

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4543/2019-PE

ATA/1093/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 3 novembre 2020

1^{ère} section

dans la cause

Monsieur A _____

représenté par Me Mattia Deberti, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
20 mai 2020 (JTAPI/407/2020)**

EN FAIT

- 1) Monsieur A_____, né le _____ 1979, est ressortissant du Nigéria.
- 2) Entré en Suisse le 30 août 2015, il a déposé deux jours plus tard une demande d'asile.
- 3) Le 9 octobre 2015, le secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM) n'est pas entré en matière sur sa demande d'asile et a prononcé son renvoi de Suisse vers la Hongrie, État Dublin responsable.
- 4) Invité à se présenter à l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) le 21 janvier 2016 pour préparer son départ, M. A_____ ne s'y est pas rendu.
- 5) Sa disparition a été enregistrée par les autorités le 24 février 2016.
- 6) Le 17 août 2016, M. A_____ a été interpellé par les forces de l'ordre qui lui ont reproché de s'adonner au trafic de stupéfiants (cocaïne) et de séjourner illégalement en Suisse.

Lors de son audition, il a déclaré qu'il avait quitté le Nigéria à 31 ans, que sa mère et un frère y vivaient encore, que son père et son autre frère vivaient aux États-Unis d'Amérique, qu'il avait vécu quatre ans en Grèce, y avait travaillé dans une boulangerie et qu'il avait quitté ce pays à cause de la crise économique.

- 7) Par jugement du 27 février 2017, le Tribunal correctionnel l'a déclaré coupable d'infraction grave à la loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951 (LStup - RS 812.121) et d'infraction à la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20 ; anciennement dénommée loi fédérale sur les étrangers - LEtr) et l'a condamné à une peine privative de liberté de trente mois dont huit mois ferme, le mettant au bénéfice d'un sursis pour le solde de vingt-deux mois et fixant le délai d'épreuve à trois ans.

Le jugement, rendu dans le cadre d'une procédure simplifiée, ne se prononce pas sur une possible expulsion judiciaire de l'intéressé.

Les faits reprochés étaient antérieurs au 1^{er} octobre 2016.

- 8) Le 13 avril 2017, M. A_____ a été enregistré comme disparu, ne s'étant plus présenté dans les locaux de l'OCPM après sa sortie de prison.
- 9) Le 19 avril 2017, le SEM a levé sa décision du 9 octobre 2015 et rouvert la procédure d'asile, le délai pour effectuer le transfert en Hongrie étant échu.

- 10) Le 13 juillet 2017, le SEM a rejeté la demande d'asile de l'intéressé, a prononcé son renvoi et lui a imparti un délai au 13 septembre 2017 pour quitter la Suisse.
- 11) Le 4 janvier 2018, M. A_____ a sollicité l'aide d'urgence auprès de l'OCPM.
- 12) Le 25 janvier 2018, il a prié le SEM de rouvrir la procédure d'asile.
- 13) M. A_____ s'est rendu à l'ambassade du Nigéria le 6 mars 2018 afin d'y obtenir un document de voyage.
- 14) Il a disparu le 9 avril 2018, quelques jours avant son vol de retour.
- 15) Le 6 novembre 2018, M. A_____ a sollicité de l'OCPM la délivrance d'une autorisation de séjour en vue de mariage. Il avait initié une procédure préparatoire de mariage auprès de la mairie de _____ le 2 novembre 2018 avec Madame B_____, née le _____ 1981, ressortissante suisse.

Diverses pièces ont été jointes à cette demande.

Selon une correspondance du 29 novembre 2018 de son amie, ils s'étaient rencontrés en mai 2016 et avaient, quelque temps plus tard, entamé une relation amoureuse, laquelle avait été brutalement interrompue en août 2016. Elle n'avait plus eu de contacts avec lui pendant plusieurs mois, se posant de nombreuses questions. Il avait repris contact avec elle à sa sortie de prison en lui expliquant, en toute transparence, ce qui était arrivé. Après quelques mois de réflexion et de contacts téléphoniques, elle avait décidé de laisser une seconde chance à leur couple. Il avait été très patient et n'avait exercé aucune pression à son encontre. Elle avait été rassurée par son honnêteté et sa transparence. Après une année de relation, il l'avait demandée en mariage. Ils avaient décidé d'emménager ensemble en septembre 2018. Ils vivaient depuis lors en parfaite harmonie avec son fils C_____, né d'une précédente union. Ils envisageaient d'avoir un enfant.

