

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1148/2009-PE

ATA/579/2012

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 28 août 2012

2^{ème} section

dans la cause

Monsieur I_____ S_____ alias E_____, agissant pour son compte et pour celui de Madame **Z_____ S_____ alias E_____** et leurs enfants **D_____**, **R_____** et **B_____ S_____**, alias **E_____**

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION

Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 1^{er} février 2011 (DCCR/139/2011)

EN FAIT

1. Monsieur I_____ S_____ alias E_____, né le _____ 1967, est ressortissant du Kosovo.
2. Le 6 avril 1995, il a été interpellé par la police à Genève. Arrivé la veille, il n'était pas au bénéfice d'une autorisation de séjour et avait contrevenu à l'art. 23 de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931 (aLSEE).
3. Le 7 avril 1995, il a fait l'objet d'une mesure de refoulement décidée par l'office cantonal de la population (ci-après : OCP) accompagnée d'une mesure d'interdiction d'entrée en Suisse pour une durée de trois ans prise par l'office fédéral des étrangers (ci-après : ODR), devenu depuis lors l'office fédéral des migrations (ci-après : ODM). Cette décision n'a cependant pas pu lui être notifiée car il avait entre-temps demandé l'asile en Suisse et avait été conduit le 19 avril 1995 au centre d'enregistrement traitant de ces demandes.

Lorsqu'il est arrivé en Suisse, l'intéressé a été enregistré sous le patronyme S_____ dans la base de données de l'OCP. Dans les années qui ont suivi, son nom de famille a été orthographié E_____ par cette autorité pour qu'il corresponde à la façon dont les autorités de son pays d'origine le transcrivaient dans les papiers officiels qu'il avait produits. A l'heure actuelle, les autorités de police des étrangers, comme les autres autorités, utilisent à nouveau le patronyme de S_____.
4. Dans le cadre de l'instruction de sa demande d'asile, l'intéressé a déclaré être célibataire.
5. Le 7 août 1995, l'ODR a rejeté sa demande d'asile. M. S_____ était renvoyé de Suisse et devait quitter le territoire avant le 31 janvier 1996. Cette décision n'a pas fait l'objet d'un recours.
6. Le 9 octobre 1995, l'entreprise C_____, démolitions, sise à Genève, a formé auprès de l'OCP une demande d'autorisation de séjour avec prise d'emploi dans le but d'engager M. S_____ comme manœuvre.
7. Le 26 octobre 1995, l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE), service de la main d'œuvre étrangère, a refusé de donner une suite favorable à cette requête, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) ayant donné un préavis défavorable.
8. Le 4 mars 1996, l'OCE est revenu sur sa décision. Il a donné une suite favorable à la requête de l'entreprise C_____ et l'OCP lui a accordé une

autorisation de travail provisoire valable jusqu'à l'échéance du délai de départ ou jusqu'à la délivrance d'un permis provisoire ou d'un permis de séjour.

8. Le 30 mai 1997, M. E_____ a été licencié par l'entreprise précitée.
9. L'ODR, qui jusque-là avait régulièrement repoussé le délai de départ imparti à l'intéressé, lui a fixé le 20 novembre 1997 un délai de départ au 31 juillet 1998, vu l'accord de réadmission signé avec la République fédérale de Yougoslavie le 3 juillet 1997.
10. Le 24 juin 1998, Madame Z_____ M_____, née le _____ 1973, ressortissante du Kosovo, a déposé une demande d'asile en Suisse. Elle s'était mariée au Kosovo de façon coutumière avec M. I_____ S_____. Le couple avait eu un enfant, D_____, né le _____ 1998.
11. A la suite de cette démarche, le délai de départ de M. S_____ a été reporté par l'ODR.
12. Le 18 septembre 1998, l'ODR a rejeté la demande d'asile de Mme M_____. Son renvoi et celui de D_____ étaient prononcés et un délai au 30 avril 1999 leur était fixé pour quitter la Suisse.
13. Le 30 juillet 1999, l'ODR a partiellement reconsidéré sa décision du 18 septembre 1998, Mme M_____ et son fils étant admis provisoirement en Suisse, conformément à l'arrêté du Conseil fédéral relatif à l'admission collective provisoire des ressortissants yougoslaves originaires du Kosovo du 7 avril 1999.
14. Le 10 août 1999, la commission suisse de recours en matière d'asile a rayé du rôle un recours de Mme M_____ et de son fils contre la décision précitée. Depuis lors, le statut juridique de ces derniers en Suisse a été traité séparément mais de concert avec celui de M. S_____.
15. A la fin de l'année 1999, l'ODR a levé la mesure d'admission collective. M. S_____, Mme M_____ et leur fils étaient concernés par cette décision et un délai de départ au 31 mai 2000 leur a été fixé.
16. Mme M_____ étant enceinte à la date précitée, ce délai a été reporté au 10 novembre 2000. Entre-temps, le 30 août 2000, Mme M_____ a donné naissance à une fille, R_____.
17. Le 10 novembre 2000, Mme M_____, accompagnée de ses deux enfants, a quitté la Suisse pour le Kosovo par un vol de ligne. En revanche, M. S_____ ne s'est pas présenté à l'aéroport, si bien qu'il avait été enregistré comme disparu par les autorités de police des étrangers.

