

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2914/2018-PE

ATA/338/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 7 avril 2020

2^{ème} section

dans la cause

Monsieur A_____

représenté par Me Dimitri Tzortzis, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
6 mai 2019 (JTAPI/413/2019)**

EN FAIT

- 1) Monsieur A_____, né le _____ 1992, est ressortissant du Kosovo.
- 2) Le 23 juillet 2013, il a été interpellé par la police genevoise. Prévenu de séquestration et de viol, il a été incarcéré.

Lors de son audition, il a notamment indiqué avoir quitté le Kosovo deux mois et demi plus tôt pour l'Allemagne, avant de venir à Genève où il séjournait depuis deux semaines.

- 3) Le 25 octobre 2013, l'office cantonal de la population, devenu depuis lors l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM), a prononcé le renvoi de l'intéressé. Cette décision est entrée en force.
- 4) Le 20 janvier 2015, la chambre pénale d'appel et de révision de la Cour de justice (ci-après : la chambre pénale) a rejeté le recours que M. A_____ avait interjeté contre le jugement que le Tribunal correctionnel avait rendu à son encontre le 29 août 2014. Elle a confirmé sa condamnation à une peine privative de liberté de quatre ans pour contrainte sexuelle et viol avec la circonstance aggravante de la commission en commun en application des art. 189 al. 1, 190 al. 1 et 200 du code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0).

La chambre pénale a notamment relevé que M. A_____ était célibataire et sans enfant. Il était immatriculé à l'Université de Pristina et avait effectué un semestre dans la filière d'ingénieur, puis avait travaillé pendant trois mois à l'étranger pour financer ses études. Il devait retourner au Kosovo en août 2013 pour se préparer à la rentrée universitaire.

- 5) Le 3 mars 2016, M. A_____ a déposé une demande d'autorisation de séjour auprès de l'OCPM en vue de son mariage avec Mme B_____, née le _____ 1994, de nationalité suisse.
- 6) Dans un jugement du 22 mars 2016, le Tribunal d'application des peines et des mesures (ci-après : TAPEM) a ordonné la libération conditionnelle de M. A_____ avec effet au jour de son renvoi effectif de Suisse. Il lui a fait obligation, en tant que règle de conduite, de collaborer aux formalités de son renvoi vers le Kosovo et de ne plus revenir en Suisse.

Le TAPEM a notamment retenu que : « Lors de sa libération (...), le cité se retrouvera dans la même situation personnelle et dans le même état d'esprit qu'au moment de son incarcération, soit avec une haute estime de lui-même et attendant que ses besoins soient satisfaits, possiblement au mépris de la volonté d'autrui. Ainsi, le risque qu'il commette une nouvelle infraction contre l'intégrité sexuelle

ne peut être exclu ». Toutefois, il ressortait d'un rapport d'évaluation criminologique de décembre 2015 « que le cité n'[était] pas de nature violente et ne présent[ait] pas le profil d'un agresseur sexuel. De plus, il s'[était] bien comporté en détention (...) et a[vait] indiqué qu'il était prêt à retourner au Kosovo, auprès de sa famille. Dans ses conditions, il ne [pouvait] être posé à son sujet un pronostic clairement défavorable quant à son comportement futur, étant relevé que dès lors qu'il ne sui[vai]t aucune thérapie, le risque ne s'amenuisera[it] pas en cas de maintien en détention ».

- 7) Le 11 mai 2016, après avoir constaté que l'intéressé n'avait pas fait usage de son droit d'être entendu, l'OCPM a refusé de lui délivrer une attestation en vue de mariage et lui a ordonné de quitter la Suisse.

Dans un courrier du 26 mai 2016 à l'OCPM, M. A_____ a expliqué qu'il était toujours en prison et qu'il attendait son renvoi vers le Kosovo. Il renonçait à faire recours contre la décision précitée. L'intéressé a été refoulé vers le Kosovo le 4 juin 2016.

- 8) Le 17 novembre 2016, il a sollicité depuis le Kosovo un visa de longue durée. Il souhaitait venir en Suisse pour se marier avec Mme B_____.

- 9) Le 21 juin 2017, l'OCPM a refusé d'entrer en matière sur cette demande, considérée comme une demande de reconsidération.

- 10) Le 5 septembre 2017, M. A_____ a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI). Il a conclu à la délivrance de l'attestation en vue de son mariage.

Il avait lié une relation de couple avec Mme B_____ pendant l'été 2010 lorsque celle-ci s'était rendue au Kosovo pour des vacances. Leur relation s'était interrompue entre l'été 2013 et 2014, dans la mesure où elle ignorait sa mise en détention. En se rendant au Kosovo, elle avait appris ce fait et s'était rendue à la prison de Champ-Dollon en décembre 2014. Depuis le mois d'août 2015, la relation avait repris, jusqu'à ce qu'il quitte la Suisse. Le couple s'était fiancé en été 2016. Mme B_____ s'était rendue plusieurs fois au Kosovo et était tombée enceinte en avril 2017. Elle avait terminé les démarches nécessaires auprès de l'état civil de C_____ (Genève), le couple souhaitant se marier et élever ensemble l'enfant à naître.

