

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3534/2009-PE

ATA/315/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 17 mai 2011

2^{ème} section

dans la cause

Monsieur K_____

représenté par Me Christian Fischele, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION

Recours contre la décision de la commission cantonale de recours en matière administrative du 16 mars 2010 (DCCR/392/2010)

EN FAIT

1. Monsieur K_____, né le X_____ 1981, est originaire de Serbie et du Monténégro.
2. En février 1993, il est arrivé en Suisse avec ses parents et la famille a été attribuée au canton du Jura. La demande d'asile qu'ils avaient déposée a été rejetée en juillet 1994. Toute la famille a été renvoyée dans son pays d'origine en septembre 1994.
3. En 2001, M. K_____ est revenu en Suisse où il a déposé, le 6 mai 2003, une demande d'asile. Il a à nouveau été attribué au canton du Jura.
4. Par décision du 13 août 2003, définitive et exécutoire, l'office fédéral des réfugiés, devenu depuis lors l'office fédéral des migrations (ci-après : ODM), a rejeté la demande d'asile déposée par l'intéressé le 6 mai 2003 et prononcé son renvoi de Suisse. Il n'a toutefois pas quitté le territoire de la Confédération où il a continué à vivre clandestinement.
5. Le 19 février 2009, il a présenté à l'office cantonal de la population (ci-après : OCP) par l'intermédiaire de son avocat, une demande d'autorisation de séjour au sens de l'art. 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). Cette disposition, intitulée « Cas individuels d'une extrême gravité », prévoit qu'« une autorisation de séjour peut être octroyée dans des cas individuels d'extrême gravité. Lors de l'appréciation, 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 particulière, 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 ».

Selon l'art. 31 al. 3 OASA, « l'exercice d'une activité salariée peut être autorisé si :

- a. la demande provient d'un employeur (art. 18 let. b de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 - LEtr - RS 142.20) ;
 - b. les conditions de rémunération et de travail sont remplies (art. 22 LEtr) ;
 - c. le logement du requérant est approprié (art. 24 LEtr).
6. M. K_____ a produit diverses pièces et attestations afin de démontrer qu'il satisfaisait à toutes les conditions précitées. Depuis janvier 2008, il travaillait dans le garage M_____ S.A. où il était apprécié. Il était en Suisse depuis près de dix ans, était inconnu des services de police, disposait d'un bon état de santé et fréquentait sa famille dont tous les membres, à l'exception de l'un de ses frères, résidaient en Suisse légalement. Il n'avait plus d'attaches au Kosovo. Son père était décédé pendant la guerre. Il assistait sa mère qui avait besoin d'une aide quotidienne. Il invoquait les garanties offertes par l'art. 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101). Les exigences posées par la jurisprudence fédérale, répertoriées dans la circulaire du 8 octobre 2004 et l'art. 31 OASA, étaient satisfaites, raison pour laquelle le permis de séjour sollicité devait lui être octroyé.
7. Le 4 juin 2009, M. K_____ a été entendu par un fonctionnaire de l'OCP. Sa mère, son frère et la famille de celui-ci, sa sœur et la famille de celle-ci, ainsi qu'un autre frère et sa famille vivaient en Suisse. Interrogé sur la question de savoir pour quelle raison il ne pouvait pas retourner au Kosovo, M. K_____ a déclaré qu'il n'y avait pratiquement plus de Serbes dans la région dont il provenait. Tous étaient partis ou avaient été tués. Son frère, resté sur place, ne survivait que grâce à l'aide financière que lui envoyait toute la famille en Suisse. Il était lui-même très bien intégré, parlait français, avait un travail, des amis et une vie sociale et professionnelle comme tout le monde.
8. Par décision du 26 août 2009 déclarée exécutoire nonobstant recours, l'OCP a signifié à l'intéressé que sa demande d'autorisation de séjour était classée sans suite. Conformément à l'art. 14 de la loi sur l'asile du 26 juin 1998 (LAsi - RS 142.31), il ne pouvait pas engager de procédure visant à l'octroi d'une autorisation de séjour de police des étrangers entre le moment où il avait déposé une demande d'asile, soit le 6 mai 2003, alors qu'il n'avait jamais quitté le territoire suisse depuis, et la requête déposée le 19 février 2009. M. K_____ devait quitter la Suisse sans délai, cette décision reposant sur l'art. 66 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20). Par ailleurs, le renvoi pouvait être exécuté : le recourant n'alléguait pas que l'exécution de celui-ci n'était pas possible, pas licite ou ne pouvait être raisonnablement exigée au sens de l'art. 83 LEtr.
9. Le 30 septembre 2009, M. K_____ a recouru contre cette décision auprès de la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après :