- 16) Le 5 juin 2019, l'OCPM a informé M. A_____ de son intention de lui refuser l'autorisation de séjour sollicitée et lui a imparti un délai pour exercer son droit d'être entendu.
- 17) Le 4 juillet 2019 M. A_____ a insisté sur la nécessité de pouvoir vivre en Suisse auprès de sa fiancée, mère de leur enfant à naître. La présence en Suisse de C_____, enfant né d'une précédente union de sa fiancée et âgé de 14 ans, les empêchait d'envisager un quelconque autre lieu de vie. Une lettre annexée décrivait son quotidien et ses démarches, tant réalisées qu'envisagées, pour réussir son intégration en Suisse.

- 18) Le _____ 2019, Mme B_____ a donné naissance à D_____, que M. A_____ avait reconnu le 2 avril 2019.
- 19) Par décision du 4 novembre 2019, l'OCPM a refusé d'octroyer l'autorisation de séjour sollicitée à M. A_____, a prononcé son renvoi de Suisse et lui a imparti un délai au 4 janvier 2020 pour quitter le territoire.

Il avait été condamné à une peine privative de liberté d'une durée de trente mois dont un sursis à l'exécution de la peine de vingt-deux mois pour une infraction à la LStup, ce qui constituait une atteinte grave à l'ordre et à la sécurité publique et remplissait une condition objective de refus d'une autorisation de séjour. Il était en Suisse depuis un peu plus de quatre ans. La durée de son séjour ne constituait dès lors pas un élément déterminant susceptible de justifier une suite favorable à sa requête. Il ne travaillait pas et ne pouvait se prévaloir d'une intégration professionnelle ou sociale particulièrement marquée au point de devoir admettre qu'il ne pouvait plus quitter la Suisse sans devoir être confronté à des obstacles insurmontables. Il n'avait pas non plus acquis des connaissances professionnelles ou des qualifications spécifiques telles qu'il ne pourrait plus les mettre en pratique au Nigeria. Enfin, le fait qu'il était le père d'un enfant suisse issu de sa relation avec Mme B_____ était sans incidence, dès lors que celle-ci connaissait le passé pénal de l'intéressé au moment de la conception. L'intérêt public à l'éloignement de l'intéressé l'emportait sur son intérêt privé à demeurer en Suisse.

- 20) Par acte du 5 décembre 2019, M. A_____ a interjeté recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : le TAPI), concluant à son annulation et à la délivrance d'une autorisation de séjour en sa faveur.

À son arrivée en Suisse, il avait uniquement fait la connaissance de compatriotes nigériens, dont certains s'adonnaient au trafic de stupéfiants pour subvenir à leurs besoins. Pendant un peu plus d'un mois, du 10 juillet au 16 août 2016, il avait été plongé dans ce trafic de stupéfiants, convaincu que cela allait lui permettre de résoudre les problèmes auxquels il était confronté. Compte tenu du fait qu'il avait immédiatement reconnu les faits reprochés, de l'absence de condamnation antérieure en Suisse ou à l'étranger et de son comportement exemplaire durant toute la procédure, il avait obtenu une condamnation sous la forme d'une procédure simplifiée ainsi qu'une peine assortie d'un sursis partiel dans une grande proportion (vingt-deux mois sur trente). Il avait coupé tout lien avec un quelconque trafic de stupéfiants.

À cette même période, il avait entamé une relation de couple avec Mme B_____, fonctionnaire communale pour la ville de _____ dont les revenus permettaient de subvenir à l'intégralité de leurs besoins. Rapidement, il avait

emménagé dans l'appartement pris à bail par sa fiancée, qu'elle occupait jusqu'alors avec son fils C_____.

À défaut d'être autorisé à travailler en Suisse dans l'attente de régler sa situation sur le plan administratif, il s'était consacré à l'apprentissage du français en suivant assidument des cours intensifs. Depuis le mois de mars 2018, il s'impliquait activement dans les activités de l'association Igbo Union Geneva, dont l'un des buts principaux était d'empêcher les sans-papier de plonger dans la criminalité, en particulier dans le trafic de stupéfiants. Il agissait également comme bénévole régulier pour la ville de _____ pour fournir de l'aide pour confectionner des repas aux aînés de la commune ; il était très apprécié par les personnes qui encadraient ces activités. Il avait l'intention de poursuivre sa formation en Suisse afin d'exercer une activité d'aide-soignant, métier qu'il pratiquait au Nigéria.

