séjournant illégalement en Suisse, qui souhaitent se marier ensemble dans notre pays, porte atteinte à la substance du droit au mariage, dans la mesure où il en découle que, faute d'avoir pu établir la légalité de leur séjour, l'officier d'état civil sera systématiquement tenu de refuser la célébration du mariage (cf. supra consid. 5.2).

### **E. 5.6**

En outre, rien dans l'arrêt attaqué ne permet de retenir qu'il existerait, en l'espèce, d'autres motifs relevant de limitations légitimes du droit au mariage. S'il ressort de la jurisprudence qu'on ne saurait exiger des autorités suisses qu'elles soient contraintes d'émettre, sous le couvert du droit au mariage, même pour une très courte durée, un visa en faveur de personnes étrangères délinquantes qu'il convient de tenir à l'écart du territoire national, celles-ci doivent représenter une menace sérieuse pour la sécurité publique du pays (cf. arrêt 2C\_950/2014 du 9 juillet 2015 consid. 6.2.3).

En l'occurrence, le recourant 1 a été condamné à plusieurs reprises pour entrée illégale. Il a également été condamné à une occasion, en 2016, pour faux dans les certificats et comportement frauduleux à l'égard des autorités de police des étrangers, à une peine pécuniaire de 90 jours-amende assortie du sursis. En 2019, la recourante 2 a été condamnée

à une peine pécuniaire de 90 jours-amende avec sursis pour séjour et exercice d'une activité lucrative sans autorisation. Ces délits, qui sont liés à leur situation de personne étrangère séjournant illégalement en Suisse, ne sont pas suffisamment graves pour faire apparaître les recourants 1 et 2 comme des personnes présentant une menace à l'ordre et à la sécurité publics (cf. ATF 137 I 351 consid. 3.9).

Enfin, l'existence d'un mariage forcé n'entre pas en considération dans les circonstances du cas d'espèce.

#### **E. 5.7**

Il n'existe ainsi pas de motif justifiant, dans le cas d'espèce, une restriction du droit au mariage, de sorte que le refus de délivrer des autorisations de courte durée en vue de la célébration du mariage aux recourants 1 et 2 porte atteinte à la substance de ce droit. La situation des recourants 1 et 2 relève donc des circonstances exceptionnelles permettant, de manière restrictive, de justifier l'octroi d'une telle autorisation, indépendamment du point de savoir si les futurs époux auraient ensuite le droit d'y mener une vie conjugale ou familiale.

#### **E. 5.8**

Les considérants qui précèdent conduisent à l'admission du recours en matière de droit public portant sur le refus de délivrer des autorisations de courte durée en vue de la célébration du mariage aux recourants 1 et 2. Il convient d'annuler l'arrêt attaqué sur ce point et de renvoyer la cause à l'Office cantonal pour qu'il octroie lesdites autorisations aux recourants 1 et 2.

#### **E. 6.1**

Le recours, en tant qu'il porte sur l'octroi d'autorisations de séjour aux recourants 1 à 6, est irrecevable, aussi bien sous l'angle du recours en matière de droit public que du recours constitutionnel subsidiaire. Il est en revanche admis en tant qu'il concerne la délivrance de titres de séjour de courte durée en vue de la célébration du mariage aux recourants 1 et 2, la cause étant renvoyée à l'Office cantonal sur ce point.

#### **E. 6.2**

Les recourants, qui obtiennent partiellement gain de cause avec l'assistance d'une avocate, ont donc droit à des dépens réduits, à charge de la République et canton de Genève ( art. 68 al. 1 et 2 LTF ). Dans la mesure où ils ont requis l'assistance judiciaire, ces dépens seront versés à leur avocate. Leur demande d'assistance judiciaire est dès lors partiellement sans objet ( art. 64 al. 2 LTF ). Elle est rejetée pour le surplus; la cause, en tant qu'elle porte sur l'octroi d'autorisations de séjour, était d'emblée dénuée de chances de succès ( art. 64 al. 1 LTF ).

Au vu de la situation des recourants ( art. 66 al. 1 LTF ), aucuns frais ne seront toutefois mis à leur charge. Le présent arrêt sera donc rendu sans frais, la République et canton de Genève ne devant pas supporter de frais judiciaires ( art. 66 al. 4 LTF )

La cause sera renvoyée à la Cour de justice pour qu'elle statue à nouveau sur les frais et dépens des procédures antérieures, en tant qu'elles concernent l'octroi d'autorisations de courte durée en vue du mariage des recourants 1 et 2 ( art. 67 et 68 al. 5 LTF a contrario).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.