CCRA), devenue depuis le 1^{er} janvier 2011 le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI), en concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif et principalement à l'octroi d'un permis de séjour pour cas de rigueur. Il a persisté dans les termes de sa requête du 19 février 2009. Il remplissait les conditions fixées par l'art. 14 al. 2 let. a à c LAsi. Enfin, son retour forcé au Kosovo serait inhumain car sa vie était en Suisse et il ne possédait plus rien dans son pays d'origine, dans lequel il n'avait ni logement, ni travail. Par ailleurs, il était traumatisé par le passé violent qu'il avait vécu au Kosovo et craignait pour sa sécurité, voire pour sa vie. De violentes tensions persistaient dans ce pays où les Serbes étaient victimes des agressions menées par les Albanais. Un tel renvoi ne pouvait être raisonnablement exigé et le placerait dans un état personnel et matériel grave.

10. Le 4 novembre 2009, la CCRA a admis la demande de mesures provisionnelles.
11. Le 5 janvier 2010, l'OCP a conclu au rejet du recours. Malgré le rejet définitif et exécutoire de sa demande d'asile prononcé le 13 août 2003, M. K_____ n'avait jamais quitté la Suisse. En application de l'art. 14 al. 1 LAsi, l'OCP ne pouvait donc entrer en matière sur la demande d'autorisation de séjour. En outre, M. K_____ ne pouvait pas engager la procédure prévue à l'art. 14 al. 2 LAsi, seul le canton pouvant proposer à l'ODM l'octroi d'une telle autorisation en faveur d'un requérant d'asile. Enfin, l'étranger n'avait qualité de partie que lors de la procédure d'approbation de l'office (art. 14 al. 4 LAsi).
12. Le 5 février 2010, le recourant a répliqué. L'OCP faisait une application restrictive de l'art. 14 al. 1 LAsi en écartant de manière choquante et arbitraire l'examen de son cas sous l'angle de l'art. 14 al. 2 LAsi. L'OCP ne tenait ainsi pas compte de sa situation personnelle et du fait qu'un retour dans son pays d'origine le mettrait en péril.
13. Le 16 mars 2010, la CCRA a rejeté le recours, en retenant en substance que la longue durée du séjour, en grande partie illégal, ne saurait contrecarrer l'application de l'art. 14 al. 1 LAsi sauf à avantager un requérant dont l'obstination à violer la législation en vigueur serait en quelque sorte récompensée. M. K_____ ne pouvait se prévaloir d'aucun droit à séjourner en Suisse et il ne pouvait en particulier pas invoquer l'art. 8 CEDH, une telle protection se limitant à la famille au sens étroit, à savoir le conjoint et les enfants mineurs. Les personnes ne faisant pas partie de ce noyau familial au sens étroit ne pouvaient entrer en considération que si elles souffraient d'une invalidité physique ou psychique ou d'une maladie grave nécessitant une prise en charge permanente. Des difficultés économiques ne pouvaient être comparées à une telle situation. Le requérant, âgé de 28 ans, n'avait jamais allégué ni démontré qu'il souffrirait d'une invalidité physique ou psychique, ou encore d'une maladie grave nécessitant une prise en charge permanente par sa famille en Suisse. Enfin, l'art. 14 al. 2 LAsi n'était

d'aucun secours à M. K_____ car seul le canton auquel le requérant avait été attribué, soit en l'espèce le canton du Jura, pouvait, sous réserve de l'approbation de l'ODM, octroyer une autorisation de séjour pour cas de rigueur. Quant au renvoi de Suisse, l'OCP l'avait prononcé à juste titre en application de l'art. 66 LETr, car il n'avait aucun pouvoir d'appréciation puisqu'une telle décision de renvoi était la conséquence logique d'un refus d'autorisation.

Par ailleurs, aucune des conditions fixées par l'art. 83 al. 1 LETr n'était remplie et l'exécution du renvoi du recourant au Kosovo n'était pas contraire aux engagements de la Suisse relevant du droit international. M. K_____ ne pouvait se prévaloir de l'art. 8 CEDH pour les raisons sus-exposées. Il n'était nullement avéré qu'il encourrait des persécutions de la part des autorités de son pays s'il retournait dans celui-ci ou qu'il serait exposé à un risque concret de torture ou de traitement inhumain ou dégradant contraire à l'art. 3 CEDH. La situation générale au Kosovo s'était stabilisée depuis la proclamation de l'indépendance de cet Etat le 17 février 2008. Le 6 mars 2009, le Conseil fédéral avait déclaré le Kosovo Etat sûr. Le recourant n'avait pas démontré l'existence d'une mise en danger concrète au sens de l'art. 83 al. 4 LETr. Quant à la pratique professionnelle qu'il avait acquise durant son séjour en Suisse, elle constituait un atout en faveur de sa réintégration dans sa patrie où, à 30 ans à peine, il pouvait refaire sa vie et où il possédait des attaches familiales et socioculturelles étroites en raison d'une importante communauté familiale (parents, frères et sœurs). Le dispositif de cette décision précisait que le recours n'avait pas d'effet suspensif en application de l'art. 3 al. 3 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 (LaLEtr - F 2 10).