Son évolution positive depuis sa condamnation pénale et l'absence de tout risque d'une quelconque menace pour l'ordre public suisse n'avaient pas été appréciées correctement par l'autorité intimée. Il attendait impatiemment qu'une autorisation de travail lui soit donnée pour commencer une activité lucrative et subvenir à l'entretien de ses proches.

L'OCPM n'avait procédé à aucun examen de l'intérêt privé du recourant à demeurer en Suisse auprès de sa famille et des conséquences d'un éventuel renvoi. Le noyau familial était aujourd'hui composé de l'intéressé, de sa fiancée et de deux enfants. Son renvoi de Suisse le priverait de sa famille et de la possibilité de subvenir à leurs besoins, respectivement priverait les enfants de la présence de leur père et beau-père. C_____ lui était particulièrement attaché. Mme B_____ ne pouvait pas envisager d'élever ses deux enfants à l'étranger, C_____ ayant toujours vécu à Genève et devant pouvoir entretenir des relations personnelles avec son père. Les conséquences d'un renvoi seraient désastreuses tant pour le couple que pour les deux enfants.

Diverses pièces ont été produites à l'appui de ses allégations, notamment de nombreuses photos de la famille prises à diverses occasions.

- 21) Le 4 février 2020, l'OCPM a conclu au rejet du recours.
- 22) À la suite d'un second échange d'écritures, le TAPI a, par jugement du 20 mai 2020, rejeté le recours de M. A_____.

La condamnation de l'intéressé par le Tribunal correctionnel du 27 février 2017 à une peine privative de liberté de trente mois, avec un sursis de trois ans pour infraction grave à la LStup et à la LEI était un motif de révocation de son permis de séjour. L'intérêt public à son éloignement l'emportait sur son intérêt

privé à demeurer en Suisse. C'était ainsi à bon droit que l'OCPM avait refusé d'octroyer une autorisation de séjour au recourant.

- 23) Par acte du 22 juin 2020, M. A_____ a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le jugement précité. Il a conclu à son annulation et au renvoi du dossier à l'OCPM en l'invitant à délivrer une autorisation de séjour avec activité lucrative au titre de regroupement familial. Préalablement, sa fiancée et lui-même devaient être entendus.

Il s'était quotidiennement occupé de D_____ depuis sa naissance, lequel serait en crèche à partir du mois d'août 2020, lui laissant ainsi du temps à disposition pour se perfectionner en français et suivre des formations complémentaires en vue d'exercer le métier d'aide-soignant. Il était également proche de C_____. Hormis sa condamnation pénale, tous les autres éléments à prendre en considération tendaient à démontrer qu'il n'existait à ce jour plus aucun motif pour légitimement considérer que le recourant commettrait une nouvelle infraction en Suisse. Le délai d'épreuve était échu sans qu'il ait récidivé, de sorte que son casier judiciaire était vierge de toute inscription. L'écoulement du temps démontrait que son passé pénal n'était qu'un faux pas dans un parcours respectable. Il avait désormais atteint le niveau B1 en français et déployait des efforts pour aider ses compatriotes à ne pas sombrer dans la criminalité. Il œuvrait par ailleurs en faveur des aînés de son quartier. Une décision compatible avec l'intérêt de deux enfants mineurs, notamment de D_____, âgé d'à peine neuf mois, devait être prononcée.

- 24) L'OCPM a conclu au rejet du recours et a persisté dans son argumentation.
- 25) Dans sa réplique, le recourant a renouvelé sa demande d'audition de la mère de son enfant et de lui-même.
- 26) a. Lors de l'audience du 15 octobre 2020, M. A_____ a expliqué s'occuper de son fils en matinée. L'enfant était à la crèche l'après-midi. Le recourant cherchait du travail à plein temps dans le domaine du nettoyage. Il avait souvent des rendez-vous pour trouver du travail et ne suivait plus les cours de français. Il était retourné au Nigéria deux semaines pour voir sa mère en décembre 2019. Il ne pouvait pas envisager de se séparer de sa famille. L'interdiction de travailler et l'absence d'autorisation lui pesaient. Il souffrait de ne pas pouvoir acheter des biens de première nécessité à son bébé et de rester à la maison « à ne rien faire ». Le matin, il jouait avec son fils. En été, ils sortaient au parc. Il n'avait plus touché et n'avait plus l'intention de toucher aux drogues. Il se concentrait sur sa famille et voulait être un exemple pour son fils. S'il avait un emploi, il participerait aux frais du ménage. Il en avait déjà discuté avec sa fiancée.

