

# **GE\_GERICHTE ATA/338/2020 vom 7. April 2020**

GE Cour de justice, 2020-04-07, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_338\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_338_2020)

FR: GE\_GERICHTE ATA/338/2020 du 7 avril 2020

IT: GE\_GERICHTE ATA/338/2020 del 7 aprile 2020

## **Regeste**

Résumé: Recours d'un ressortissant étranger contre le refus de l'office cantonal de la population et des migrations (OCPM) de reconsidérer une décision de refus de lui octroyer une autorisation de séjour en vue de mariage. Dès lors que le recourant avait été condamné en 2015 à une peine privative de liberté de quatre ans pour contrainte sexuelle et viol avec la circonstance aggravante de la commission en commun, l'intérêt public à le tenir éloigné prime ses intérêts privés, d'autant que tout risque de récidive ne peut être écarté. Recours rejeté.

## **Erwägungen**

### **E. 12**

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

Le recours devant la chambre administrative peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, ainsi que pour constatation inexacte des faits (art. 61 al. 1 LPA). En revanche, celle-ci ne connaît pas de l'opportunité des décisions prises en matière de police des étrangers, dès lors qu'il ne s'agit pas d'une mesure de contrainte (art. 61 al. 2 LPA ; art. 10 al. 2 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du

### **E. 16**

juin 1988 - LaLEtr - F 2 10, a contrario ; ATA/12/2020 du 7 janvier 2020 consid. 3). 3)

Le 1er janvier 2019 est entrée en vigueur une modification de la loi sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr), devenue la LEI, et 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).

Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral (arrêts du Tribunal fédéral 2C\_841/2019 du 11 octobre 2019 consid. 3 ; 2C\_737/2019 du 27 septembre 2019 consid. 4.1), les demandes déposées avant le 1er janvier 2019 sont régies par l'ancien droit.

En l'espèce, la demande d'autorisation de séjour en vue de mariage a été déposée le 17 novembre 2016, de sorte que c'est l'ancien droit, soit la LEI dans sa teneur avant le 1er janvier 2019, qui s'applique. 4)

Le litige porte sur la conformité au droit du refus par l'OCPM de reconsidérer sa décision du 11 mai 2016 et d'octroyer au recourant une autorisation de séjour en vue de son mariage. 5)

Le prononcé d'une autorité à propos de la requête de reconsidération dont elle a été saisie étant une décision administrative, celle-ci peut faire l'objet d'un recours conformément aux règles générales de procédure. Comme la reconsidération ne doit cependant pas permettre à

un administré de se ménager une voie de recours là où il n'en avait pas ou plus contre la décision initiale, le

- 8/16 - A/2914/2018 recours dirigé contre la décision relative à la requête de reconsidération peut porter sur le fond seulement si et dans la mesure où l'autorité saisie est entrée en matière (Jacques DUBEY/Jean-Baptiste ZUFFEREY, Droit administratif général, 2014, p. 751 n. 2145g).

En l'espèce, dans son jugement du 11 avril 2018, le TAPI a renvoyé le dossier à l'intimé afin qu'il entre en matière et qu'il statue sur le fond de la demande du recourant. C'est ce qu'a fait l'intimé dans sa décision du 27 juin 2018 et c'est donc de manière recevable que le recourant a contesté, devant le TAPI puis devant la chambre de céans, le refus de l'OCPM de lui délivrer l'autorisation qu'il a sollicitée. 6) a. Le droit au mariage est garanti par les art. 12 CEDH, 14 Cst. et 22 de la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 (Cst-GE - A 2 00).

