

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/393/2015-PE

ATA/1490/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 8 octobre 2019

2^{ème} section

dans la cause

Madame et Monsieur A_____, agissant en leur nom et pour le compte de leurs
enfants mineurs, B_____, **C_____** et **D_____**
représentés par Me Gabriel Raggenbass, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
18 novembre 2016 (JTAPI/1197/2016)**

EN FAIT

- 1) a. Madame A_____, auparavant E_____, ressortissante du Pakistan née le _____ 1992, est arrivée en Suisse le 30 juin 2009, au bénéfice d'une carte de légitimation valable du 30 juin au 23 juillet 2013, en tant que fille d'un fonctionnaire international. Elle a ensuite été mise au bénéfice d'un permis Ci, valable jusqu'au 16 juillet 2014.
b. Monsieur A_____, ressortissant du Pakistan né le _____ 1981, est arrivé en Suisse le 15 juin 2011, au moyen d'un titre de séjour suédois.
- 2) Par décision du 2 avril 2013, entrée en force, l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) a refusé de délivrer à M. A_____ l'autorisation de séjour pour études qu'il avait sollicitée le 27 juin 2011 et lui a impartit un délai au 22 mai 2013 pour quitter la Suisse.
- 3) a. Le 15 avril 2013, Mme A_____ a sollicité auprès de l'OCPM une autorisation de séjour, pour qu'elle puisse rester à Genève pour travailler et étudier après le retour de son père au Pakistan en juillet 2013.
b. Selon l'attestation du 20 août 2012 annexée, elle était inscrite à l'école de culture générale pour adultes (ci-après : ECGA), en filière santé, à temps partiel, pour l'année scolaire 2012-2013.
- 4) Le 20 juillet 2013, le père de Mme A_____ a cessé d'exercer comme fonctionnaire international à Genève.
- 5) Les 29 juillet et 22 août 2013, M. A_____ a sollicité une attestation en vue de son mariage avec Mme A_____, qui était enceinte.
- 6) Le _____ 2013, Mme A_____ a donné naissance à B_____.
- 7) a. Le 29 octobre 2014, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après: OCIRT) a indiqué à F_____, succursale de Genève (ci-après : F_____) qu'il ne lui était pas possible de rendre une décision favorable s'agissant de sa demande d'autorisation de travail formulée le 11 juin 2014 en faveur de Mme A_____.
b. Le même jour, l'OCIRT, a refusé de rendre des décisions favorables quant aux demandes d'autorisation de travail formulées en faveur de M. A_____ par F_____ le 29 avril 2014 et par G_____ SA le 10 octobre 2014.
- 8) Par deux décisions du 5 janvier 2015, l'OCPM a refusé d'octroyer à Mme A_____ une autorisation de séjour pour études et de délivrer à M. A_____ une

autorisation en vue de mariage. Il a imparti aux fiancés, ainsi qu'à leur fille, un délai au 5 avril 2015 pour quitter la Suisse.

- 9) a. Par deux actes séparés du 5 février 2015, référencés sous cause A/398/2015 (Mme A_____ et B_____) et A/393/2015 (M. A_____), les fiancés ont chacun recouru auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) contre la décision les concernant, concluant à l'annulation des deux décisions, à la délivrance d'un permis étudiant à Mme A_____, à l'octroi d'une attestation en vue du mariage à M. A_____ et à la constatation de l'illicéité de leur renvoi. M. A_____ a demandé préalablement la suspension de la cause jusqu'à droit jugé sur le recours formé par sa fiancée.

Ils ont notamment soulevé l'illicéité de l'exécution de leur renvoi en raison, d'une part, du risque de crime d'honneur et, d'autre part, des lois pakistanaises, qui réprimaient les rapports sexuels consentis entre une femme et un homme non mariés par cent coups de fouets sur une place publique, cinq ans d'emprisonnement ou dix mille coup de bâtons. Il existait un risque concret de traitements inhumains ou dégradants en cas de retour au Pakistan.

- b. À l'appui de leurs recours, ils ont notamment produit l'ordonnance « Hudood » et des extraits du code pénal pakistanais.

- 10) Par décision du 10 mars 2015, le TAPI a suspendu l'instruction de la cause A/393/2015.

- 11) Le 26 mars 2015, l'OCPM a proposé la suspension de la cause A/398/2015.

