

## **GE\_GERICHTE ATA/1014/2014 vom 16. Dezember 2014**

GE Cour de justice, 2014-12-16, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_1014\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_1014_2014)

FR: GE\_GERICHTE ATA/1014/2014 du 16 décembre 2014

IT: GE\_GERICHTE ATA/1014/2014 del 16 dicembre 2014

### **Regeste**

Résumé: Admission du recours d'un ressortissant étranger auquel l'OCPM a refusé la délivrance d'une autorisation de séjour en vue de mariage. Bien que le recourant fasse l'objet d'une décision d'expulsion en force, le département a accepté d'entrer en matière sur une demande de reconsidération de cette décision, sur laquelle il n'a pas encore été définitivement statué. Dans la mesure où le recourant est autorisé à résider en Suisse à titre provisionnel jusqu'à l'issue de la procédure précitée, et où l'objectif de l'art. 98 al. 4 CC vise à lutter contre des mariages fictifs destinés exclusivement à permettre à un étranger d'obtenir un statut légal en Suisse sans quoi il n'aurait aucun droit d'y séjourner, ce qui n'est pas le cas du recourant, le refus de l'OCPM de délivrer l'attestation requise est disproportionné au regard de sa situation spécifique et atteint gravement son droit au mariage, garanti par les art. 12 CEDH et 14 Cst.

### **Erwägungen**

#### **E. 12**

septembre 1985 - LPA - E 5 10). 2)

À teneur de l'art. 12 CEDH, à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit. Cette garantie a été traduite en droit suisse à l'art. 14 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), selon lequel le droit au mariage et à la famille est garanti. Le droit de se marier se rattache aussi bien à la liberté personnelle qu'à la garantie de la vie familiale. Il s'agit d'une garantie de partie institutionnelle (Andreas AUER/Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, 3ème édition, p. 205 n. 421).

Le droit au mariage protège la conclusion de celui-ci. Il peut faire l'objet de restrictions aux conditions rappelées ci-après. La liberté du législateur ne saurait, sauf cas exceptionnel, priver une personne ou une catégorie de personnes du droit de contracter mariage (ATF 113 II 1). En outre, la réglementation ne doit en aucun cas porter atteinte à l'essence de ce droit (Andreas AUER/Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER, op. cit., p. 210 n. 433 et 434). 3)

Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale, celle-ci doit être formelle s'il s'agit d'une restriction grave (art. 36 al. 1 Cst.). Elle doit être justifiée par un intérêt public (art. 36 al. 2 Cst.) et doit être proportionnée au but visé (art. 36 al. 3 Cst.). 4)

Selon l'art. 98 CC, les fiancés qui ne sont pas citoyens suisses doivent établir la légalité leur séjour au cours de la procédure préparatoire.

L'art. 98 al. 4 CC est entrée en vigueur le 1er janvier 2011. Son adoption a été proposée au parlement dans le cadre d'un rapport de la commission des institutions politiques (ci-après : CIP) du Conseil national du 31 janvier 2008 consécutif à l'examen par celle-ci d'une initiative parlementaire visant à empêcher les mariages fictifs.

- 8/14 - A/627/2014

Selon le rapport de la CIP précité, l'adoption de la disposition légale précitée faisait partie d'un dispositif nouveau visant à garantir qu'un mariage ou un partenariat enregistré n'ait lieu que si les deux personnes résident légalement en Suisse. En particulier, les requérants d'asile définitivement déboutés et les étrangers en séjour illégal qui devaient quitter le territoire Suisse ne devaient plus pouvoir s'y soustraire en entamant une procédure préparatoire du mariage, comme c'était souvent le cas (FF 2008 p. 2247).

Le nouvel art. 98 al. 4 CC imposait aux fiancés d'établir la légalité de leur séjour en Suisse. Cette preuve était à apporter au cours de la procédure préparatoire et devait être également donnée au moment prévisible de la célébration. Les documents à présenter allaient être définis plus précisément dans l'ordonnance sur l'état civil du 28 avril 2004 (ci-après : OEC). En fonction des besoins et d'entente avec l'ODM, l'office fédéral de l'état civil pourrait édicter des directives d'application à l'intention des praticiens (FF 2008 p. 2253).