14. Le 26 avril 2010, M. K_____ a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif, devenu depuis le 1^{er} janvier 2011 la chambre administrative de la section administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) en reprenant son argumentation. Il concluait préalablement à la restitution de l'effet suspensif et à la production dans l'intégralité de son dossier auprès de l'OCP et de la CCRA, à son audition ainsi qu'à l'ouverture d'enquêtes. Principalement, il demandait l'annulation de la décision attaquée et l'octroi d'une autorisation de séjour au sens de l'art. 31 OASA ou toutes autres dispositions légales applicables. Subsidiairement, le dossier devait être renvoyé à l'OCP pour instruction et nouvelle décision au sens des considérants.
15. Le 5 mai 2010, l'OCP a conclu au rejet des mesures provisionnelles, car si celles-ci étaient octroyées, elles équivaldraient en fait à l'admission du recours sur le fond.
16. Par décision du 7 mai 2010, le vice-président du Tribunal administratif a rejeté la demande de mesures provisionnelles et fixé à l'OCP un délai au 15 juin 2010 pour se déterminer sur le fond du litige.

17. Le 14 juin 2010, l'OCP a conclu au rejet du recours en reprenant son argumentation. Le canton de Genève n'était pas compétent pour l'examen des conditions de séjour selon l'art. 14 al. 2 LAsi. Les conditions d'application de l'art. 83 al. 4 LEtr n'étaient pas réalisées car le recourant n'avait pas démontré l'existence d'une mise en danger concrète au sens de cette disposition. Etant d'origine serbe, il pouvait d'ailleurs envisager de s'installer en Serbie où vivait encore l'un de ses frères.

L'OCP a produit son dossier qui a été réceptionné par le Tribunal administratif le 16 juin 2010.

18. Quant à la CCRA, elle a fait parvenir son dossier le 21 juin 2010.
19. Le 25 juin 2010, le recourant a rappelé au juge délégué qu'il avait sollicité son audition et l'ouverture d'enquêtes pour entendre en particulier son employeur. A défaut, il requérait l'octroi d'un délai suffisant pour se déterminer sur les observations de l'OCP.
20. Le 30 juillet 2010, M. K_____ a présenté ses observations. Il a invoqué une nouvelle fois l'art. 8 al. 1 CEDH, au motif qu'il entretenait des liens étroits avec sa mère, autorisée à résider en Suisse et envers laquelle il était dans un état de dépendance particulier. Il vivait auprès d'elle et avait avec elle une relation étroite et affective, renforcée suite au décès du père. Il avait également une relation étroite avec ses frères et sœurs ainsi qu'avec la famille de ceux-ci, tous au bénéfice d'autorisations de séjour. Sa mère avait besoin de lui « au quotidien » pour s'occuper d'elle. Quant à lui, il trouvait auprès d'elle « un refuge psychologique indispensable pour oublier les traumatismes de son enfance et de sa jeunesse ensanglantées par la mort, la guerre, la disparition de son père et enfin par l'instabilité dont il avait jusqu'ici souffert ».

Le Tribunal administratif genevois (ATA/24/2010 du 19 janvier 2010), citant la jurisprudence fédérale, avait d'ailleurs admis que la situation de chacun des membres d'une famille ne devait pas être considérée isolément mais en relation avec le contexte familial global. Il pouvait ainsi se prévaloir du respect à son droit fondamental garanti par l'art. 8 CEDH.

S'agissant de l'octroi d'une autorisation de séjour, l'OCP se retranchait derrière une application stricte de la loi sans considérer le cas d'espèce. L'art. 14 al. 2 LAsi protégeait le requérant qui, malgré le prononcé d'une décision de renvoi exécutoire et le fait qu'il n'ait pas quitté la Suisse, se trouvait au bénéfice d'une intégration poussée dans ce pays. L'OCP disait ne pas être compétent pour entrer en matière en ignorant « l'analyse de l'octroi d'une autorisation de séjour en faveur de M. K_____ sous l'angle de l'art. 14 LAsi ».

