

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3259/2016-PE

ATA/1016/2017

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 27 juin 2017

1^{ère} section

dans la cause

Madame A _____

représentée par Me François Membrez, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
19 octobre 2016 (JTAPI/1068/2016)**

EN FAIT

- 1) Madame A_____, ressortissante kosovare née à Sion le _____1995, a quitté la Suisse avec sa mère en 2002 afin de retourner vivre au Kosovo, à la suite du décès accidentel de l'une de ses sœurs aînées.

Seul son père, Monsieur B_____, est resté en Suisse où il a conservé un emploi.

- 2) M. A_____ a sollicité, en 2012, une demande de regroupement familial, laquelle a été acceptée pour son épouse ainsi que pour un enfant mineur, et refusée pour Mme A_____, devenue majeure.

- 3) L'intéressée est revenue en Suisse au mois de janvier 2015, où elle a déposé une demande d'asile, laquelle a été rejetée par le secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM) le 26 mars 2015. Le renvoi de Mme A_____ était prononcé et devait être exécuté immédiatement. Ladite décision est devenue définitive et exécutoire.

- 4) Le 2 juin 2015, Mme A_____ a déposé une demande de réexamen de cette décision auprès du SEM, laquelle a été rejetée par décision du 11 juin 2015.

- 5) Le 28 juin 2016, Mme A_____ a sollicité de l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) la délivrance d'une autorisation de séjour ou le renouvellement de son permis C. Un renvoi au Kosovo l'exposerait à un mariage forcé.

Le 24 août 2016, l'OCPM a refusé d'entrer en matière sur cette requête, l'intéressée n'ayant aucun droit formel à l'octroi d'une autorisation de séjour. Ladite décision a été déclarée exécutoire nonobstant recours.

- 6) Le 26 septembre 2016, Mme A_____ a saisi le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) d'un recours contre la décision précitée.

Après le refus de son permis C, elle était restée au Kosovo avec son grand-père, dans la peur de devoir subir un mariage forcé avec un inconnu. Elle était revenue en Suisse afin d'éviter ceci, mais n'avait pas évoqué ce motif dans la procédure d'asile par loyauté vis-à-vis de sa famille et par manque de confiance à l'égard de l'autorité.

Elle était hébergée depuis le mois de septembre 2015 par la fondation « C_____ », laquelle prenait en charge sa formation et subvenait à ses besoins.

Son père, qui avait obtenu le droit de cité de la ville de Sion, était en passe d'être naturalisé.

- 7) Le 11 octobre 2016, l'OCPM a conclu à l'irrecevabilité du recours. La requête de restitution de l'effet suspensif devenait sans objet.
- 8) Par jugement du 19 octobre 2016, le TAPI a déclaré irrecevable le recours. La recourante, qui ne disposait pas d'un droit manifeste à une autorisation de séjour, n'avait pas la qualité de partie à la procédure, en application de l'art. 14 al. 1 de la loi sur l'asile du 26 juin 1998 (LAsi - RS 142.31).
- 9) Le 21 novembre 2016, Mme A_____ a saisi la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) d'un recours contre le jugement précité, concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif et reprenant et développant les éléments figurant dans ses écritures antérieures.

Les art. 8 et 12 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101) protégeaient l'intéressée et, en conséquence, le jugement litigieux violait l'art. 29a de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) et 13 CEDH.

Mme A_____ disposait d'un droit à une autorisation de séjour en application de l'art. 31 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) et cette situation constituait une exception à l'art. 14 al. 1 LAsi.

De plus, l'existence d'une vie familiale et privée de l'intéressée en Suisse ne pouvait être niée et elle était de ce fait aussi protégée par l'art. 8 CEDH.

Elle concluait préalablement à la restitution de l'effet suspensif dès lors que, en cas de renvoi vers le Kosovo, ses droits fondamentaux, protégés par la CEDH seraient menacés par le risque d'un mariage forcé.