Le séjour était légal lorsque le droit en matière d'étrangers et celui découlant de la législation sur l'asile était respecté. Tel était le cas : - lorsqu'un ressortissant étranger, non soumis à l'obligation de visa, séjournait en Suisse dans le délai où il était en droit d'y rester sans solliciter une autorisation de séjour ; - dès lors que l'étranger disposait du visa nécessaire et séjournait en Suisse dans le délai où il lui était permis d'y demeurer sans autorisation de séjour ; - si l'intéressé était au bénéfice d'une autorisation de séjour ordinaire, d'une autorisation de courte durée ou d'une autorisation d'établissement (permis L, B et C) ; - dans l'hypothèse où le fiancé séjournait en Suisse dans le cadre d'une demande asile ou d'une admission provisoire (permis N et F) ; - lorsqu'une personne qui avait reçu l'ordre de quitter la Suisse (par exemple un requérant asile débouté) s'y trouvait encore dans le délai de départ fixé précité (FF 2008 p. 2253 et 2254).

Selon la CIP, en prenant leur décision, les autorités devaient tenir compte du droit constitutionnel au mariage découlant de l'art. 14 Cst., du droit à la vie privée et de celui à la vie privée et familiale découlant de l'art. 8 CEDH. Tel était le cas lorsqu'elles devaient apprécier les conditions de délivrance d'un visa à un étranger résidant à l'extérieur de la Suisse. Tel était également le cas lorsqu'elles devaient apprécier la situation d'étrangers résidant en Suisse de manière illégale et qui souhaitaient se marier. Ceux-ci pouvaient se voir délivrer l'attestation de séjour en vue de mariage requise si les conditions d'admission après le mariage étaient manifestement remplies et qu'il n'y avait aucun indice que l'étranger entendait

- 9/14 - A/627/2014 invoquer abusivement les règles sur le regroupement familial. Afin cependant d'éviter tout formalisme excessif, si l'étranger se trouvait en situation illégale, les autorités pourraient fixer un délai de départ à l'étranger, délai dans lequel le mariage serait célébré et le séjour en Suisse réglé. Ici aussi, les garanties constitutionnelles précitées devaient être prises en considération (FF 2008 p. 2254).

La mesure imposée par l'art. 98 al. 4 CC imposait une formalité supplémentaire qui constituait une restriction du droit au mariage garanti par l'art. 14 Cst. Sa constitutionnalité

était subordonnée aux exigences de l'art. 36 Cst., notamment à celle du principe de la proportionnalité (FF 2008 p. 2257). 5)

À la suite de l'adoption de l'art. 98 al. 4 CC, l'art. 64 OEC, relatif aux documents à produire auprès de l'état civil par les fiancés, a été modifié par l'adjonction d'un nouvel al. 2bis. À teneur de celui-ci, les personnes qui ne sont pas citoyens suisses devaient joindre aux autres documents requis une pièce établissant la légalité de leur séjour en Suisse jusqu'au jour probable de la célébration. Cette exigence a été répétée à l'art. 75c OEC.

En outre, en application de l'art. 84 al. 3 let. a OEC, l'office fédéral de l'état civil (ci-après : OFEC) a adopté la directive n° 10.11.01.02 du 1er janvier 2011 « mariages et partenariats enregistrés de ressortissants étrangers, preuve de la légalité du séjour et annonce aux autorités migratoires » (ci-après : la directive OFEC). À teneur de son ch. 2.2, en règle générale, la légalité du séjour est attestée par la présentation du livret pour étrangers (art. 72 OASA). La légalité du séjour peut être établie autrement par exemple par la présentation d'un passeport muni d'un visa valable, d'un document de voyage pour étrangers délivrés par l'ODM, ou d'une attestation ad hoc des autorités migratoires, délivrée précisément en vue de la célébration du mariage ou de la conclusion du partenariat. 6)