Sa situation au Kosovo, où il n'avait pas d'emploi et était entretenu par sa famille, était précaire. En Suisse, il avait une place de travail assurée en qualité d'aide peintre au sein de l'entreprise D_____ SA. Quant à Mme B_____, elle recevait mensuellement une rente d'orpheline de CHF 224.-, des allocations familiales de CHF 400.- et des prestations

complémentaires de CHF 2'084.-. Elle logeait dans un grand appartement de trois pièces à E_____.

- 11) Mme B_____ a donné naissance à l'enfant F_____ le 10 janvier 2018.
- 12) Le 11 avril 2018, après que l'OCPM et le recourant ont maintenu leurs conclusions et arguments, le TAPI a admis le recours dans la mesure où il était recevable, annulé la décision litigieuse et renvoyé le dossier à l'OCPM en vue du prononcé d'une nouvelle décision.

La naissance de l'enfant du couple constituait une modification notable et importante des circonstances. L'OCPM était dès lors invité à entrer en matière, à instruire et à statuer sur le fond de la demande.

- 13) Après que M. A_____ a fait usage de son droit d'entendu, l'OCPM a, le 27 juin 2018, refusé de reconsidérer sa décision du 11 mai 2016 et de lui octroyer l'autorisation d'entrée et de séjour sollicitée. Au vu de la lourde peine prononcée à son encontre, l'intérêt public à le tenir éloigné de Suisse prévalait sur son intérêt privé à pouvoir demeurer en Suisse.
- 14) Par acte du 28 août 2018, M. A_____ a recouru contre cette décision auprès du TAPI. Il a conclu à son annulation et à l'octroi d'une autorisation de séjour en vue de préparer son mariage.

a. Le couple continuait à avoir une relation stable depuis la naissance de leur enfant. Mme B_____ s'était rendue au Kosovo en mars, mai et pendant l'été 2018. Elle souffrait toutefois de problèmes de santé, et une intervention chirurgicale auprès du service de chirurgie viscérale des hôpitaux universitaires de Genève (HUG) était prévue en septembre 2018. Elle poursuivait des études à l'École de culture générale pour adultes en vue d'intégrer la Haute école de travail social. Mme B_____ était née en Suisse. Sa mère, ses cinq sœurs et son frère vivaient à Genève. Il n'était pas possible pour elle de quitter la Suisse, où elle avait toutes ses attaches.

En rejetant la demande de reconsidérer la décision de refus d'octroi d'une autorisation de séjour de courte durée en vue du mariage, l'OCPM n'avait pas pris en compte les éléments de faits qui s'étaient modifiés depuis sa première demande de mars 2016 qui avait conduit au refus du 11 mai 2016. Depuis 2016, la situation avait complètement changé suite à la naissance de F_____. Il y avait lieu de prendre en compte l'ensemble des intérêts du cas concret ce qui impliquait, en sus de ses intérêts privés, les intérêts personnels de sa fiancée et ceux distincts de sa fille. Le refus de l'OCPM de lui délivrer une autorisation de séjour en vue de son mariage portait atteinte au principe du respect de la vie privée et familiale de sa fiancée. En empêchant sa fille, de nationalité suisse, de grandir auprès de ses deux parents en Suisse, l'OCPM portait également atteinte aux intérêts de F_____.

b. Selon la traduction certifiée conforme d'un certificat d'archives du ministère de l'intérieur du Kosovo, F_____ avait été enregistrée dans le registre central des naissances de G_____ au Kosovo le 6 septembre 2018, où sa reconnaissance avait eu lieu le même jour en présence des deux parents. L'enfant avait pris le nom de sa mère.

15) L'OCPM a conclu au rejet du recours. Eu égard à la lourde condamnation prononcée à l'encontre de M. A_____ en 2014, les conditions d'un regroupement familial n'étaient pas remplies. Pour les mêmes motifs, l'ingérence dans l'exercice du droit à la protection de la vie familiale était justifiée.

16) a. Le recourant a pour sa part persisté dans ses conclusions. La décision contestée ne prenait en compte ni l'intérêt privé de Mme B_____ à vivre auprès de son futur conjoint, ni l'intérêt de sa fille à vivre auprès de ses deux parents. Les démarches étaient en cours auprès de l'état civil suisse pour qu'il soit reconnu comme le père de l'enfant. Le couple souhaitant se marier en Suisse, il détiendra de fait l'autorité parentale et la garde sur sa fille.