b. Le juge délégué a constaté que le recourant ne s'exprimait en français qu'avec peine. Sa compréhension était moyenne. Certaines questions avaient été reformulées en anglais pour être comprises. Il s'était exprimé en anglais à la fin de l'audience.

c. Mme B_____, entendue à titre de renseignements, a précisé que leur vie de famille se déroulait bien. Leur fils était entré en crèche et C_____ était scolarisé au cycle d'orientation. Son fiancé avait plus de temps libre pour faire des recherches d'emploi. Il visait des postes « accessibles », en l'état dans le nettoyage ou la manutention. Pour sa formation d'aide-soignant, un permis de séjour était nécessaire. Il s'occupait de D_____ le matin puisque l'enfant n'avait une place en crèche que l'après-midi, moment où son fiancé courait les agences de placement. C'était souvent lui qui cuisinait. Elle pouvait rentrer à midi vu la proximité de son lieu de travail. L'entente entre C_____ et son fiancé était très bonne. C_____ pratiquait le football, ce qui était aussi la passion de son fiancé qui, lui, le regardait. Ils avaient beaucoup de discussions à ce propos. Il avait continué à s'investir comme bénévole à _____, à raison d'une fois par semaine pendant l'été. Depuis septembre 2020, cela devait être environ toutes les trois semaines.

Père et fils avaient développé une relation fusionnelle. Ils étaient particulièrement proches et son fiancé était l'adulte de référence pour leur fils.

C_____ voyait son père un week-end sur deux. Il passait la quasi-totalité des vacances scolaires avec ce dernier à la campagne. Les parents avaient demandé qu'il n'aille pas au cycle du _____, mais à celui de _____ situé à mi-chemin entre le domicile de chacun de ses parents.

Elle n'envisageait pas d'aller à l'étranger et ne l'avait jamais envisagé. Ceci serait d'ailleurs d'autant plus compliqué qu'elle partageait la garde de C_____ avec le père de celui-ci et que ce dernier s'opposerait au départ de son fils à l'étranger. Les contacts entre C_____ et D_____ étaient très bons.

Son fiancé ne représentait plus de danger pour l'ordre public. Au moment des faits qui lui étaient reprochés, il était dans un état de très grande nécessité. Il était un père et beau-père qu'elle qualifiait d'exemplaire. Il vivait pour sa famille laquelle était sa priorité. Le rêve de son fiancé était de pouvoir travailler.

Il entretenait des contacts quasi quotidiens avec sa mère au Nigéria par FaceTime, et des contacts beaucoup moins fréquents, à raison de moins d'une fois par quinzaine, respectivement avec son frère et sa sœur, tous deux célibataires, au Nigéria. Il avait aussi un frère aux États-Unis. Il était retourné depuis sa venue en Suisse une seule fois au Nigéria, en 2019, quelques temps après le décès de son père. Elle avait eu à cœur de lui offrir ce voyage, car celui-ci avait été très touché

par le décès de son père, quand bien même, il avait pu l' « accompagner » par téléphone. Elle n'était jamais allée au Nigéria.

Son fiancé avait fait sa formation d'aide-soignant au Nigéria en alternance avec un travail d'aide-soignant. Une fois formé, il n'avait pratiqué que quelques mois avant de venir en Suisse.

d. La cause a été gardée à juger à l'issue de l'audience.

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 l'art. 126 al. 1 LEI, les demandes déposées avant le 1^{er} janvier 2019 sont régies par l'ancien droit (arrêts du Tribunal fédéral 2C_496/2019 du 13 novembre 2019 consid. 4 ; 2C_841/2019 du 11 octobre 2019 consid. 3 ; 2C_737/2019 du 27 septembre 2019 consid. 4.1).

En l'espèce, la demande d'autorisation de séjour en vue de mariage a été déposée le 6 novembre 2018, de sorte que c'est le droit en vigueur avant le 1^{er} janvier 2019 qui s'applique.