18. Le 26 septembre 2006, M. S_____ a écrit à l'OCP pour solliciter l'octroi d'une autorisation de séjour à titre de rigueur personnelle, fondée sur l'art. 13 let. f de l'ordonnance limitant le nombre des étrangers du 6 octobre 1986 (aOLE). Depuis 2000, il était resté en Suisse, certes dans la clandestinité, mais pour y travailler, n'ayant fait l'objet d'aucune plainte.
19. Le 28 juin 2007, l'OCP a rejeté cette requête. M. S_____ ne se trouvait pas dans une situation de rigueur personnelle. Après le rejet de sa demande d'asile, il avait fait l'objet d'une décision de renvoi le 7 août 1995. Le 10 novembre 2000, il s'était soustrait à ce renvoi et il était resté en Suisse, en y travaillant sans autorisation. Ses attaches familiales demeuraient dans son pays d'origine, dans lequel vivaient sa compagne et leurs deux enfants, ainsi que des membres de sa famille. Il n'avait pas coupé tous les ponts avec son pays, puisqu'il s'y était rendu, selon ses dires, à trois reprises en 2001, 2004 et 2005. A chaque fois, il était revenu en Suisse, en franchissant illégalement la frontière. Il ne remplissait pas les conditions pour l'octroi d'un permis de séjour humanitaire. Un délai au 30 septembre 2007 lui était imparti pour quitter la Suisse.
20. Le 2 août 2007, M. S_____ a recouru contre la décision précitée auprès de la commission cantonale de recours de police des étrangers (ci-après : CCRPE), devenue le 1^{er} janvier 2009 la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : la commission) et, le 1^{er} janvier 2011, le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI).
21. Le 15 octobre 2007, Mme M_____ a sollicité de l'OCP la délivrance d'un visa pour passer quatre semaines en Suisse, dans le but de rendre visite à Mme T_____ S_____, sa belle-sœur. Cette demande a été refusée par l'ODM le 14 avril 2008, le retour de l'intéressée dans son pays n'étant pas garanti. Mme M_____ a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral, qui, le 18 juin 2008, a déclaré le recours irrecevable (Arrêt du Tribunal administratif fédéral C-2792/2008).
22. Le 15 janvier 2008, la CCRPE a rejeté le recours de M. S_____ contre la décision de l'OCP du 28 juin 2007.
23. Le 25 mars 2008, le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable le recours que M. S_____ avait interjeté contre la décision de la CCRPE précitée (Arrêt du Tribunal fédéral 2D_32/2008).
24. Le 30 mai 2008, l'OCP a imparti à M. S_____ un nouveau délai de départ au 15 août 2008.
25. Le 2 juillet 2008, l'intéressé a saisi l'OCP d'une requête « en admission provisoire » au sens de l'art. 83 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20) entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008. Il travaillait en

Suisse depuis dix-huit ans et parlait parfaitement le français. Son retour au Kosovo le mettrait dans l'impossibilité de subvenir correctement à l'entretien de sa famille. Il avait créé des attaches en Suisse.

A réception de ce courrier, l'OCP a informé son auteur qu'il transmettait sa requête à l'ODM.