Le secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM) avait confirmé que le fait d'entretenir des relations hors mariage était passible d'une peine allant jusqu'à cinq ans de prison selon le droit pénal pakistanais. L'OCPM allait délivrer à Mme A_____ une attestation en vue du mariage.

- 12) Par décision du 10 avril 2015, le TAPI a suspendu l'instruction de la cause A/398/2015.

- 13) Les 7 mai 2015 et 21 mars 2016, l'OCPM a délivré des attestations en vue de la préparation de leur mariage à Mme et M. A_____.

- 14) Le _____ 2016, Mme A_____ a donné naissance à C_____ .

- 15) Les 13 janvier et 13 avril 2016, l'OCIRT a indiqué à H_____ SA qu'il ne lui était pas possible de rendre une décision favorable s'agissant de ses demandes d'autorisation de travailler en faveur de M. A_____ des 11 novembre 2015 et 14 mars 2016.

- 16) Le _____ 2016, Mme et M. A_____ se sont mariés.

- 17) Le 22 août 2016, Mme A_____ a écrit au TAPI. Elle avait pris acte du fait que l'ECGA ne pouvait être reconnue en qualité d'établissement de formation pour l'obtention d'une autorisation de séjour pour études. Elle s'était donc inscrite à l'Institut supérieur de musique, langues et culture (ci-après : ISMLC).
- 18) Dans ses écritures du 6 septembre 2016 relatives aux deux causes, l'OCPM a indiqué que, vu le mariage des époux A_____, les explications concernant la situation des couples non mariés au Pakistan n'étaient plus applicables et le renvoi de la famille était désormais exigible.
- 19) a. Le 26 septembre 2016, les époux A_____ ont souligné que le mariage postérieur aux relations intimes n'avait aucune portée juridique et ne constituait un élément justificatif ni à la lumière des dispositions légales pakistanaïses, ni s'agissant des mœurs du pays. La naissance hors mariage de leurs deux filles constituait des preuves irréfutables du péché commis. La conception hors mariage de B_____ et C_____ entraînait un risque pour leur vie.
- b. Ils ont notamment produit un rapport du Ministère de l'intérieur britannique sur la violence à l'égard des femmes au Pakistan.
- 20) Par jugement du 18 novembre 2016, le TAPI a joint les deux causes sous n° A/393/2015 et rejeté les recours, dans la mesure de leur recevabilité, la conclusion de M. A_____ tendant à l'octroi d'une attestation en vue du mariage étant devenue sans objet.

Mme A_____ avait changé d'orientation en cours de procédure. Elle n'avait pas expliqué en quoi la nouvelle formation, sans rapport avec la précédente, pourrait lui être utile dans son pays d'origine. Le dossier donnait à penser qu'elle avait abandonné l'ECGA en raison d'un échec. L'OCPM était fondé à émettre des doutes sérieux quant au fait qu'elle retournerait dans son pays au terme de ses études.

Ni les époux, ni leurs filles ne bénéficiaient d'un droit de présence assuré en Suisse, de sorte qu'aucun d'eux ne pouvait se prévaloir du droit au respect de la vie privée et familiale pour poursuivre leur séjour en Suisse, ceci d'autant plus que les décisions litigieuses n'impliquaient pas une séparation de la famille.

B_____ et sa sœur étant en bas âge, leur renvoi ne contrevenait pas aux droits de l'enfant.

Les déclarations des époux n'étaient pas suffisantes pour retenir que leur retour au Pakistan leur ferait courir un risque concret et sérieux de persécutions ou d'autres traitements contraires aux engagements internationaux contractés par la Suisse. S'il n'y avait pas lieu de remettre en cause la réalité des crimes d'honneur et s'il n'était pas à exclure que les époux pourraient faire l'objet de représailles dans le village d'origine de M. A_____, rien n'indiquait qu'il ne leur serait pas

possible de s'en protéger et/ou d'y échapper, notamment en s'installant ailleurs dans le pays. La société pakistanaise était de moins en moins encline à accepter les crimes d'honneur.

- 21) Par acte du 6 janvier 2017, Mme et M. A_____, agissant en leur nom et pour le compte de B_____ et C_____, ont recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre ce jugement, concluant à son annulation, à l'octroi d'un permis d'études en faveur de Mme A_____, à la constatation de l'illicéité de leur renvoi et à l'allocation d'une indemnité pour leurs frais d'avocat.