- 4) Le litige porte sur la conformité au droit du refus par l'OCPM le 4 novembre 2019 d'octroyer au recourant une autorisation de séjour en vue de son mariage.

Les conclusions prises en délivrance d'une autorisation de séjour avec activité lucrative au titre de regroupement familial sont exorbitantes au présent litige et donc irrecevables.

5) a. Le droit au mariage est garanti par les art. 12 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101), 14 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) 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).

e. En application de l'art. 30 let. b LEI, en relation avec l'art. 31 OASA, une autorisation de séjour de durée limitée peut en principe être délivrée pour permettre à un étranger de préparer en Suisse son mariage avec un citoyen suisse. Les conditions du regroupement familial ultérieur doivent être remplies (Directives du SEM, domaine des étrangers, 2013, état au 1er novembre 2019, ch. 5.6.5 [ci-après : directives SEM]).

6) 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 Nigéria.

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.

7) 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 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0) – 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).

En tant qu'elles lèsent ou compromettent l'intégrité corporelle des personnes, qui est un bien juridique particulièrement important, les infractions à la LStup, en particulier le trafic de stupéfiants, constituent en règle générale une atteinte grave à la sécurité et à l'ordre publics ; or, une telle atteinte justifie la révocation d'un permis d'établissement au sens de l'art. 63 al. 1 let. b LEI (ATF 137 II 297 consid. 3.3), et donc a fortiori celle d'une autorisation de séjour en application de l'art. 62 let. c LEI (arrêts du Tribunal fédéral 2C_117/2012 du 11 juin 2012 consid. 4.4.2; 2C_915/2010 du 4 mai 2011 consid. 3.2.1).

- 8) En l'espèce, le 27 février 2017, le Tribunal correctionnel a prononcé une condamnation à une peine privative de liberté de trente mois, dont huit mois fermes, avec un sursis de trois ans, soit une solde de vingt-deux mois, à l'encontre du recourant pour infraction grave à la LStup et infraction à la LEI.

Il existe dès lors un motif de révocation au sens de l'art. 63 LEI.

- 9) 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).

- 10) 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).

11) 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).

12) En l'occurrence, le recourant est fiancé à une ressortissante suisse et père d'un enfant ayant la même nationalité. Il vit en Suisse depuis cinq ans, après y avoir déposé une demande d'asile sur laquelle le SEM n'est pas entré en matière. Il n'a pas respecté la décision de renvoi du 9 octobre 2015. Sa disparition a été enregistrée par les autorités le 24 février 2016. Moins d'une année après son arrivée en Suisse, il a été interpellé dans le cadre d'un trafic de stupéfiants (cocaïne). Après avoir été condamné par le Tribunal correctionnel, il a été enregistré, le 13 avril 2017, comme ayant disparu. Un nouveau délai, au 13 septembre 2017, lui a été imparti pour quitter le territoire. Après avoir réapparu

et sollicité l'aide d'urgence, il a disparu le 9 avril 2018, quelques jours avant le vol de retour dans son pays. Il est toléré sur le territoire depuis sa demande d'autorisation de séjour en vue de mariage, déposée le 6 novembre 2018. En Suisse depuis cinq ans, il y a donc séjourné illégalement pendant trois ans avant d'y être toléré. Bien que faisant l'objet de décisions de renvoi, il a disparu à trois reprises. Il a, par ailleurs, moins d'un an après son arrivée, gravement enfreint l'ordre juridique suisse en commettant les faits très graves pour lesquels il a été condamné.

Il entretient, depuis 2016 environ, une relation avec celle qui est devenue sa fiancée et la mère de son enfant. Il ressort du dossier que cette dernière n'a appris qu'il était en détention qu'à sa sortie de prison. Après quelques mois de réflexion, elle a décidé d'accorder une nouvelle chance à leur couple. C'est donc en toute connaissance de cause du passé pénal de l'intéressé, en sachant que le recourant ne bénéficiait d'aucun droit de séjour en Suisse et en ne pouvant ignorer le risque qu'il n'obtienne pas d'autorisation de séjour, que le recourant et sa compagne ont poursuivi et stabilisé leur relation et qu'ils sont devenus parents.

