

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/627/2014-PE

ATA/1014/2014

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Arrêt du 16 décembre 2014**

dans la cause

**Monsieur A** \_\_\_\_\_

représenté par Me Romain Jordan, avocat

contre

**OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS**

\_\_\_\_\_

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du  
3 juin 2014 (JTAPI/604/2014)**

---

### EN FAIT

- 1) Monsieur A\_\_\_\_\_, né le \_\_\_\_\_ 1979, est un ressortissant de la République démocratique du Congo.
- 2) Il est arrivé à Genève le 29 avril 1983, en compagnie de ses parents et de ses sept frères et sœurs. L'ensemble de la famille a été mise, en 1988, au bénéfice d'un permis de séjour à titre de rigueur personnelle. Depuis lors, ses parents, ainsi que six de ses frères et sœurs, ont acquis la nationalité suisse.
- 3) Depuis 1993, l'intéressé a occupé les services de la justice des mineurs à la suite de la commission répétée d'infractions d'une certaine gravité pour lesquelles il a effectué de nombreux séjours dans des institutions spécialisées et des maisons d'arrêt. En décembre 1997, il a encore été écroué à la prison de Champ-Dollon suite à son arrestation pour vol, agression et lésions corporelles, alors qu'il s'était enfui du dernier foyer où il avait été placé.
- 4) Par arrêt de la Cour d'assises du 6 novembre 1998, l'intéressé a été condamné à une peine de quinze ans de réclusion pour assassinat au sens de l'art. 112 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0). Cette peine a été confirmée par un arrêt de la Cour de cassation du 7 mai 1999 et par un arrêt du Tribunal fédéral du 20 septembre 1999.
- 5) L'intéressé n'a pas fait l'objet dans ce cadre d'une mesure d'expulsion. De l'avis de la Cour d'assises, il était arrivé très jeune en Suisse ; il y avait toute sa famille ; sa souhaitable réinsertion ne pouvait être envisagée qu'en Suisse.
- 6) Le 15 mai 2000, le département de justice, de police et des transports, devenu depuis lors le département de la sécurité et de l'économie (ci-après : le département), a prononcé l'expulsion administrative de l'intéressé pour une durée indéterminée. Cette décision a été confirmée par la commission cantonale de recours pour les étrangers par décision du 29 juin 2002 et est entrée en force.
- 7) Le 1<sup>er</sup> juin 2002, l'intéressé a été mis au bénéfice du régime de semi-liberté.
- 8) Le 30 juin 2009, l'intéressé a déposé auprès de l'office cantonal de la population, devenu depuis lors l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) une demande de reconsidération de la décision d'expulsion du 15 mars 2000, sollicitant la délivrance d'une autorisation de séjour.

Il se prévalait de l'évolution favorable de sa situation personnelle, de la formation acquise depuis les faits pour lesquels il avait été condamné, du travail qu'il avait accompli sur lui-même au plan psychologique et sur la relation qu'il entretenait avec une ressortissante suisse, Madame B\_\_\_\_\_.