L'exécution de la décision de renvoi le mettrait concrètement en danger au sens de l'art. 83 al. 1 et 4 LEtr, la situation réelle prévalant au Kosovo ne correspondant pas à la notion « d'Etat sûr » admise pour ce pays par le Conseil fédéral.

Enfin, se référant à la jurisprudence fédérale (ATF 123 II 125 consid. 3 et les réf. citées), un renvoi forcé au Kosovo entraînerait pour lui un nouveau déracinement, une mise en danger réelle tant sur le plan psychique que physique au point de constituer alors une rigueur plus grave que pour un autre étranger. Il n'existait pas d'intérêt public prépondérant à sauvegarder pour l'empêcher de rester en Suisse. Son comportement était irréprochable, il n'avait pas de dettes. Son casier judiciaire était vierge, son intégration sociale et professionnelle ne souffrait d'aucune critique. Il s'exprimait en français sans difficulté. Il avait un emploi et n'avait jamais sollicité l'assistance publique. L'OCP abusait de son pouvoir d'appréciation et faisait fi du principe de proportionnalité en persistant dans sa décision.

21. Le 28 octobre 2010, M. K_____ a transmis au juge délégué une copie du courrier qu'il avait envoyé à l'OCP. Celui-ci avait écrit le 14 octobre 2010 à l'employeur de l'intéressé pour l'informer que celui-ci ne pouvait pas être autorisé à travailler, même provisoirement, jusqu'à droit connu sur son recours.
22. Le 30 novembre 2010, le conseil de M. K_____ a sollicité l'audition du recourant, de l'employeur de celui-ci et pour la première fois de la mère de l'intéressé.
23. Déférant à cette requête, le juge délégué a convoqué le 7 décembre 2010 le recourant, son employeur, Monsieur A_____, et Madame K_____ pour une audience agendée le 14 janvier 2011.
 - a. A cette occasion, M. A_____ a déclaré que M. K_____ travaillait dans son entreprise depuis le 1^{er} janvier 2008. Suite à la formation qu'il avait suivie, il pouvait travailler dorénavant de manière indépendante en qualité de monteur. M. K_____ était une personne de confiance qu'il souhaitait pouvoir conserver comme employé. M. K_____ ne rencontrait aucun problème avec ses collègues de l'entreprise, qui comportait douze employés. Il était ponctuel, précis et consciencieux. M. K_____ réalisait un salaire mensuel brut de CHF 4'100.- versé treize fois l'an.
 - b. La représentante de l'OCP a indiqué que suite au rejet de la demande de mesures provisionnelles prononcé le 7 mai 2010 par le vice-président du Tribunal administratif, l'OCP avait informé M. A_____ du fait que l'autorisation de travail de M. K_____ ne pouvait être prolongée.

c. M. K_____ a précisé que sa mère était hospitalisée depuis fin novembre 2010. Jusqu'alors, elle vivait avec lui. Elle avait des problèmes cardiaques et du diabète. Elle avait un peu « toutes les maladies » et souffrait mentalement depuis la disparition de son mari. Sa mère bénéficiait de l'aide de l'office cantonal des personnes âgées (ci-après : OCPA, devenu le service des prestations complémentaires). Il travaillait lui-même toute la journée. Le matin, avant de partir, il lui donnait ses médicaments et lui préparait le petit-déjeuner. Il cuisinait également le soir. Il accompagnait sa mère chez les médecins à l'exception des visites chez le gynécologue chez lequel elle se rendait avec une de ses sœurs ou belles-sœurs. Son frère resté au Kosovo était depuis 1999 dans un camp de réfugiés en Serbie. Aucun autre membre de sa famille ne vivait au Kosovo. Dans le village où il vivait précédemment, soit Djakovica, il ne connaissait plus personne. S'il devait y retourner, il serait certainement persécuté par les Albanais. Que ce soit en Serbie ou au Kosovo, il n'y avait pas de travail. De plus, à Mitrovica, les Serbes n'avaient pas le droit de sortir de chez eux et l'ordre était assuré par les forces des Nations Unies.

d. La représentante de l'OCP a indiqué qu'en cas de retour dans le pays d'origine, la Suisse offrait à l'étranger une aide au retour qui était allouée de cas en cas.