Il avait purgé sa peine, s'était soumis à son renvoi et n'avait commis aucune infraction depuis. En Suisse, il serait à même de pourvoir à l'entretien de sa famille dès lors qu'il pouvait compter sur une promesse d'embauche. Il avait vu sa fille à plusieurs reprises. Le trajet au Kosovo représentait toutefois une difficulté pour une si jeune enfant. Outre le coût des voyages, Mme B_____ n'était pas en mesure d'emmener l'enfant de manière très suivie dès lors qu'elle poursuivait des études à Genève.

b. L'OCPM a renoncé à formuler des observations complémentaires.

17) Selon un extrait du registre suisse de l'état civil du 4 février 2019 versé à la procédure, M. A_____ était le père de F_____.

18) Le 6 mai 2019, le TAPI a rejeté le recours du 28 août 2018.

M. A_____, fiancé à une ressortissante suisse, était père d'une enfant de nationalité suisse. Il pouvait à ce titre se prévaloir du droit au respect de sa vie familiale. Il n'avait cependant pas fait preuve en Suisse d'un comportement irréprochable. Les faits qui lui étaient reprochés ayant consisté en des atteintes à l'intégrité sexuelle, l'intérêt public à son éloignement devait l'emporter sur son intérêt privé et à celui de sa famille à ce qu'il puisse venir vivre en Suisse. Il avait commis les infractions qui lui étaient reprochées alors qu'il se trouvait en Suisse dans le cadre d'un séjour touristique, démontrant ainsi le peu d'égard pour l'ordre juridique et public de l'État dans lequel il avait la prétention de demeurer.

M. A_____ avait sciemment pris le risque de faire passer sa relation amoureuse au second plan, les infractions ayant donné lieu à sa condamnation ayant été perpétrées alors qu'il entretenait déjà une relation avec sa fiancée

rencontrée en 2010, selon ses propres déclarations. En ayant fait le choix de se fiancer et d'avoir un enfant avec M. A_____ dont elle connaissait les antécédents pénaux, Mme B_____ ne pouvait ignorer le risque que leur relation doive se poursuivre hors de Suisse. En conséquence, le refus de l'OCPM était proportionné.

M. A_____ avait déclaré qu'il était sans emploi au Kosovo et dans l'impossibilité de participer aux frais d'entretien de sa fille. Il avait ainsi reconnu l'absence d'existence de relations économiques avec cette dernière.

19) Le 11 juin 2019, M. A_____ a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le jugement précité, concluant à son annulation et au constat qu'il était en droit d'obtenir une autorisation de séjour en vue de préparer son mariage, ainsi qu'à l'octroi d'une indemnité de procédure.

a. Le jugement attaqué violait les art. 8 § 2 et 12 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101), 9, 13 et 14 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant, du 20 novembre 1989 (CDE - RS 0.107), et 96 de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20) ;

b. Son comportement était irréprochable depuis sa condamnation. Il avait commencé une relation stable avec Mme B_____ au cours de l'année 2010. Ils s'étaient fiancés durant l'été 2016 et une fille était née de leur relation en janvier 2018. Lorsque Mme B_____ était tombée enceinte en avril 2017, le couple n'avait pas reçu de réponse de l'OCPM en lien avec la demande de visa déposée le 17 novembre 2016. La mère et la fille étaient de nationalité suisse. Cette dernière avait un intérêt à maintenir des contacts réguliers. Lui refuser de vivre aux côtés de son père bafouait ses droits.

Mme B_____, qui avait toutes ses attaches en Suisse, connaissait d'importants problèmes de santé qui nécessitaient une prise en charge « pointue » auprès des HUG et de l'Hôpital de la Tour. Elle y était suivie et soignée depuis le début de ses problèmes de santé. Les médecins qui la suivaient connaissant parfaitement son cas, on ne pouvait exiger d'elle qu'elle réalise sa vie de famille à l'étranger. En outre, elle ne disposait pas de la fortune suffisante pour se rendre régulièrement au Kosovo.

20) Le TAPI a transmis son dossier sans formuler d'observations. Pour sa part, l'OCPM a conclu au rejet du recours, renvoyant pour le surplus à ses observations auprès du TAPI.

- 21) Le juge délégué a accordé aux parties un délai au 4 septembre 2019 pour formuler toutes requêtes ou observations complémentaires. M. A_____ ne s'est pas prononcé, alors que l'OCPM a indiqué qu'il n'avait pas de requêtes ni d'observations.
- 22) Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

- 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 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 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10, a contrario ; ATA/12/2020 du 7 janvier 2020 consid. 3).
- 3) Le 1^{er} 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 1^{er} 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 1^{er} 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

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 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 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 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).

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) 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

(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 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'un 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

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.

- 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).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 11 juin 2019 par Monsieur A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 6 mai 2019 ;

au fond :

le rejette ;

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

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

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 ;

communique le présent arrêt à Me Dimitri Tzortzis, avocat du recourant, à l'office cantonal de la population et des migrations, au Tribunal administratif de première instance, ainsi qu'au secrétariat d'État aux migrations.

Siégeant : Mme Krauskopf, présidente, MM. Verniory et Mascotto, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière :

Ch. Ravier

la présidente siégeant :

F. Krauskopf

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.