26. Le 11 août 2008, l'OCP a écrit à M. S_____. Il refusait de proposer son admission provisoire à l'ODM. M. S_____ n'en remplissait pas les conditions. Son renvoi était possible au sens de l'art. 83 al. 4 LEtr. L'intéressé était invité à respecter le délai de départ au 15 août 2008, que l'OCP lui avait imparti le 30 mai 2008. Ce courrier ne mentionnait pas de voie de recours.
27. Le 29 août 2008, l'OCP a écrit au conseil de M. S_____ pour lui demander si son mandat avait quitté la Suisse. Aucune réponse à ce courrier ne figure au dossier.
28. Le 2 octobre 2008, l'ODM a écrit à l'OCP pour lui rappeler que depuis le 1^{er} janvier 2008, le renvoi de M. S_____ impliquait préalablement l'examen de son cas sous l'angle des conditions de l'art. 66 LEtr, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2008 ainsi qu'une nouvelle décision de renvoi.
29. Le 12 novembre 2008, le conseil de M. S_____ a écrit à l'OCP pour l'informer que Mme M_____, qu'il désignait sous le nom de Z_____ S_____, avait rejoint son mari en Suisse. Elle présentait un épisode dépressif majeur, nécessitant un traitement psychothérapeutique et médicamenteux afin de stabiliser son état de santé. Les problèmes de santé psychique de celle-ci étaient à mettre en rapport avec le refus de l'OCP d'octroyer à son mari un permis de séjour. Il annexait à son courrier un certificat médical du 6 octobre 2008 du Docteur Corneli Feroiu, praticien à Genève, confirmant l'affection dont celle-ci souffrait. La proximité de son mari et de ses enfants pouvait l'aider de façon importante à se rétablir psychiquement.
30. Le 9 mars 2009, l'OCP a écrit à M. S_____. Suite à l'arrêt du Tribunal fédéral du 25 mars 2008, sa décision du 28 juin 2007 était exécutoire. Le renvoi de Suisse de l'intéressé était possible au sens de l'art. 83 LEtr. Conformément à l'art. 66 LEtr, un ultime délai au 30 mars 2009 lui était imparti pour quitter la Suisse. S'il ne s'exécutait pas, il s'exposait à une mesure de refoulement au sens de l'art. 69 al. 1 let. a LEtr.

Les autres membres de sa famille feraient l'objet d'une décision séparée.

31. Le 27 mars 2009, M. S_____ a recouru auprès de la commission contre la décision précitée du 9 mars 2009 (cause A/1148/2009), concluant à son annulation. L'exécution de la décision de renvoi dans son pays d'origine n'était pas raisonnablement exigible et contrevenait à l'art. 83 LEtr. Il s'était intégré en

Suisse, où il travaillait depuis 1990. Mme M_____ et leurs deux enfants l'avaient rejoint en Suisse. Cette dernière était malade et attendait la décision de l'OCP au sujet de sa demande de demeurer en Suisse avec ses enfants.

32. Le 22 juin 2009, le mandataire de M. S_____ et de Mme M_____ a adressé à l'OCP un formulaire M2 formalisant la demande de cette dernière et de ses enfants d'être mis au bénéfice d'une autorisation de séjour.
33. Dans le cadre de l'instruction de la demande de Mme M_____, l'OCP a demandé au Docteur Christian Damsa, psychiatre et psychothérapeute, d'établir un rapport sur l'état de santé de celle-ci, sur le formulaire fourni par l'ODM. Le 13 juillet 2009, ce praticien a retourné ce document. Mme M_____ traversait un épisode dépressif sévère avec des symptômes psychotiques congruents à l'humeur, dans un contexte d'état de stress post-traumatique. Il préconisait un traitement d'au moins douze mois à compter du 8 juin 2009, consistant dans une psychothérapie à un rythme hebdomadaire, doublée d'une pharmacothérapie. L'état de stress post-traumatique de Mme M_____, dû à des violences subies dans son pays d'origine, allait à l'encontre d'un traitement médical au Kosovo. Son état psychique était trop instable pour envisager un transport non médicalisé vers son pays d'origine.
34. Interpellé par l'OCP le 21 juillet 2009, l'ODM a répondu le 13 août 2009 au sujet des possibilités d'exécuter le renvoi de la famille au Kosovo. Selon les renseignements reçus de l'ambassade de Suisse à Pristina, les structures médicales étatiques albano-kosovares offraient un large éventail de traitements psychothérapeutiques de qualité très convenable pour le suivi des problèmes psychiques simples, tels ceux rencontrés par Mme M_____. Le rapport détaillait la description des structures psychiatriques existantes permettant cette prise en charge.
35. Le 4 septembre 2009, l'OCP a rejeté la demande de Mme M_____. Son renvoi de Suisse ainsi que celui de ses deux enfants étaient prononcés. Un délai au 22 décembre 2009 leur était imparti pour quitter le territoire helvétique.
36. Le 7 octobre 2009, Mme M_____ a recouru auprès de la commission contre la décision précitée (cause A/3627/2009). L'exécution de son renvoi n'était pas raisonnablement exigible, vu son état de santé. Elle produisait une attestation du Dr Damsa du 24 septembre 2009, confirmant la réalité de sa dépression et la nécessité d'un suivi psychologique hebdomadaire. D_____ souffrait également de problèmes psychologiques en raison de la situation, caractérisés par des troubles du comportement, des angoisses intenses et des insomnies avec des cauchemars. Un renvoi de Suisse n'était pas exigible, selon l'opinion du praticien.