b. La Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après : CourEDH) admet que les limitations apportées au droit de se marier par les lois nationales puissent se traduire par des règles formelles portant, par exemple, sur la publicité et la célébration du mariage. Les limitations en question peuvent également se matérialiser par des règles de fond s'appuyant sur des considérations d'intérêt public généralement reconnues, telles que celles concernant la capacité de contracter un mariage, le consentement, l'interdiction à des degrés divers des mariages entre parents et alliés et la prévention de la bigamie. En matière de droit des étrangers, et lorsque cela se justifie, il est loisible aux États d'empêcher les mariages de complaisance contractés dans le seul but d'obtenir un avantage lié à la législation sur l'immigration. Toutefois, la législation nationale en la matière, qui doit elle aussi satisfaire aux exigences d'accessibilité et de clarté posées par la CEDH, ne peut pas autrement enlever à une personne ou à une catégorie de personnes la pleine capacité juridique du droit de contracter mariage avec la personne de son choix (ACEDH O'Donoghue c. Royaume-Uni, du 14 décembre 2010, req. 34'848/07, § 83, et les arrêts cités).

c. Selon le Tribunal fédéral, un étranger peut, à certaines conditions, déduire du droit au mariage garanti par les art. 12 CEDH et 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 entende, 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 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

- 9/16 - A/2914/2018 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 139 I 37 consid. 3.5.2 et les arrêts cités ; arrêt du

Tribunal fédéral 2C\_585/2018 du 14 janvier 2019 consid. 3.1 et les arrêts cités).

d. La chambre administrative a également déjà confirmé que la délivrance d'une autorisation de séjour en vue de mariage doit s'accompagner, à titre préjudiciel, d'un examen des conditions posées au regroupement familial du futur conjoint (ATA/80/2018 du 30 janvier 2018 consid. 4d et l'arrêt cité). 7) a. La LEI et ses ordonnances d'exécution, en particulier l'OASA, règlent l'entrée, le séjour et la sortie des étrangers dont le statut juridique n'est pas réglé par d'autres dispositions du droit fédéral ou par des traités internationaux conclus par la Suisse (art. 1 et 2 LEI), ce qui est le cas pour les ressortissants du Kosovo.

b. L'art. 42 al. 1 LEI prévoit que le conjoint d'un ressortissant suisse ainsi que ses enfants célibataires de moins de 18 ans ont 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.

En revanche, selon l'art. 51 al.1 let. b LEI, les droits prévus à l'art. 42 LEI s'éteignent s'il existe des motifs de révocation au sens de l'art. 63 LEI. 8) a. Aux termes de l'art. 63 al. 1 LEI, l'autorisation d'établissement d'un étranger peut être révoquée notamment si les conditions visées à l'art. 62 al. 1 let. a ou b LEI sont remplies – soit si l'étranger ou son représentant légal a fait de fausses déclarations ou a dissimulé des faits essentiels durant la procédure d'autorisation ou si l'étranger a été condamné à une peine privative de liberté de longue durée ou a fait l'objet d'une mesure pénale prévue aux art. 59 à 61 ou 64 CP – ou si l'étranger attente de manière très grave à la sécurité et à l'ordre publics en Suisse ou à l'étranger, les met en danger ou représente une menace pour la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse (let. b).

b. Selon la jurisprudence, la condition de la peine de longue durée de l'art. 62 al. 1 let. b LEI est réalisée, dès que la peine – pourvu qu'il s'agisse d'une seule peine (ATF 137 II 297 consid. 2.3.4) – dépasse une année, indépendamment du fait qu'elle ait été prononcée avec un sursis complet, un sursis partiel ou sans sursis (ATF 139 I 16 consid. 2.1 ; 135 II 377 consid. 4.5 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_288/2013 du 27 juin 2013 consid. 2.1).

- 10/16 - A/2914/2018 c.

Il y a atteinte très grave à la sécurité et à l'ordre publics au sens de l'art. 63 al. 1 let. b LEI lorsque, par son comportement, l'étranger a lésé ou menacé des biens juridiques particulièrement importants, tels l'intégrité physique, psychique ou sexuelle (ATF 139 I 16 consid. 2.1 ; 137 II 297 consid. 3.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_200/2013 du 16 juillet 2013 consid. 3.1 ; ATA/80/2018 précité consid. 6c). 9)

En l'espèce, en 2015, la chambre pénale a confirmé la condamnation à une peine privative de liberté de quatre ans prononcée à l'encontre du recourant par le Tribunal correctionnel pour contrainte sexuelle et viol avec la circonstance aggravante de la commission en commun. Il a, par son comportement, porté une très grave atteinte à la sécurité et à l'ordre publics.