- 9) Le 30 octobre 2009, le Tribunal d'application des peines et mesures (ci-après : TAPEM) a prononcé la libération conditionnelle de l'intéressé dès cette date, retenant un pronostic favorable. Il se fondait sur l'appréciation de l'expert psychiatre qu'il avait mandaté, lequel considérait que le risque de récidive pouvait être considéré comme faible, vu le cadre entourant l'intéressé et les efforts de réinsertion de celui-ci.
- 10) Le 30 octobre 2009, le département est entré en matière sur la demande de reconsidération du 30 juin 2009. Il l'a cependant rejetée.
- 11) Sur recours de l'intéressé, la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : la CCRA), devenue depuis le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI), a autorisé l'intéressé à rester sur le territoire genevois jusqu'à droit jugé dans présente la procédure.
- 12) Le 22 juin 2010, la commission a admis le recours, annulé la décision de l'OCPM et renvoyé le dossier au département. Suite à cela, le dossier a été transmis à l'office fédéral des migrations (ci-après : ODM) pour approbation de l'octroi d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur personnelle. Celui-ci a cependant refusé d'accorder son autorisation le 8 juillet 2011 et a prononcé le renvoi de Suisse de l'intéressé avec un délai de départ de trois mois.
- 13) Le 12 septembre 2011, l'intéressé a interjeté un recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral (ci-après : TAF), concluant à son annulation et à l'approbation de l'octroi en sa faveur de l'autorisation de séjour requise.
- 14) Entre-temps, le \_\_\_\_\_ 2010, une fille, prénommée C\_\_\_\_\_, est née de sa relation avec Mme B\_\_\_\_\_, enfant qu'il a reconnue le 18 avril 2012.
- 15) Le 27 mai 2013, l'intéressé a déposé auprès de l'OCPM une demande d'attestation de résidence et d'autorisation de séjour en vue de mariage afin d'épouser Mme B\_\_\_\_\_. Il avait déposé auprès de la mairie de Bernex une demande d'ouverture d'une procédure préparatoire de mariage.
- 16) Le 13 août 2013, la mairie de Bernex a informé l'intéressé de l'irrecevabilité de sa demande d'ouverture d'une procédure préparatoire de mariage dès lors qu'il n'avait pas fourni la preuve d'un séjour légal en Suisse.
- 17) Le 27 janvier 2014, l'OCPM, par décision déclarée exécutoire nonobstant recours, a refusé de délivrer l'attestation de résidence et d'autorisation de séjour sollicitée. Il se fondait sur les art. 30 let. b, 42, 51, 62 let. b, 63 al. 1 let. b de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20) et 31, 80 al. 1 let. a ou al. 2 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). L'autorisation

requisie lui était refusée en raison d'un intérêt public prépondérant à son éloignement.

- 18) Le 30 janvier 2014, l'intéressé a recouru contre cette décision auprès du TAPI, concluant à son annulation. Son droit au mariage avait été violé. Les faits commis plus de quinze ans auparavant ne justifiaient pas qu'on lui refuse la délivrance d'une attestation pour lui permettre la célébration de son mariage avec sa compagne, mère de sa fille, avec laquelle il attendait un deuxième enfant.
- 19) Le 29 avril 2014, le TAF a rejeté le recours de l'intéressé contre la décision de l'ODM du 8 juillet 2013 (arrêt Cour III C-5055/2011).
- 20) Le 15 mai 2014, l'OCPM a conclu au rejet du recours de l'intéressé contre son refus de lui délivrer l'attestation d'autorisation de séjour en vue de mariage requise. Les conditions d'un regroupement familial ultérieur n'étaient pas réalisées en raison de la lourde condamnation prononcée à l'encontre de l'intéressé. Le TAF venait de confirmer cette position par l'arrêt qu'il venait de rendre.
- 21) Par jugement du 3 juin 2014, le TAPI a rejeté le recours de l'intéressé contre la décision de l'OCPM du 27 janvier 2014.

Il était manifeste que les conditions de l'octroi d'une autorisation de séjour dans le cadre d'un regroupement familial ultérieur n'étaient a priori pas réalisées en raison de la condamnation pénale pour assassinat prononcée à son encontre. C'était ce qui avait conduit l'ODM à refuser son approbation à la délivrance d'une autorisation de séjour en sa faveur, décision que le TAF avait confirmée le 29 avril 2014. Le fait d'avoir été autorisé à demeurer en Suisse jusqu'à droit jugé sur le fond n'était pas pertinent dans l'analyse du droit au séjour en Suisse et n'avait aucune incidence sur l'issue de la présente procédure.

- 22) Par acte posté le 7 juillet 2014, l'intéressé a interjeté un recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le jugement du TAPI précité, reçu le 5 juin 2014. Il concluait préalablement à l'ouverture d'enquêtes et sur le fond à l'annulation dudit jugement, ainsi qu'à sa réforme en vue d'octroyer l'autorisation de séjour en vue de mariage requise. L'acte de recours développait longuement l'évolution favorable de la situation personnelle du recourant et sa volonté d'épouser Mme B\_\_\_\_\_, mère de son enfant. Le jugement attaqué violait son droit d'être entendu dans la mesure où il n'avait pas pu se déterminer sur les observations de l'intimé du 20 mai 2014.