Ils ont notamment soulevé un grief de violation de leur droit d'être entendus. En ne traitant pas leur argumentation sur la loi pakistanaise, le TAPI avait passé sous silence un problème pertinent. Les sanctions prévues par les lois pakistanaises étaient applicables indépendamment du lieu de commission de l'acte reproché.

- 22) Par réponse du 9 février 2017, accompagnée de son dossier, l'OCPM a conclu au rejet du recours, le renvoi étant licite, vu l'absence d'éléments concrets sur les risques allégués.
- 23) Le 20 janvier 2017, le TAPI a transmis son dossier à la chambre administrative, sans formuler d'observations.
- 24) Le 10 mars 2017, les époux A_____ ont persisté dans leur recours.
- 25) Le 16 avril 2018, Mme et M. A_____ ont maintenu leurs conclusions. Le renvoi n'était pas non plus exécutable en raison de l'état de santé tant de M. A_____ que de sa fille aînée, B_____.
- 26) Le 13 septembre 2018, l'OCPM a maintenu sa décision, les traitements requis étant, selon les informations transmises par le SEM, disponibles au Pakistan.
- 27) Le _____ 2018, Mme A_____ a donné naissance à D_____.
- 28) Les 26 octobre et 2 novembre 2018, les époux A_____ ont persisté dans leurs conclusions et contesté la disponibilité des traitements pour soigner M. A_____ et B_____.
- 29) Le 5 mars 2019, 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 et 63 al. 1 let. c de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
- 2) La qualité pour recourir est également reconnue à C_____ et D_____, bien que non destinataires de la décision de refus de l'autorité intimée (art. 60 al. 1 let. b LPA), compte tenu du lien de filiation les unissant à leur parents et des conséquences que la décision entreprise pourrait avoir pour l'ensemble de la famille (dans ce sens ATA/391/2018 du 24 avril 2018 consid. 2).
- 3) L'objet du litige porte sur la conformité au droit du jugement du TAPI, confirmant le refus de délivrance d'une autorisation de séjour pour études à Mme A_____ ainsi que l'exécutabilité du renvoi de la famille A_____.
- 4) a. L'acte de recours contient, sous peine d'irrecevabilité, la désignation de la décision attaquée et les conclusions du recourant (art. 65 al. 1 LPA). L'acte de recours contient également l'exposé des motifs ainsi que l'indication des moyens de preuve (art. 65 al. 2 1^{ère} phr. LPA). La juridiction administrative applique le droit d'office et ne peut aller au-delà des conclusions des parties, sans pour autant être liée par les motifs invoqués (art. 69 al. 1 LPA).

b. L'objet du litige est principalement défini par l'objet du recours (ou objet de la contestation), les conclusions du recourant et, accessoirement, par les griefs ou motifs qu'il invoque. L'objet du litige correspond objectivement à l'objet de la décision attaquée, qui délimite son cadre matériel admissible (ATF 136 V 362 consid. 3.4 et 4.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_581/2010 du 28 mars 2011 consid. 1.5 ; ATA/1400/2019 du 17 septembre 2019 consid. 2b). La contestation ne peut excéder l'objet de la décision attaquée, c'est-à-dire les prétentions ou les rapports juridiques sur lesquels l'autorité inférieure s'est prononcée ou aurait dû se prononcer. L'objet d'une procédure administrative ne peut donc pas s'étendre ou qualitativement se modifier au fil des instances, mais peut tout au plus se réduire dans la mesure où certains éléments de la décision attaquée ne sont plus contestés. Ainsi, si un recourant est libre de contester tout ou partie de la décision attaquée, il ne peut pas prendre, dans son mémoire de recours, des conclusions qui sortent du cadre des questions traitées dans la procédure antérieure (ATA/355/2019 du 2 avril 2019 consid. 2b).

c. En l'espèce, par sa décision concernant Mme A_____, l'autorité intimée a refusé à cette dernière la délivrance d'une autorisation de séjour pour études afin de suivre l'ECGA en filière santé. Or, la recourante a abandonné cette formation durant la procédure devant le TAPI et a entamé une nouvelle formation auprès de

l'ISMLC. Elle n'avait ainsi plus d'intérêt actuel à recourir devant le TAPI contre la décision lui refusant une autorisation de séjour pour suivre une formation abandonnée et la question de la délivrance d'une autorisation de séjour pour suivre sa formation à l'ISMLC, non traitée dans la décision de l'OCPM la concernant, était exorbitante au litige.