Il ressort du dossier que le recourant a construit une relation stable et effective avec sa fiancée depuis plusieurs années, ce que l'autorité intimée ne conteste pas. Ils sont parents d'un enfant d'une année. Père et fils vivent une relation étroite et effective, qualifiée même de fusionnelle par la mère de l'enfant. L'organisation mise en place par les parents en lien aussi avec l'absence d'autorisation de séjour et donc de travail du recourant, veut que le père s'occupe de son fils tous les matins de la semaine, ce dernier ayant une place en crèche les après-midis seulement, et la mère de l'enfant travaillant à 90 % et assurant ainsi les moyens financiers nécessaires à la famille. Le recourant aspire à travailler. Il recherche activement un emploi et souhaite pouvoir contribuer financièrement à l'entretien de sa famille. Aucun élément du dossier ne permet de douter de la sincérité de son discours, celui-ci indiquant souffrir de la situation actuelle qui ne lui permet pas d'acheter du lait pour son enfant. L'investissement bénévole du recourant dans deux associations confirme son souhait d'être plus impliqué dans la vie sociale et économique du pays. Le mauvais niveau de son français reste toutefois un élément en sa défaveur en matière d'intégration. Son degré d'intégration doit en conséquence être qualifié de moyen.

Le préjudice pour la famille du recourant en cas d'éloignement devrait être considéré comme grand pour sa fiancée et en particulier leur fils, au vu de son statut de figure parentale de référence grâce au fait qu'il s'en occupe tous les matins. L'établissement de la famille dans un autre pays apparaît pour le surplus difficile au vu de la situation de C_____. En effet, celui-ci entretient des liens étroits avec son père chez qui il se rend un week-end sur deux et la quasi-totalité des vacances scolaires. Âgé de 15 ans, actuellement au cycle d'orientation, un déplacement de son centre de vie n'apparaît pas exigible.

Enfin, si le risque d'une éventuelle récidive du recourant ne peut être exclu, il apparaît toutefois peu important au vu de la stabilité trouvée aujourd'hui par l'intéressé grâce à sa relation de couple et surtout à son enfant.

En conséquence, il convient de tenir compte de la gravité indéniable de la faute commise en 2017, d'un degré d'intégration moyen, de la faible durée de son séjour en Suisse compte tenu des années passées dans l'illégalité et d'une période de tolérance à laquelle s'ajoutent trois disparitions, mais aussi du préjudice important que l'intéressé et sa famille auraient à subir en raison de la mesure. Ce dernier élément est toutefois tempéré par le fait que la fiancée du recourant connaissait les risques auxquelles elle s'exposait en reprenant une relation suivie avec l'intéressé à sa sortie de prison. À cela s'ajoute le fait qu'il remplit les conditions d'une relation étroite et effective avec une personne de sa famille ayant le droit de résider durablement en Suisse, en l'occurrence son fils mineur, avec lequel il vit. L'intérêt de celui-ci, dont il convient de tenir compte aussi en application de la CDE, est indéniablement que son père puisse séjourner en Suisse. Le recourant remplit aussi les conditions jurisprudentielles précitées (ATF 137 I 351) vis-à-vis de sa fiancée dès lors que le couple entretient depuis quatre ans des relations étroites et effectivement vécues et qu'il existe des indices concrets d'un mariage sérieusement voulu et imminent. L'ensemble de ces circonstances fait apparaître que le refus d'octroi d'une autorisation de séjour en vue du mariage est disproportionné, l'intérêt privé du recourant et de son fils notamment à l'obtention d'un titre de séjour étant plus important que l'intérêt public à l'éloignement de celui-là.

L'autorité intimée ayant abusé de son pouvoir d'appréciation en refusant l'autorisation de séjour en vue du mariage, le recours sera admis.

- 13) Vu l'issue du litige, aucun émolument ne sera perçu (art. 87 al. 1 LPA), et une indemnité de procédure de CHF 1'000.- sera allouée au recourant à la charge de l'OCPM (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

admet partiellement, en tant qu'il est recevable, le recours interjeté le 22 juin 2020 par Monsieur A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 20 mai 2020 ;

annule le jugement du Tribunal administratif de première instance du 20 mai 2020 et la décision de l'OCPM du 4 novembre 2019 ;

renvoie le dossier à l'office cantonal de la population et des migrations pour décision au sens des considérants ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 1'000.- à Monsieur A_____ à la charge de l'office cantonal de la population et des migrations ;

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 Mattia Deberti, 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 Payot Zen-Ruffinen, présidente, Mmes Krauskopf et Lauber, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

F. Cichocki

la présidente siégeant :

F. Payot Zen-Ruffinen

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.