Son droit au mariage, garanti par l'art. 12 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101), avait été violé, ainsi que son droit au respect de sa vie privée et

familiale. Il ne contestait pas son passé judiciaire et sa lourde condamnation pour des faits commis il y avait près de vingt ans. Il mettait en avant sa situation personnelle actuelle. Il avait vécu depuis l'âge de 4 ans à Genève et avait droit à une autorisation de séjour pour pouvoir se marier. Dans la pesée des intérêts que l'OCPM devait effectuer, il y avait lieu de tenir compte de son intérêt privé prépondérant à pouvoir établir qu'il séjournait en Suisse afin de pouvoir se marier.

23) Le 27 août 2014, l'OCPM a conclu au rejet du recours. Sa décision de refuser l'octroi d'une autorisation de séjour en vue de mariage était fondée sur la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue en lien avec l'application de l'art. 17 LETr. S'il apparaissait d'emblée que l'étranger ne pourrait pas, même une fois marié, être admis à séjourner en Suisse, les autorités compétentes en matière de police des étrangers devaient renoncer à délivrer une autorisation de séjour provisoire en vue de mariage. L'OCPM ne remettait pas en cause la réalité de la relation entretenue par le recourant avec sa compagne et leur fille. Il n'avait pas retenu qu'il risquait concrètement, une fois marié, d'émerger dans une large mesure et de manière durable, à l'aide sociale. Toutefois, sa condamnation à quinze ans de réclusion faisait que les conditions d'un regroupement familial ultérieur n'étaient pas remplies. Dès lors, le refus de délivrer l'autorisation requise ne constituait pas une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée familiale. L'existence d'un intérêt de l'enfant n'était pas contesté, mais ce critère, sous l'angle de l'art. 3 al. 1 de la Convention des Nations-Unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (RS 0.107), ne fondait pas un droit de celui-ci à voir son père séjourner en Suisse, mais constituait un élément d'appréciation. Finalement, d'une manière générale, il y avait lieu de se ranger à l'appréciation du TAF qui avait considéré que la situation personnelle de Mme B\_\_\_\_\_ ne saurait suffire à faire prévaloir l'intérêt privé du recourant à demeurer en Suisse sur l'intérêt public à le voir quitter le pays.

24) Le juge délégué a procédé à l'audition des parties le 1<sup>er</sup> décembre 2014.

a. Selon le recourant, il avait connu sa compagne alors qu'il se trouvait en régime de semi-liberté. Celle-ci avait donné le jour à une deuxième enfant, D\_\_\_\_\_. Il avait emménagé avec elle à Onex. Elle ne travaillait plus mais recherchait une activité à l'issue de son congé maternité. Lui-même avait suivi une formation intense dans le domaine de la restauration et obtenu de nombreux certificats, dont la patente cantonale de cafetier-restaurateur et le diplôme de bar et de service. Il allait encore passer un examen supplémentaire en gestion du personnel et de marketing le 3 décembre 2014.

Suite à l'arrêt du TAF, il avait recouru contre auprès du Tribunal fédéral, qui n'avait pas encore statué.

Sa demande de mariage était toujours pendante devant l'officier d'état civil de la commune de Bernex. Le fait de ne pas être marié rendait plus difficiles les

démarches qui lui permettaient de reconnaître son deuxième enfant. En effet, l'état civil exigeait qu'il recommence toutes les démarches à zéro en République démocratique du Congo pour obtenir les papiers utiles à l'accomplissement de celles-ci.