L'entrée en vigueur de l'art. 98 al. 4 CCS n'a pas entraîné de modification de la LEtr. Selon celle-ci, l'étranger entré légalement Suisse pour un séjour temporaire et qui dépose ultérieurement une autorisation de séjour durable doit attendre la délivrance de celle-ci à l'étranger (al. 17 al. 1 LEtr). L'autorité cantonale peut cependant l'autoriser à rester en Suisse durant la procédure si les conditions d'entrée sont manifestement remplies (art. 17 al. 2 LEtr). 7)

Selon le Tribunal fédéral, un étranger peut, à certaines conditions, déduire du droit au mariage garanti par l'art. 12 CEDH et l'art. 14 Cst. un droit à pouvoir séjourner en Suisse en vue de s'y marier (ATF 137 I 351 consid. 3. 5). Les autorités de police des étrangers sont tenues de délivrer un titre de séjour en vue de mariage lorsqu'il n'y a pas d'indice que l'étranger entend, par cet acte, invoquer abusivement les règles sur le regroupement familial, et qu'il apparaît clairement qu'il remplira les conditions d'une admission en Suisse après son

- 10/14 - A/627/2014 union. Dans un tel cas, il y aurait en effet disproportion d'exiger de l'étranger qu'il rentre dans son pays pour se marier ou pour y engager à distance une procédure en vue d'obtenir le droit de revenir en Suisse pour se marier. En revanche, dans le cas inverse, soit si, en raison des circonstances, notamment de la situation personnelle de celui-ci, il apparaît d'emblée qu'il ne pourra pas, même une fois marié, être admis à séjourner en Suisse, l'autorité de police des étrangers pourra 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'il ne pourra de toute façon pas, par la suite, y vivre avec sa famille. Cette restriction correspond à la volonté du législateur de briser l'automatisme qui a pu exister dans le passé entre l'introduction d'une demande de mariage et l'obtention d'une autorisation de séjour pour préparer et célébrer le mariage (ATF 138 I 41 consid. 4 ; 137 I 351 consid. 3.7 ; jurisprudence publiée que le Tribunal fédéral a rappelée dans ses arrêts ultérieurs : arrêts du Tribunal fédéral 2C\_498/2014 du 22 août 2014 consid. 3.2 ; 2C\_1170/2013 du 28 juillet 2014 consid. 3.1 ; 2C\_997/2012 du 15 mars 2013 consid. 3.1). 8)

Les exigences de l'art. 98 al. 4C CSS n'offrent aucune marge de manœuvre à l'officier l'état civil confronté à une demande de mariage émanant d'un étranger qui n'a pas établi la légalité de son séjour en Suisse. Dans une telle situation, cette autorité ne peut que refuser la célébration du mariage. La décision de délivrer l'autorisation de résidence en vue de mariage incombe ainsi entièrement à la police des étrangers. Comme le Tribunal fédéral a pris soin de le préciser dans les arrêts précités, l'absence de statut légal d'un étranger se trouvant Suisse « peut » mais ne doit pas conduire automatiquement à un refus. Il appartient en effet à ladite autorité de prendre en compte dans sa décision les exigences liées au respect du droit constitutionnel au mariage et au principe de proportionnalité (ATF 137 I 351 consid. 3.7). 9)

En l'espèce, il est admis que le recourant a fait l'objet depuis le 15 mai 2000 d'une décision du département prononçant son expulsion administrative de Suisse, laquelle, intervenue alors qu'il purgeait sa peine de réclusion, est entrée en force. En 2009, il a cependant formé une demande de reconsidération de cette décision auprès du département. Si ce dernier l'a rejetée, il a admis d'entrer en matière à son sujet en retenant l'existence de faits nouveaux liés à l'évolution personnelle de l'intéressé. À l'heure actuelle, cette décision n'est pas en force en raison des péripéties procédurales qui ont été rappelées et la cause est actuellement pendante devant le Tribunal fédéral, qui n'a pas encore statué.