- 10) Le 23 novembre 2016, le TAPI a indiqué qu'il n'avait pas d'observations à faire sur le recours, en transmettant son dossier.
- 11) Le 2 décembre 2016, l'OCPM s'est déterminé, concluant au rejet du recours. Le défaut de voie de recours judiciaire contre la décision de l'administration cantonale refusant d'ouvrir une procédure en autorisation de séjour contrevenait à la garantie constitutionnelle offerte par l'art. 29a Cst. mais, sur le plan cantonal, ne violait aucune disposition de droit international. Toutefois, le Tribunal fédéral étant tenu d'appliquer les dispositions du droit fédéral, même inconstitutionnelles, les recours devaient, dans ce cas, être déclarés irrecevables.

Il en allait de même pour la demande de restitution de l'effet suspensif.

- 12) Par décision du 2 mars 2017 (ATA/259/2017), le vice-président de la chambre administrative a admis la demande de mesures provisionnelles et suspendu l'exécution du renvoi de l'intéressée jusqu'à droit jugé au fond.
- 13) Le 31 mars 2017, la recourante, exerçant son droit à la réplique, a intégralement persisté dans la motivation et dans les conclusions de son recours.
- 14) La cause a alors été gardée à juger, ce dont les parties ont été informées le 4 avril 2017.

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) L'objet du litige est de déterminer si c'est à bon droit que le TAPI a dénié à la recourante la qualité de partie à la procédure et déclaré son recours irrecevable.
- 3) a. À moins qu'il n'y ait droit, le requérant ne peut engager de procédure visant l'octroi d'une autorisation de séjour relevant du droit des étrangers entre le moment où il dépose une demande d'asile et celui où il quitte la Suisse suite à une décision de renvoi exécutoire, après le retrait de sa demande ou si le renvoi ne peut être exécuté et qu'une mesure de substitution est ordonnée (art. 14 al. 1 LAsi).

L'art. 14 al. 2 LAsi autorise une dérogation à ce principe : sous réserve de l'approbation du SEM, le canton peut octroyer une autorisation de séjour à toute personne qui lui a été attribuée conformément à la présente loi, si la personne concernée séjourne en Suisse depuis au moins cinq ans à compter du dépôt de la demande d'asile (let. a), si le lieu de séjour de la personne concernée a toujours été connu des autorités (let. b), s'il s'agit d'un cas de rigueur grave en raison de l'intégration poussée de la personne concernée (let. c), et s'il n'existe aucun motif de révocation au sens de l'art. 62 LEtr (let. d). Lorsqu'il entend faire usage de cette possibilité, le canton le signale immédiatement au SEM (art. 14 al. 3 LAsi), et la personne concernée n'a qualité de partie que lors de la procédure d'approbation du SEM (art. 14 al. 4 LAsi).

A contrario, le requérant, qui ne peut faire valoir aucun droit à une autorisation de séjour, n'a pas qualité de partie dans la procédure menant à la décision de l'autorité cantonale compétente d'octroyer ou de refuser de soumettre son dossier au SEM en vue de l'octroi d'une autorisation de séjour pour cas de

rigueur (ATF 137 I 128 consid. 4.1 ; 2C_853/2008 du 28 janvier 2009 ; ATA/245/2011 du 12 avril 2011 consid. 3).

b. Le Tribunal fédéral a jugé que le défaut de voie de recours judiciaire contre la décision de l'administration cantonale refusant d'ouvrir une procédure en autorisation de séjour selon l'art. 14 al. 2 LAsi contrevient à la garantie constitutionnelle offerte par l'art. 29a Cst ; ATF 137 I 133 consid. 4.3.2). Il ne viole en revanche ni les art. 6, 8 et 13 CEDH ni les art. 2 § 3 let. a et 14 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, conclu à New York le 16 décembre 1966 (Pacte ONU II – RS 0.103.2 ; ATF 137 I 133, consid. 4.4). Étant toutefois tenu d'appliquer les dispositions du droit fédéral, même inconstitutionnelles (art. 190 Cst.), le Tribunal fédéral a, dans l'arrêt précité, confirmé la décision d'irrecevabilité d'un recours déposé dans le cadre de l'art. 14 al. 2 LAsi et invité le législateur fédéral à réexaminer la teneur de l'art. 14 al. 4 LAsi afin qu'il trouve une solution conforme à la Constitution.