37. Le 7 décembre 2009, la commission a repris l'instruction du recours formé par M. S_____ le 27 mars 2009 (cause A/1148/2009). Invité à répliquer, l'OCP s'est opposé au recours.

38. Le 1^{er} mars 2010, M. S_____ a informé la commission qu'il avait été victime d'un accident de travail le 27 novembre 2009, entraînant une incapacité totale de travailler. Il avait chuté dans un escalier ce qui avait occasionné une déchirure du versant supérieur de l'insertion de la partie moyenne du tendon sus-épineux.

39. Par courriers des 17 mai et 16 novembre 2010, l'intéressé a informé la commission que cette incapacité de travail perdurait. Il avait été hospitalisé à la Clinique romande de réadaptation de Sion (ci-après : la clinique), du 15 septembre au 5 octobre 2010, et la situation devait encore être réévaluée.

De plus, Mme M_____ avait donné naissance à Genève, le _____ 2010, à son troisième enfant, un garçon dénommé B_____.

40. Le 25 janvier 2011, Mme M_____ et M. S_____ ont été entendus par le TAPI lors d'une audience de comparution personnelle. Ils ont persisté dans les termes de leurs recours. M. S_____ était toujours en incapacité totale de travailler. La santé de Mme M_____ ne s'était pas améliorée. Elle n'avait aucune formation professionnelle, n'avait pas travaillé depuis son arrivée en Suisse en 2008 et ne suivait pas de cours de français. Leur unique revenu était constitué par les indemnités journalières de l'assurance accidents. Ils n'avaient jamais perçu d'aide sociale. Ils étaient en train d'effectuer des démarches afin de faire reconnaître leur mariage en Suisse. M. S_____ avait fait venir sa compagne avant la fin de la procédure en Suisse, en raison de ses problèmes de santé. Il s'était rendu à deux reprises au Kosovo en décembre 2007 et janvier 2008.

41. Le 16 novembre 2011, M. S_____ a donné des précisions documentées sur son état de santé. Il avait été hospitalisé à la clinique du 15 septembre au 5 octobre 2010. A l'issue de cette période, selon le certificat médical rempli à l'attention de la Caisse nationale d'accidents (ci-après : SUVA) par la Doctoresse Elda Chryssochoou, il était toujours incapable de travailler à 100 %. Il suivait un traitement médicamenteux et le médecin de la clinique avait prescrit des séances de physiothérapie.

Selon le certificat final délivré par cette praticienne le 5 octobre 2010, l'intéressé souffrait d'une exclusion fonctionnelle du membre supérieur gauche et du pouce gauche, constituant une suite post-traumatique de l'accident du 27 novembre 2009 avec une déchirure non transfixiante de l'insertion distale du sus-épineux de l'épaule gauche, une désinsertion du supra-épineux de l'épaule droite, une poursuite sous un commis à l'épaule gauche, une contusion vertébrale simple, une entorse du pouce gauche, de douleurs persistantes des deux épaules et

d'un épisode dépressif moyen. Il devait prendre un traitement médicamenteux à base de Ponstan, de Tramal, de Cipralex et de Nexium. Des mesures physiothérapeutiques étaient prescrites visant à la mobilisation des épaules et au renforcement des abaisseurs, dans le but d'améliorer la fonction musculaire et articulaire. L'incapacité de travail était à réévaluer. Aucun changement de profession n'était indiqué. Son cas n'avait pas été annoncé à l'assurance-invalidité et il n'avait pas à s'inscrire à l'assurance-chômage.

42. Le 1^{er} février 2011, après avoir joint les causes A/1148/2009 et A/3627/2009, le TAPI a rejeté le recours de Mme M_____ et M. S_____.