Il existe dès lors un motif de révocation au sens de l'art. 63 LEI. 10) Même lorsqu'un motif de révocation de l'autorisation est réalisé, le prononcé de la révocation ne se justifie que si la pesée des intérêts à effectuer dans le cas d'espèce fait apparaître la mesure comme proportionnée aux circonstances. Il convient donc de prendre en considération, dans la pesée des intérêts publics et privés en présence, la gravité de la faute commise par l'étranger, son degré d'intégration, respectivement la durée de son séjour en Suisse et le

préjudice que l'intéressé et sa famille auraient à subir en raison de la mesure (art. 96 al. 1 LEI ; ATF 135 II 377 consid. 4.3 ; 135 II 110 consid. 4.2). Quand le refus d'octroyer une autorisation de séjour se fonde sur la commission d'une infraction, la peine infligée par le juge pénal est le premier critère servant à évaluer la gravité de la faute et à procéder à la pesée des intérêts en présence (arrêts du Tribunal fédéral 2C\_855/2012 du 21 janvier 2013 consid. 6.1 ; 2C\_117/2012 du 11 juin 2012 consid. 4.5.1). Les années passées en Suisse en prison ne sont pas prises en considération, celles qui l'ont été dans l'illégalité ou au bénéfice d'une simple tolérance ne revêtent que peu de poids et ne sont par conséquent pas déterminantes (ATF 137 II 1 consid. 4.2 ; 134 II 10 consid. 4.3). Doit également être pris en considération le fait que le conjoint, au moment du mariage, connaissait le passé criminel de la personne étrangère qu'il entend épouser et devait par conséquent savoir qu'il risquait de ne pas pouvoir vivre sa vie maritale en Suisse (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_141/2012 du 30 juillet 2012 consid. 6.3).

Lors d'infractions pénales graves, il existe, sous réserve de liens personnels ou familiaux prépondérants, un intérêt public digne de protection à mettre fin au séjour d'un étranger afin de préserver l'ordre public et à prévenir de nouveaux actes délictueux, le droit des étrangers n'exigeant pas que le public demeure exposé à un risque même faible de nouvelles atteintes à des biens juridiques importants (ATF 139 I 16 consid. 2.2.1 ; 139 I 31 consid. 2.3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_1103/2013 du 26 juillet 2014 consid. 5.3).

- 11/16 - A/2914/2018 11) Un étranger peut se prévaloir de l'art. 8 § 1 CEDH pour s'opposer à l'éventuelle séparation de sa famille. Pour qu'il puisse invoquer la protection de la vie familiale découlant de cette disposition, l'étranger doit entretenir une relation étroite et effective avec une personne de sa famille ayant le droit de résider durablement en Suisse (ATF 139 I 330 consid. 2.1 ; 137 I 284 consid. 1.3 ; 135 I 143 consid. 1.3.1 ; ATA/384/2016 précité consid. 4d). Les relations familiales susceptibles de fonder, en vertu de l'art. 8 CEDH, un droit à une autorisation de police des étrangers sont avant tout les rapports entre époux ainsi qu'entre parents et enfants mineurs vivant ensemble (ATF 127 II 60 consid. 1d/aa ; 120 Ib 257 consid. 1d). Les fiancés ou les concubins ne sont, sous réserve de circonstances particulières, pas habilités à invoquer l'art. 8 CEDH. Ainsi, l'étranger fiancé à une personne ayant le droit de s'établir en Suisse ne peut, en principe, pas prétendre à une autorisation de séjour, à moins que le couple n'entretienne depuis longtemps des relations étroites et effectivement vécues et qu'il n'existe des indices concrets d'un mariage sérieusement voulu et imminent, comme par exemple la publication des bans du mariage (ATF 137 I 351 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C\_1035/2012 du 21 décembre 2012 consid. 5.1 ; 2C\_207/2012 du 31 mai 2012 consid. 3.3 ; 2C\_206/2010 du 23 août 2010 consid. 2.1 et 2.3 et les références citées). Les signes indicateurs d'une relation étroite et effective sont en particulier le fait d'habiter sous le même toit, la dépendance financière, des liens familiaux particulièrement proches, des contacts réguliers (ATF 135 I 143 consid. 3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_435/2014 du 13 février 2015 consid. 4.1). La durée de la vie commune joue un rôle déterminant pour décider si des concubins peuvent se prévaloir de l'art. 8 CEDH. Il s'agit en effet d'une donnée objective qui permet d'attester que la relation jouit d'une intensité et d'une stabilité suffisante pour pouvoir être assimilée à une vie familiale (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_1035/2012 du 21 décembre 2012 consid. 5.1).