Le TAPI aurait par conséquent dû déclarer irrecevable la conclusion de la recourante tendant à la délivrance d'une autorisation de séjour pour études.

5) Les recourants font grief à l'instance précédente d'avoir violé leur droit d'être entendus.

a. La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droits constitutionnels a déduit du droit d'être entendu, garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'obtenir une décision motivée. L'autorité n'est toutefois pas tenue de prendre position sur tous les moyens des parties ; elle peut se limiter aux questions décisives, mais doit se prononcer sur celles-ci (ATF 142 II 154 consid. 4.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_120/2018, 6B_136/2018 du 31 juillet 2018 consid. 3.1 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2^{ème} éd., 2018, p. 531 n. 1573). Il suffit, du point de vue de la motivation de la décision, que les parties puissent se rendre compte de sa portée à leur égard et, le cas échéant, recourir contre elle en connaissance de cause (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_298/2017 du 30 avril 2018 consid. 2.1).

b. La violation du droit d'être entendu doit en principe entraîner l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances du recourant sur le fond (ATF 140 I 68 consid. 9.3 ; 135 I 279 consid. 2.6.1). Une réparation devant l'instance du recours est possible si celle-ci jouit du même pouvoir d'examen que l'autorité intimée (ATF 138 I 97 consid. 4.1.6.1 ; 137 I 195 consid. 2.3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_112/2015 du 14 juillet 2015 consid. 2.1). La réparation dépend cependant de la gravité et de l'étendue de l'atteinte portée au droit d'être entendu et doit rester l'exception (ATF 126 I 68 consid. 2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_112/2015 du 14 juillet 2015 consid. 2.1) ; elle peut se justifier même en présence d'un vice grave notamment lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure (ATF 137 I 195 consid. 2.3.2 ; 136 V 117 consid. 4.2). Enfin, la possibilité de recourir doit être propre à effacer les conséquences de la violation. Autrement dit, la partie lésée doit avoir eu le loisir de faire valoir ses arguments en cours de procédure contentieuse aussi efficacement qu'elle aurait dû pouvoir le faire avant le prononcé de la décision litigieuse (ATA/1152/2019 du 19 juillet 2019 consid. 2c).

c. En l'espèce, les recourants affirment que le TAPI aurait violé leur droit d'être entendus en ne traitant pas leur argumentation quant à l'illicéité de l'exécution de leur renvoi en raison de la loi pakistanaise, reprimant les relations

sexuelles entre personnes non mariées de coups de fouets, de coups de bâtons, de l'emprisonnement et de l'amende.

Il ressort effectivement de son jugement que l'instance précédente s'est limitée à examiner la licéité du renvoi des recourants sous l'angle des crimes d'honneur, sans l'analyser à l'aune de la loi pakistanaise sur les relations sexuelles hors mariage.

Certes, lorsque le TAPI a rendu son jugement, les recourants avaient pu célébrer leur mariage. Toutefois, ils ont précisément pu se marier car l'autorité intimée avait accepté de délivrer des autorisations en vue du mariage après que le SEM lui avait confirmé que les relations hors mariages étaient passibles d'une peine de cinq ans de prison selon le droit pénal pakistanais. Or, les recourants ont affirmé, dans leurs écritures du 26 septembre 2016 devant l'instance précédente, que le mariage postérieur aux relations intimes n'avait aucun effet guérisseur, l'existence de celles-ci étant démontrées par les naissances de B_____ et C_____ avant la célébration de leur union. Le TAPI n'a aucunement examiné cette argumentation dans la partie en droit de son jugement, alors même que les recourants avaient produit, le 26 septembre 2016, en plus de l'ordonnance « Hudood » et des extraits du code pénal pakistanais déjà versés aux procédures à l'appui des recours, un rapport du Ministère de l'intérieur britannique sur la violence à l'égard des femmes au Pakistan, qui mentionne la possibilité pour la police pakistanaise de mettre en prévention des époux pour des relations sexuelles entretenues avant leur mariage (p. 32).

Cette argumentation était pertinente et le TAPI aurait dû se prononcer sur celle-ci, si nécessaire en menant une instruction complémentaire afin d'éclaircir les conséquences du mariage sur la punissabilité des relations sexuelles antérieures au mariage et au regard du fait que les relations sexuelles hors mariage n'ont pas eu lieu au Pakistan.