Mme M_____ ne remplissait pas les conditions des art. 30 al. 1 let. a LEtr et 31 al. 1 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). Elle ne pouvait donc être mise au bénéfice d'un permis pour cas de rigueur. Elle ne pouvait se prévaloir d'un long séjour en Suisse ou d'une intégration socio-professionnelle. Ses problèmes de santé préexistaient à son arrivée en Suisse. Ses enfants n'y avaient pas vécu la majeure partie de leur enfance. L'OCP n'avait pas violé le droit ni excédé son pouvoir d'appréciation en prenant la décision attaquée. Un permis de séjour ne pouvait lui être accordé en se fondant sur l'art. 29 LEtr dès lors que le financement de son traitement médical n'était pas garanti. Le renvoi de Suisse avait été prononcé à juste titre.

M. S_____ faisait l'objet d'une décision de renvoi exécutoire et celui-ci n'était pas impossible, illicite ou inexigible, si bien qu'il ne contrevenait pas à l'art. 83 al. 1 LEtr. L'OCP avait refusé à juste titre de présenter son dossier à l'ODM en vue de prononcer son admission provisoire, ainsi que celle de sa famille.

43. Le 14 mars 2011, M. S_____, agissant pour lui-même et pour le compte de Mme M_____ ainsi que de leurs trois enfants, a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le jugement précité, reçu le 10 février 2011, concluant à l'annulation de celui-ci et à l'octroi d'un permis de séjour pour cas de rigueur, subsidiairement à leur admission provisoire. S'il était admis que Mme M_____ ne pouvait se prévaloir d'une durée de séjour importante en Suisse, elle entretenait des liens avec ce pays de même que leurs deux aînés. Ceux-ci étaient scolarisés. Les problèmes de santé dont lui-même et son épouse souffraient auraient dû amener l'autorité à reconnaître l'existence d'un cas de rigueur, au sens de l'art. 30 al. 1 let. b LEtr. Subsidiairement, le renvoi de la famille n'était pas raisonnablement exigible. En effet, en raison de son handicap, M. S_____ ne pourrait exercer une quelconque activité rémunérée. La famille se retrouverait ainsi dans une situation de dénuement complet et durable.

A ce recours étaient annexées trois attestations relatives à la scolarisation de R_____. Etaient également jointe une attestation médicale du Dr Damsa du 15 février 2012, certifiant faire bénéficier Mme M_____ d'un suivi psychiatrique et psychothérapeutique régulier depuis le 22 septembre 2009 pour des troubles dépressifs récurrents sévères avec des symptômes psychotiques. Par ce suivi, il avait pu jusque-là éviter une hospitalisation psychiatrique, mais Mme M_____ restait très fragile en raison d'une peur d'expulsion vers son pays d'origine. Étaient également joints deux certificats du même psychiatre, contresignés par Madame Christel Madrinan, psychologue FSP et psychothérapeute, attestant que D_____ et R_____ bénéficiaient d'un suivi thérapeutique depuis septembre 2009 pour des troubles de l'adaptation, avec réaction mixte anxio-dépressive, réactionnels à leur peur d'expulsion vers le Kosovo.

44. Le 16 mars 2011, le TAPI a transmis son dossier, sans formuler d'observations.

45. Le 21 avril 2011, l'OCP a conclu au rejet du recours. Les conditions des art. 30 al. 1 let. b LEtr et 31 al. 1 OASA n'étaient pas réalisées. Lorsqu'une famille demandait à être exemptée des mesures de limitation du nombre des étrangers, c'était le contexte familial global qu'il fallait examiner. En l'occurrence, seul M. S_____ avait vécu en Suisse pendant une certaine période. Ce n'était pas le cas de Mme M_____ et de ses enfants. Les problèmes de santé de celle-là préexistaient à son arrivée en Suisse.

Dès lors que M. S_____ ne pouvait prétendre à une autorisation de séjour, l'OCP avait prononcé à juste titre le renvoi de la famille au Kosovo. Celui-ci était possible, licite et raisonnablement exigible. Les problèmes de santé de Mme M_____ et de M. S_____ pouvaient être pris en charge au Kosovo par les structures existantes, qui offraient des soins convenables, conformes à la dignité humaine. Du point de vue socio-économique, leur retour était raisonnablement exigible, même si les conditions de vie au Kosovo pouvaient être précaires, ou tout au moins, moins bonnes qu'en Suisse.