Le droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'art. 8 CEDH n'est toutefois pas absolu. Une ingérence dans l'exercice de ce droit est possible selon l'art. 8 § 2 CEDH, pour autant qu'elle soit prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société

démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, 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. Le refus de prolonger une autorisation de séjour ou d'établissement fondé sur l'art. 8 § 2 CEDH suppose une pesée des intérêts en présence et l'examen de la proportionnalité de la mesure (ATF 139 I 145 consid. 2.2 ; 135 II 377 consid. 4.3). Pour apprécier ce qui est équitable, l'autorité doit – dans le cadre de la pesée des intérêts en jeu en application des art. 96 LEI et 8 § 2 CEDH (ATF 135 II 377 consid. 4.3) – notamment tenir compte de la gravité de la faute commise par l'étranger, de la durée de son séjour en Suisse et du préjudice qu'il aurait à subir avec sa famille du fait de l'expulsion, respectivement du refus d'accorder ou de prolonger une autorisation de séjour. Selon la jurisprudence Reneja

- 12/16 - A/2914/2018 (ATF 110 Ib 201) – qui demeure valable sous la LEI (ATF 139 I 145 consid. 2.3 ; 135 II 377 consid. 4.3 et 4.4 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_963/2015 du 29 février 2016 consid. 4.2) – applicable au conjoint étranger d'un ressortissant suisse, une condamnation à deux ans de privation de liberté constitue la limite à partir de laquelle, en principe, il y a lieu de refuser l'autorisation de séjour, quand il s'agit d'une première demande d'autorisation ou d'une requête de prolongation d'autorisation déposée après un séjour de courte durée. Cette limite de deux ans ne constitue pas une limite absolue et a été fixée à titre indicatif (ATF 139 I 145 consid. 2.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_963/2015 précité consid. 4.2 ; ATA/384/2016 précité consid. 4d). 12) Il faut également tenir compte de l'intérêt de l'enfant, ainsi que l'exige l'art. 3 al. 1 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant du

## **E. 20**

novembre 1989 (CDE - RS 0.107). L'art. 10 CDE prévoit en outre que toute demande faite par un enfant ou ses parents en vue d'entrer dans un État partie ou de le quitter aux fins de réunification familiale doit être considérée par les États parties dans un esprit positif, avec humanité et diligence. Cette disposition n'accorde toutefois ni à l'enfant ni à ses parents un droit justiciable à une réunification familiale ; la Suisse y a d'ailleurs émis une réserve (Message du Conseil fédéral sur l'adhésion de la Suisse à la Convention de 1989 relative aux droits de l'enfant du 29 juin 1994, FF 1994 I V p. 35 ss ; SEM, Directives et commentaires, Domaine des étrangers - version du 25 octobre 2013, état au 3 juillet 2017, ch. I. 0.2.2.9). La CDE implique de se demander si l'enfant a un intérêt prépondérant à maintenir des contacts réguliers avec son père. Les dispositions de la convention ne font toutefois pas de l'intérêt de l'enfant un critère exclusif, mais un élément d'appréciation dont l'autorité doit tenir compte lorsqu'il s'agit de mettre en balance les différents intérêts en présence (ATF 136 I 297 consid. 8.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C\_1142/2012 du 14 mars 2013 ; 8C\_927/2011 du 9 janvier 2013 consid. 5.2). 13) Une décision est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. lorsqu'elle est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, qu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté ou encore lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. L'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable. De plus, il ne suffit pas que les motifs de la décision attaquée soient insoutenables, encore faut-il que cette dernière soit arbitraire dans son résultat (ATF 141 I 49 consid. 3.4 ; 140 I 201 consid. 6.1 ; 138 I 305 consid. 4.4 ; ATA/1422/2019 du 24 septembre 2019 consid. 7). 14) a. En l'occurrence, le recourant est fiancé à une ressortissante suisse et père d'une enfant portant la même nationalité. Mis à