Au vu de ce qui précède, l'instance précédente a violé le droit d'être entendus des recourants.

Vu qu'il n'appartient pas à la chambre administrative d'instruire ce point ni de priver les recourants du double degré de juridiction à cet égard, le jugement du TAPI sera annulé et la cause lui sera renvoyée.

Dans ces circonstances, le recours sera partiellement admis. Le jugement attaqué sera annulé et la cause sera renvoyée au TAPI pour nouvel examen de l'exécutabilité du renvoi des recourants et nouveau jugement, après instruction complémentaire si nécessaire.

- 6) Vu l'issue du litige, il ne sera pas perçu d'émolument (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 1'000.- sera allouée aux recourants, pris conjointement et solidairement, à la charge de l'État de Genève (OCPM ; art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 6 janvier 2017 par Madame et Monsieur A_____, agissant en leur nom propre et pour le compte de leurs filles mineures B_____, C_____ et D_____, contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 18 novembre 2016 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

annule le jugement du Tribunal administratif de première instance du 18 novembre 2016 ;

renvoie la cause au Tribunal administratif de première instance pour nouveau jugement au sens des considérants ;

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

alloue une indemnité de CHF 1'000.- à Madame et Monsieur A_____, pris conjointement et solidairement, à la charge de l'État de Genève (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 ;

communiqué le présent arrêt à Me Gabriel Raggenbass, avocat des recourants, à l'office cantonal de la population et des migrations, au Tribunal administratif de première instance ainsi qu'au secrétariat d'État aux migrations.

Siégeant : Mme Krauskopf, présidente, M. Verniory, Mme Cuendet, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

la présidente siégeant :

F. Krauskopf

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

Extraits de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110)

consultable sur le site: http://www.admin.ch/ch/f/rs/c173_110.html

Recours en matière de droit public (art. 82 et ss LTF)

Art. 82 Principe

Le Tribunal fédéral connaît des recours :

a. contre les décisions rendues dans des causes de droit public ;

...

Art. 83 Exceptions

Le recours est irrecevable contre :

...

c. les décisions en matière de droit des étrangers qui concernent :

1. l'entrée en Suisse,
2. une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit,
3. l'admission provisoire,
4. l'expulsion fondée sur l'art. 121, al. 2, de la Constitution ou le renvoi,
5. les dérogations aux conditions d'admission,
6. la prolongation d'une autorisation frontalière, le déplacement de la résidence dans un autre canton, le changement d'emploi du titulaire d'une autorisation frontalière et la délivrance de documents de voyage aux étrangers sans pièces de légitimation ;

d. les décisions en matière d'asile qui ont été rendues :

1. par le Tribunal administratif fédéral,
2. par une autorité cantonale précédente et dont l'objet porte sur une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit ;

...

Art. 89 Qualité pour recourir

¹ A qualité pour former un recours en matière de droit public quiconque :

- a. a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire ;
- b. est particulièrement atteint par la décision ou l'acte normatif attaqué, et
- c. a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification.

...

Art. 95 Droit suisse

Le recours peut être formé pour violation :

- a. du droit fédéral ;
- b. du droit international ;
- c. de droits constitutionnels cantonaux ;
- d. de dispositions cantonales sur le droit de vote des citoyens ainsi que sur les élections et votations populaires ;
- e. du droit intercantonal.

Art. 100 Recours contre une décision

¹ Le recours contre une décision doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 30 jours qui suivent la notification de l'expédition complète.

Recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 et ss LTF)

Art. 113 Principe

Le Tribunal fédéral connaît des recours constitutionnels contre les décisions des autorités cantonales de dernière instance qui ne peuvent faire l'objet d'aucun recours selon les art. 72 à 89.

Art. 115 Qualité pour recourir

A qualité pour former un recours constitutionnel quiconque :

- a. a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire et
- b. a un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée.

Art. 116 Motifs de recours

Le recours constitutionnel peut être formé pour violation des droits constitutionnels.

Art. 100 Recours contre une décision

¹ Le recours contre une décision doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 30 jours qui suivent la notification de l'expédition complète.

Recours ordinaire simultané (art. 119 LTF)

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

² Le Tribunal fédéral statue sur les deux recours dans la même procédure.

³ Il examine les griefs invoqués selon les dispositions applicables au type de recours concerné.