L'art. 14 LAsi a été remis en discussion dans le cadre de la révision de la LAsi en 2012. Lors du premier examen, le Conseil des États avait décidé d'abroger l'al. 4 de cette disposition, en donnant ainsi suite au constat d'inconstitutionnalité de cette norme posé par le Tribunal fédéral. Le Conseil national ne s'est cependant pas rallié au Conseil des États, de sorte que l'al. 4 reste inchangé (BO 2012 CN 1099 ; BO 2011 CE 1124 s. ; Cesla AMARELLE/Minh SON NGUYEN, [éd.], Code annoté de droit des migrations – Volume IV : loi sur l'asile, Stämpfli éditions, 2015, p. 135 n. 50).

- 4) En l'espèce, l'OCPM a refusé de solliciter du SEM une régularisation des conditions de séjour de la recourante en application de l'art. 14 al. 2 LAsi. Le texte de l'art. 14 al. 4 LAsi étant clair et au vu de la jurisprudence du Tribunal fédéral susmentionnée, le TAPI était fondé à considérer que le recours dont il était saisi était irrecevable, la recourante ne disposant pas de la qualité de partie à la procédure.
- 5) Reste à examiner si le refus d'octroyer la qualité de partie à la recourante dans le cadre de la procédure prévue par l'art. 14 LAsi contrevient aux normes de droit international qu'elle invoque par-devant la chambre de céans, à savoir (a) l'art 8 CEDH ainsi que (b) les art. 12 CEDH et 14 Cst.
- a. En vertu de l'art. 8 CEDH, toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance (§ 1). Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est 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 (§ 2).

La Cour européenne des droits de l'homme définit la notion de vie privée de l'art. 8 CEDH par le droit à l'autonomie personnelle, le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur (ACEDH Evans c/ Royaume-Uni du 10 avril 2007, req. no 6339/05, § 71).

Selon la jurisprudence, un étranger peut, selon les circonstances, se prévaloir du droit au respect de sa vie privée et familiale au sens de l'art. 8 § 1 CEDH, pour s'opposer à l'éventuelle séparation de sa famille à la condition qu'il entretienne des relations étroites, effectives et intactes avec un membre de cette famille disposant d'un droit de présence assuré en Suisse, à savoir la nationalité suisse, une autorisation d'établissement ou une autorisation de séjour à la délivrance de laquelle la législation suisse confère un droit certain (ATF 130 II 281 consid. 3.1). Les relations visées à l'art. 8 CEDH sont avant tout celles qui existent entre époux, ainsi que les relations entre parents et enfants mineurs vivant en ménage commun (ATF 120 Ib 257 consid. 1d).

S'agissant d'autres relations entre proches parents, comme celles entre frères et sœurs, la protection de l'art. 8 CEDH suppose que l'étranger se trouve dans un état de dépendance particulier à l'égard du parent ayant le droit de résider en Suisse. Tel est le cas lorsqu'il a besoin d'une attention et de soins que seuls des proches parents sont en mesure de prodiguer. Cela vaut notamment pour les enfants majeurs vis-à-vis de leurs parents résidant en Suisse (ATF 129 II 11 consid. 2 p. 14 ; arrêt 2C_180/2010 du 27 juillet 2010 consid. 2.1). On peut en effet généralement présumer qu'à partir de dix-huit ans, un jeune adulte est en mesure de vivre de manière indépendante, sauf circonstances particulières telles qu'un handicap physique ou mental, ou une maladie grave (ATF 137 I 154 consid. 3.4.2 p. 159 ; 120 Ib 257 consid. 1e p. 261 s. ; arrêt 2C_508/2009 du 20 mai 2010 consid. 2.2). Le champ de protection de l'art. 8 CEDH serait étendu de façon excessive si les descendants majeurs capables de gagner leur vie pouvaient déduire de cette disposition conventionnelle le droit de vivre en ménage commun avec leurs parents et, à cette fin, le droit d'obtenir une autorisation de séjour (ATF 115 Ib 1 consid. 2c p. 5 ; arrêts 2D_139/2008 du 5 mars 2009 consid. 2.2 ; 2A.150/2006 du 4 avril 2006 consid. 2.2).