Il ne comprenait pas la position de l'OCPM qui ne voulait pas accorder d'autorisation pour lui permettre de se marier, alors que jusque-là, sa résidence en Suisse avait été tolérée et que l'OCPM admettait qu'il travaille en lui accordant des autorisations provisoires révocables en tout temps et valables jusqu'à droit jugé sur son recours.

b. Selon le représentant de l'OCPM, lorsque celui-ci était saisi d'une demande d'autorisation en vue de mariage, il délivrait une attestation de séjour. D'autres cantons délivraient un permis L, soit une autorisation de séjour de courte durée ne permettant pas, en principe, d'exercer une activité lucrative. L'attestation délivrée à Genève en vue de mariage ne permettait pas, également en principe, d'exercer une telle activité. L'attestation était d'une durée de six mois, renouvelable. Elle ne pouvait être d'une durée inférieure car elle équivalait à une autorisation de séjour de courte durée qui était délivrée pour une telle période.

Il ignorait s'il était possible de délivrer une autorisation de séjour valable pour une durée inférieure. En tous les cas, la délivrance d'une attestation plus courte impliquerait qu'elle soit assortie de réserves et qu'elle ne préjuge pas de la décision sur le fond relative à un éventuel regroupement familial. Si le Tribunal fédéral rejetait le recours, l'OCPM devait encore fixer un délai de départ au recourant.

La pratique de l'OCPM était de ne pas accorder d'attestation en vue de mariage à une personne qui ne remplissait pas les conditions du regroupement familial. Cette politique restrictive était nécessaire pour éviter que le requérant puisse utiliser le fait que l'autorité lui avait délivré ladite attestation pour demander ultérieurement la délivrance d'un permis alors que, a priori, les conditions d'octroi d'une autorisation de séjour n'étaient manifestement pas remplies.

L'attestation provisoire que l'OCPM avait délivrée au recourant pendant la durée de la procédure de recours était de la teneur suivante : « M. A\_\_\_\_\_ réside sur notre territoire depuis le (date). Il a fait l'objet d'une décision de renvoi depuis le (date), non exécutoire en raison d'un recours pendant devant l'autorité Y ». Elle concrétisait une tolérance et n'accordait pas un droit de séjour. Le titulaire pouvait avoir la possibilité de travailler mais il n'avait pas le droit de se marier car, pour le mariage, l'attestation qui devait être délivrée devait équivaloir à une autorisation de séjour de courte durée. La remise de l'attestation du type de celle délivrée au recourant n'était pas suffisante aux yeux des offices d'état civil pour remplir les

conditions de l'art. 98 al. 4 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC - RS 210).

- 25) Sur ce, 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) 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, 3<sup>ème</sup> 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 1<sup>er</sup> 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.

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



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 1<sup>er</sup> 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 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 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

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 pendant 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 1<sup>er</sup> 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.

- 11) Vu l'issue du litige, aucun émoulement 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).

**PAR CES MOTIFS**  
**LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

**à la forme :**

déclare recevable le recours interjeté le 7 juillet 2014 par Monsieur A\_\_\_\_\_ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 3 juin 2014 ;

**au fond :**

l'admet ;

annule le jugement du Tribunal administratif de première instance du 3 juin 2014 ;

annule la décision de l'office cantonal de la population et des migrations du 27 janvier 2014 ;

retourne la procédure à l'office cantonal de la population et des migrations pour qu'il délivre une attestation en vue de mariage à Monsieur A\_\_\_\_\_, au sens des considérants ;

dit qu'il n'est pas prélevé d'émoulement ;

alloue à Monsieur A\_\_\_\_\_ une indemnité de procédure de CHF 1'500.- à la charge de l'État de Genève ;

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 Romain Jordan, avocat du recourant, à l'office cantonal de la population et des migrations, à l'office fédéral des migrations (ODM), ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

Siégeants : M. Verniory, président, M. Thélin, M. Dumartheray, Mme Payot  
Zen-Ruffinen, M. Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

F. Cichocki

le président siégeant :

J.-M. Verniory

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](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

<sup>1</sup> 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

<sup>1</sup> 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

<sup>1</sup> 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)

<sup>1</sup> Si une partie forme contre une décision un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.

<sup>2</sup> Le Tribunal fédéral statue sur les deux recours dans la même procédure.

<sup>3</sup> Il examine les griefs invoqués selon les dispositions applicables au type de recours concerné.