46. Le 23 août 2011, le juge délégué a interrogé la SUVA au sujet du versement des prestations de l'assurance-accidents à un assuré domicilié au Kosovo. Après deux lettres de rappel des 15 novembre et 15 décembre 2011, la division juridique de la SUVA a répondu le 20 décembre 2011. Elle versait également à l'étranger ses prestations à ses assurés domiciliés à l'étranger sans distinction du pays de résidence des bénéficiaires. Ainsi, un ressortissant kosovar de retour dans son pays recevrait ses prestations aussi longtemps que les séquelles de son accident le justifieraient. Le suivi médical pouvait être exécuté au Kosovo, voire en Suisse, si la SUVA le jugeait nécessaire.

47. Le 4 novembre 2011, l'OCP a avisé la chambre administrative que M. S_____ et Mme M_____ avaient contracté mariage à Genève le 30 octobre

2011. Dans le registre suisse de l'état-civil, leur union a été enregistrée comme étant celle de M. I_____ et Mme Z_____ S_____, et leurs enfants portent ce même patronyme dans le certificat de famille versé à la procédure.

48. Le 22 décembre 2011 les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté devant la juridiction compétente et dans le délai légal, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire - 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. Compte tenu du mariage civil des recourants, intervenu après le prononcé du jugement du TAPI, il convient de rectifier d'office la qualité de Mme M_____ qui sera désormais désignée sous le nom de Mme Z_____ S_____.
3. 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 d'une décision prise 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*).
4. Mme S_____ conteste la décision de l'OCP du 4 septembre 2009 refusant de soumettre son dossier et celui de ses enfants avec un préavis favorable à l'ODM en vue de l'octroi d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur personnelle, respectivement prononçant son renvoi de Suisse.

Quant à M. S_____, il conteste la décision de l'OCP du 9 mars 2009 constatant que son renvoi était possible et lui accordant un délai de départ. Même si ces deux décisions ne sont pas de même nature, leurs problématiques sont similaires et elles concernent les membres d'une même famille. C'est donc à juste titre que le TAPI a joint dans une même cause le recours formé par chacun d'eux.
5. a. La recourante a sollicité, pour elle et ses enfants, l'octroi d'un permis de séjour dérogeant aux conditions ordinaires d'admission d'un étranger pour tenir compte de sa situation de santé, car elle devait être considérée comme un « cas individuel d'extrême gravité » au sens de l'art. 30 al. 1 let. b LEtr.

b. A teneur de l'art. 31 al. 1 OASA, lors de l'appréciation d'un cas d'extrême gravité, il convient de tenir compte notamment :

- a) de l'intégration du requérant ;
- b) du respect de l'ordre juridique suisse par le requérant ;
- c) de la situation familiale, particulièrement de la période de scolarisation et de la durée de la scolarité des enfants ;
- d) de la situation financière ainsi que de la volonté de prendre part à la vie économique et d'acquérir une formation ;
- e) de la durée de la présence en Suisse ;
- f) de l'état de santé ;
- g) des possibilités de réintégration dans l'Etat de provenance.

c. La jurisprudence développée au sujet des cas de rigueur, selon le droit en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007 (art. 13f aOLE), est toujours d'actualité pour les cas d'extrême gravité qui leur ont succédé. Les dispositions dérogatoires des art. 30 LEtr et 31 OASA présentent un caractère exceptionnel et les conditions pour la reconnaissance d'une telle situation doivent être appréciées de manière restrictive (ATF 128 II 200 ; ATA/531/2010 du 4 avril 2010).

d. L'admission d'un cas d'extrême gravité implique que la personne étrangère concernée se trouve dans une situation de détresse personnelle. Cela signifie que ses conditions de vie et d'existence, comparées à celles applicables à la moyenne des étrangers, doivent être mises en cause de manière accrue, c'est-à-dire que le refus de soustraire l'intéressé à la réglementation ordinaire d'admission comporte pour lui de graves conséquences.

Le fait que l'étranger ait séjourné en Suisse pendant une assez longue période, qu'il y soit bien intégré socialement et professionnellement et que son comportement n'ait pas fait l'objet de plaintes ne suffit pas, à lui seul, à constituer un cas d'extrême gravité ; il faut encore que sa relation avec la Suisse soit si étroite qu'on ne puisse exiger qu'il aille vivre dans un autre pays, notamment dans son pays d'origine. A cet égard, les relations de travail, d'amitié ou de voisinage que l'intéressé a pu nouer pendant son séjour ne constituent normalement pas des liens si étroits avec la Suisse qu'ils justifieraient une exception (ATF 124 II 110 consid. 3 ; Arrêt du Tribunal administratif fédéral C-6628/2007 du 23 juillet 2009, consid. 5 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2A.429/2003 du 26 novembre 2003 consid. 3 et les références citées ; ATA/648/2009 du 8 décembre 2009 ; A. WURZBURGER, La jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de police des étrangers *in* RDAF I 1997 pp. 267 ss). Son intégration professionnelle doit en outre être exceptionnelle ; le requérant possède des connaissances professionnelles si spécifiques qu'il ne pourrait les utiliser dans son pays d'origine ; ou alors son ascension professionnelle est si remarquable qu'elle