En l'espèce, la demande d'asile de la recourante ayant été rejetée, le séjour de cette dernière en Suisse n'est pas régulier. De plus, elle n'est pas particulièrement dépendante de sa famille en Suisse.

Par conséquent, en jugeant que la recourante n'avait pas la qualité de partie à la procédure de recours, le TAPI n'a pas violé l'art. 8 CEDH.

b. L'art. 12 CEDH, intitulé « Droit au mariage », prévoit que, 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, alors que l'art 14 CEDH

prescrit que la jouissance des droits et libertés reconnus dans cette convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, et l'âge.

Ainsi que l'a relevé le TAPI, il appartient en premier lieu au gouvernement du pays d'origine de garantir et d'assurer le respect de cette disposition.

La Cour européenne des droits de l'homme a cependant développé de manière jurisprudentielle une « protection par ricochet », en rappelant – s'agissant d'un risque de torture et de mauvais traitement dans le pays d'origine, que « selon sa jurisprudence constante, l'expulsion d'un demandeur d'asile par un État contractant peut soulever un problème au regard de l'article 3, donc engager la responsabilité de l'État en cause au titre de la Convention, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé courra, dans le pays de destination, un risque réel d'être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Dans ce cas, l'article 3 implique l'obligation de ne pas expulser la personne en question vers ce pays» (ACEDH Tarakhel c. Suisse [Grande Chambre] du 4 novembre 2014, req. 29217/12 ad no 93, 102 ainsi que les références citées).

S'agissant du risque de mariage forcé, un raisonnement similaire s'impose, et le renvoi d'une personne qui se verrait imposer un mariage forcé dans son pays d'origine ne peut être admis au regard de la CEDH.

Ce raisonnement pourrait, dans la présente affaire, amener à admettre que, si la recourante risque réellement un mariage forcé dans son pays d'origine, elle pourrait de ce fait avoir un droit à une autorisation de séjour et dans cette hypothèse son recours ne serait pas irrecevable.

Il appartient toutefois en premier lieu à l'OCPM, cas échéant au TAPI en cas de recours, de trancher cette question. En effet, cet examen ne saurait avoir lieu au stade du recours devant la juridiction de seconde instance, tant parce que cette dernière ne doit pas sans motif particulier se substituer aux autorités chargées ordinairement de l'instruction que pour ne pas priver le justiciable de la garantie du double degré de juridiction.

- 6) Au vu de ce qui précède, le recours sera admis, et le dossier sera renvoyé à l'OCPM, pour traitement au sens des considérants.
- 7) Aucun émolument ne sera mis à la charge de la recourante. Vu l'issue du litige, une indemnité de procédure de CHF 1'500.- lui sera allouée, à la charge de l'État de Genève (art. 87 al. 1 et al. 2 LPA).

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 21 novembre 2016 par Madame A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 19 octobre 2016 ;

au fond :

l'admet ;

annule le jugement du Tribunal administratif de première instance du 19 octobre 2016 et la décision de l'office cantonal de la population et des migrations du 24 août 2016 ;

renvoie la cause à l'office cantonal de la population et des migrations pour instruction du dossier et nouvelle décision, au sens des considérants ;

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

alloue à la recourante 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 François Membrez, avocat de la recourante, à l'office cantonal de la population et des migrations, au Tribunal administratif de première instance, ainsi qu'au secrétariat d'Etat aux migrations.

Siégeants : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, MM. Thélin et Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

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.