Si le recourant ne peut formellement justifier d'une autorisation fondée sur les dispositions de la LEtr qui l'autoriserait à séjourner en Suisse, la chambre administrative constate que, dans le cadre de la procédure de recours qui s'est engagée après le rejet de sa demande de reconsidération par le département, la CCRA l'avait autorisé, à titre provisionnel à résider en Suisse jusqu'à droit jugé

- 11/14 - A/627/2014 définitif sur son recours et surtout que le Tribunal fédéral, le 13 juin 2014, a restitué l'effet suspensif au recours qu'il a interjeté contre l'arrêt du TAF du 29 avril 2014. En outre, à teneur de l'art. 68 al. 2 LEtr, si l'autorité cantonale entendait, dans l'hypothèse d'une issue négative du recours actuellement pendante devant le Tribunal, mettre en œuvre l'expulsion administrative du 15 mai 2000, laquelle n'a pas été assortie d'une clause d'exécution nonobstant recours, elle devrait encore fixer au recourant un délai de départ raisonnable, ainsi que le représentant de la police des étrangers l'a admis lors de l'audience de comparution personnelle du 1er décembre 2014.

L'art. 98 al. 4 CCS vise à lutter contre des « mariages fictifs » destinés exclusivement à permettre à un étranger d'obtenir un statut légal en Suisse sans quoi il n'aurait aucun droit d'y séjourner. La situation personnelle du recourant ne correspond pas à une telle définition. Celui-ci est en Suisse depuis l'âge de 4 ans. Il a connu sa compagne en 2008 et fait vie commune avec elle depuis plusieurs années après sa mise en liberté conditionnelle. Le couple a deux enfants. Le recourant s'est formé professionnellement et vit de manière indépendante. Certes, il est possible qu'il doive quitter la Suisse à l'issue de la procédure encore pendante devant le Tribunal fédéral. Dans l'intervalle, dans la mesure où le recourant est autorisé à rester en Suisse dans l'attente de l'issue de la procédure et qu'aucun délai de départ ne lui a été fixé, le refus du département de lui délivrer une attestation de séjour destinée à tout le moins à lui permettre ainsi qu'à sa fiancée de se marier pour donner un cadre légitime à leurs enfants, est peu compréhensible et procède d'une interprétation trop formaliste de l'art. 98 al. 4 CCS. Dans son message, la CIP avait mentionné la nécessité pour la police des étrangers de faire preuve d'une certaine souplesse pour permettre l'exercice des droits constitutionnellement garantis. Force est de constater que la

décision de l'OCPM ne respecte pas cette règle. Son refus de délivrer l'attestation requise est disproportionné au regard de la situation spécifique du recourant et atteint gravement son droit au mariage, garanti par les art. 12 CEDH et 14 Cst., lequel est également garanti à son épouse, celle-ci étant autorisée à résider en Suisse. On ne voit pas en effet qu'il puisse être exigé de l'un et de l'autre qu'ils se rendent en République démocratique du Congo pour se marier puisqu'ils se trouvent tous deux à Genève et que le statut du recourant n'est pas définitivement réglé négativement. 10) Le recours sera admis. Le jugement du TAPI du 3 juin 2014, qui a suivi l'argumentation de l'OCPM, sera annulé de même que la décision de celui-ci du 27 janvier 2014. La cause sera retournée à ce dernier pour nouvelle décision au sens des considérants, soit pour qu'il délivre une attestation ad hoc permettant au recourant d'effectuer toutes les formalités pour épouser sa compagne dans les meilleurs délais.

- 12/14 - A/627/2014 11) Vu l'issue du litige, aucun émolument ne sera mis à la charge du recourant (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera mise à la charge de l'État de Genève à titre de participation aux frais de procédure du recourant (art. 87 al. 2 LPA).

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