justifierait une exception aux mesures de limitation (Arrêt du Tribunal fédéral 2A.543/2001 du 25 avril 2002, consid. 5.2 ; ATA/774/2010 du 9 novembre 2010).

6. En l'espèce, la recourante est revenue sans droit en 2008 en Suisse après le prononcé de son renvoi en 2000. Elle ne réside donc pas en Suisse depuis longtemps. Ne travaillant pas et n'exerçant aucune activité particulière il ne peut être retenu qu'elle se soit spécialement intégrée. Elle n'a d'ailleurs pas suivi de cours de français. Il est admis qu'elle souffre d'un état dépressif important. Selon les certificats médicaux versés à la procédure, celui-ci était préexistant à l'arrivée à Genève de la recourante et était causé par l'éloignement d'avec son mari. S'il a perduré, c'est en raison de l'incertitude liée à l'issue de la procédure d'autorisation de séjour. Les deux premiers enfants du couple suivent une scolarité normale à Genève, mais ils ont vécu la majeure partie de leur existence au Kosovo. De telles circonstances ne permettent pas de retenir au regard des critères de l'art. 31 OASA l'existence d'une situation exceptionnelle d'extrême gravité entraînant pour l'intéressée des conséquences spécialement graves, sa situation et celle de ses enfants n'étant pas différentes de celle de nombreux autres étrangers en attente d'une régularisation de leur statut alors qu'ils ont pris le risque de venir en Suisse sans avoir l'assurance de pouvoir y rester. La décision de l'OCP refusant de les autoriser à résider en Suisse hors contingent était donc conforme au droit, la chambre de céans ne pouvant pas revoir l'opportunité de celle-ci (art. 61 al. 1 LPA).

7. Selon l'art. 29 LEtr, un étranger peut être admis en vue d'un traitement médical. Le financement et le départ de Suisse doivent être garantis.

Ces conditions ne sont à l'évidence pas réalisées. Mme M_____ ne dispose pas des moyens financiers lui permettant de financer à court ou à long terme des soins médicaux.

8. A teneur de l'art. 66 al. 1 let. c LEtr, un étranger auquel une autorisation est refusée fait l'objet d'une décision de renvoi. Telle est la situation de tous les membres de la famille S_____.

9. a. Si l'exécution du renvoi ou de l'expulsion n'est pas possible, n'est pas licite ou ne peut être raisonnablement exigée, l'étranger doit être admis provisoirement (art. 83 al. 1 LEtr). Cette décision est prise par l'ODM et peut être proposée par les autorités cantonales (art. 83 al. 1 et 6 LEtr).

b. L'exécution n'est pas possible lorsque l'étranger ne peut pas quitter la Suisse pour son Etat d'origine, son Etat de provenance ou un Etat tiers, ni être renvoyé dans un de ces Etats (art. 83 al. 2 LEtr).

c. Elle n'est pas licite lorsque le renvoi de l'étranger dans son Etat d'origine, dans son Etat de provenance ou dans un Etat tiers, est contraire aux engagements de la Suisse relevant du droit international (art. 83 al. 3 LEtr).

d. Elle ne peut être raisonnablement exigée si le renvoi ou l'expulsion de l'étranger dans son pays d'origine ou de provenance le met concrètement en danger, par exemple en cas de guerre, de guerre civile, de violence généralisée ou de nécessité médicale (art. 83 al. 4 LEtr ; Arrêt du Tribunal administratif fédéral précité consid. 3. 3).