part son séjour en prison, il n'a jamais vécu en Suisse. Il a en effet été interpellé par la police en juillet 2013, deux

- 13/16 - A/2914/2018 semaines seulement après son arrivée à Genève. Durant ce court laps de temps, il a gravement violé l'ordre juridique en commettant les faits très graves pour lesquels il a été condamné.

Lorsqu'il a commis ces infractions, le recourant entretenait depuis 2010 une relation avec celle qui allait devenir sa fiancée. Il ressort du dossier que cette dernière a appris qu'il était en détention alors qu'elle se trouvait au Kosovo et qu'elle lui a rendu visite en prison en décembre 2014. C'est donc en toute connaissance de cause que le recourant et sa compagne ont poursuivi et stabilisé leur relation. Lorsqu'ils ont décidé de se fiancer au cours de l'été 2016, ils étaient en outre au courant de la position des autorités helvétiques, puisque, par l'intermédiaire de l'OCPM, elles avaient déjà fait part au recourant, le 11 mai 2016, de leur refus de lui délivrer l'autorisation lui permettant de venir se marier en Suisse. Compte tenu du lourd passé pénal du recourant et de la position des autorités suisses exprimée en mai 2016 déjà, lui et sa compagne ne pouvaient pas non plus ignorer le risque de devoir vivre leur vie de couple et de famille à l'étranger.

b. Au vu de ce qui précède, et ainsi que l'ont retenu l'OCPM puis le TAPI, l'intérêt public à l'éloignement du recourant prime sur ses intérêts privés, le risque qu'il commette une nouvelle infraction contre l'intégrité sexuelle ne pouvant au surplus être exclu selon le jugement du TAPEM du 22 mars 2016. Le refus de lui permettre de venir se marier en Suisse est en l'espèce la seule mesure apte à garantir la protection de la sécurité et de l'ordre publics, elle apparaît comme proportionnée aux circonstances. Ce refus est conforme au droit, en ce qu'il découle du comportement gravement délictueux du recourant et qu'il était prévisible pour les fiancés, et ne peut donc pas être qualifié d'arbitraire.

c. Le recourant ne peut en conséquence pas se fonder sur ses relations avec sa fille et avec sa fiancée pour se prévaloir de l'art. 8 CEDH. S'agissant de sa fille, le recourant ne démontre au surplus pas l'existence de relations économiques avec elle. Il ne conteste en effet pas que, comme l'a retenu le TAPI, il est sans emploi et dans l'impossibilité de participer aux frais d'entretien de son enfant. C'est enfin en vain qu'il invoque la CDE, celle-ci ne lui accordant aucun droit supplémentaire. 15) Il apparaît dès lors que l'OCPM n'a ni excédé ni abusé de son pouvoir d'appréciation en refusant de délivrer l'autorisation litigieuse. Contrairement à ce que soutient le recourant, il a correctement appliqué l'art. 96 al. 1 LEI qui prévoit que les autorités compétentes tiennent compte, en exerçant leur pouvoir d'appréciation, des intérêts publics, de la situation personnelle de l'étranger, ainsi que de son intégration. Le jugement du TAPI doit en conséquence être confirmé et le recours sera rejeté.

- 14/16 - A/2914/2018 16) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA), et il ne sera pas alloué d'indemnité de procédure (art. 87 al. 2 LPA).

\* \* \* \* \*

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