L'exécution du renvoi des personnes en traitement médical en Suisse ne devient inexigible, en cas de retour dans leur pays d'origine ou de provenance, que dans la mesure où elles pourraient ne plus recevoir les soins essentiels garantissant des conditions minimales d'existence ; par soins essentiels, il faut entendre les soins de médecine générale et d'urgence absolument nécessaires à la garantie de la dignité humaine. L'art. 83 al. 4 LEtr ne confère pas un droit général d'accès en Suisse à des mesures médicales visant à recouvrer la santé ou à la maintenir, au simple motif que l'infrastructure hospitalière et le savoir-faire médical dans le pays d'origine de l'intéressé n'atteignent pas le standard élevé prévalant en Suisse. Tel serait le cas si l'absence de possibilité de traitement adéquat entraînait une dégradation rapide de l'état de santé de l'intéressé au point de conduire de manière certaine à la mise en danger concrète de sa vie ou à une atteinte sérieuse, durable et notablement plus grave de son intégrité physique (Arrêt du Tribunal administratif fédéral E-1839/2008 du 2 février 2012 consid. 4.4 et la jurisprudence citée). L'autorité à qui incombe la décision doit dans chaque cas confronter les aspects humanitaires liés à la situation dans laquelle se trouve l'étranger concerné dans son pays après l'exécution du renvoi à l'intérêt public militant en faveur de son éloignement de Suisse (Arrêt du Tribunal administratif fédéral précité, consid. 4.3 et la jurisprudence citée).

10. En l'occurrence, au vu des éléments exposés par les recourants, du dossier et de la situation actuelle prévalant au Kosovo, leur renvoi est possible et licite au sens de l'art. 83 LEtr. Reste à examiner si les motifs médicaux allégués sont susceptibles d'interdire leur renvoi.

11. M. S_____ est atteint dans sa santé en raison d'un accident du travail. Les problèmes médicaux dont il souffre nécessitent un suivi médical. Toutefois, les atteintes à la santé qu'il présente ne sont pas telles qu'elles empêchent de le renvoyer dans son pays. Le traitement qu'il suit est un traitement médicamenteux accompagné de physiothérapie qu'il lui sera possible de poursuivre dans son pays, dans lequel il continuera à bénéficier des prestations de la SUVA. M. S_____ faisant l'objet d'une décision de renvoi depuis le 7 août 1995, laquelle est exécutoire, et son renvoi étant possible au sens de l'art. 83 LEtr, c'est à juste titre que l'OCP a renouvelé le délai de départ qui lui avait été imparti.

12. Quant à Mme S_____, elle souffre d'un état dépressif important, nécessitant un traitement médicamenteux et un suivi psychothérapeutique. Contrairement à ce qu'affirme le médecin traitant de la recourante dans le certificat médical, il ne ressort pas du dossier de la police des étrangers que la recourante ait allégué avoir fait l'objet de violences particulières au-delà de celles infligées d'une manière générale aux habitants d'un pays soumis à des tensions ou à la violence. Il apparaît au contraire que les problèmes de santé psychiques qu'elle rencontre, de même que ceux de ses enfants, sont liés à une réaction et à une peur de l'avenir consécutive au rejet de la demande d'autorisation de séjour de M. S_____ et de la leur. Compte tenu de la situation actuelle prévalant au Kosovo, pays considéré comme exempt de guerre, de guerre civile ou de violences généralisées, et dans lequel existent des structures médicales et psychiatriques susceptibles de permettre à la recourante, qui sera entourée de son mari et de ses enfants, de poursuivre l'accompagnement médical nécessaire, le renvoi de la famille est raisonnablement exigible.
13. Le recours de M. S_____, agissant pour lui-même et pour son épouse ainsi que leurs enfants, sera rejeté. Un émoulement de CHF 400.- sera mis à la charge des époux S_____, pris conjointement et solidairement (art. 87 al. 1 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

préalablement :

rectifie la qualité de Madame Z_____ M_____, désignée sous le nom de Madame Z_____ S_____ ;

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté par Monsieur I_____ S_____ alias E_____, agissant en son nom et pour le compte de Madame Z_____ S_____ alias E_____ ainsi que de leurs trois enfants D_____, R_____ et B_____ S_____ alias E_____, contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 1^{er} février 2011 ;

au fond :

le rejette ;

met un émoulement de CHF 400.- à la charge de Monsieur I_____ et Madame Z_____ S_____, pris conjointement et solidairement ;

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 Monsieur I_____ S_____, agissant en son nom et pour le compte de Madame Z_____ S_____ alias E_____ ainsi que de leurs trois enfants D_____, R_____ et B_____ S_____ alias E_____, à l'office cantonal de la population, au Tribunal administratif de première instance, ainsi qu'à l'office fédéral des migrations.

Siégeants : Mme Hurni, présidente, MM. Dumartheray et Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière de juridiction a.i. :

C. Sudre

la présidente siégeant :

E. Hurni

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.