24. Invité à produire un certificat médical pour justifier l'absence de Mme K_____ à l'audience convoquée plus d'un mois auparavant, le conseil de M. K_____ a envoyé le 19 janvier 2011 un certificat médical établi le 17 janvier 2011 par le chef de clinique du département de réhabilitation et de gériatrie, service de médecine interne et de réhabilitation de Beau-Séjour, attestant que Mme K_____, née en 1939, était hospitalisée depuis le 15 novembre 2010 dans cet établissement. Elle souffrait d'un diabète de type 2 nécessitant des injections d'insuline régulières, d'une insuffisance rénale modérée à sévère, d'une anémie possiblement d'origine spoliative en cours de bilan ainsi que d'un probable syndrome de stress post-traumatique. Elle présentait également des troubles cognitifs en cours de bilan. En raison de ses multiples pathologies médicales actives, une sortie de l'hôpital ou un retour à domicile était alors impossible.

25. Le 20 avril 2011, le conseil de M. K_____ a informé le juge délégué que depuis l'audience du 14 janvier 2011, la situation du recourant s'était notablement modifiée du fait qu'il avait dû se présenter auprès de la police judiciaire au début du mois d'avril 2011 pour se voir exposer les modalités de son retour au Kosovo. Vu le rejet des mesures provisionnelles, l'autorité demandait qu'il quitte la Suisse dans l'attente du jugement au fond.

L'état de santé de la mère de l'intéressé s'était aggravé. Elle avait depuis été transférée à l'hôpital de Loëx. M. K_____ vivait dans l'angoisse de perdre sa mère dans un futur proche alors qu'il avait toujours vécu à ses côtés. Il vivait très mal l'idée de devoir quitter la Suisse prochainement. M. K_____ éprouvait des

envies suicidaires et cet état dépressif était alimenté par le fait que des informations faisant état de violences à l'égard des Serbes retournant au Kosovo lui étaient parvenues. Aucun certificat médical n'était joint s'agissant de M. K_____.

Si celui-ci devait quitter la Suisse à brève échéance, il perdrait son travail. Rien ne garantissait qu'il pourrait le récupérer si une autorisation de séjour lui était finalement octroyée.

Aucun intérêt public ne faisait du départ de M. K_____ une priorité. Son comportement avait toujours été exemplaire. Un renvoi forcé violerait le principe de proportionnalité. L'état psychologique qui était le sien ne pouvait être pris à la légère, une telle détresse ne pouvant pas être ignorée.

La chambre de céans devait reconsidérer la décision de son vice-président et octroyer au recourant le bénéfice de mesures provisionnelles.

Des attestations médicales seraient produites prochainement.

26. De telles attestations n'ont pas été adressées au juge délégué et la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction alors compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 dans leur teneur au 31 décembre 2010).
2. Selon l'art. 14 al. 1 LAsi, « 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 ».

Or, le recourant admet n'avoir jamais quitté le territoire suisse depuis le rejet le 13 août 2002 de la seconde demande d'asile qu'il avait déposée le 6 mai 2003, date à laquelle il avait à nouveau été attribué au canton du Jura.

3. Dans son recours auprès de la CCRA et dans celui adressé à la chambre de céans, M. K_____ allègue qu'au regard de l'art. 14 al. 2 LAsi, sa situation juridique est à la fois « contradictoire et caractéristique de vide juridique ».

A teneur de cette disposition, « sous réserve de l'approbation de l'office, le canton peut octroyer une autorisation de séjour à toute personne qui lui a été attribuée conformément à la présente loi, aux conditions suivantes :

- a. la personne concernée séjourne en Suisse depuis au moins cinq ans à compter du dépôt de la demande d'asile ;
- b. le lieu de séjour de la personne concernée a toujours été connu des autorités ;
- c. il s'agit d'un cas de rigueur grave en raison de l'intégration poussée de la personne concernée. ».

Le recourant soutient qu'il remplit les conditions de séjour prévues par l'art. 14 al. 2 let. a LAsi précité puisqu'il n'a jamais quitté la Suisse depuis le dépôt de sa demande d'asile. Par ailleurs, si son lieu de séjour n'était certes pas connu des autorités, celui-ci était facile à établir au vu des pièces qu'il avait produites avec sa demande d'autorisation de séjour le 19 février 2009. Enfin, il se trouvait dans une situation de cas de rigueur grave, compte tenu de l'intégration poussée qui était la sienne.

A cet égard, le recourant oublie que le canton susceptible de lui octroyer une autorisation de séjour à laquelle l'art. 14 al. 2 LAsi fait référence est celui auquel le requérant d'asile a été attribué, soit en l'espèce le canton du Jura et non celui de Genève.

De plus, la personne concernée n'a pas la qualité de partie pour recourir contre le refus éventuel dudit canton de soumettre son dossier à l'approbation de l'ODM (ATA/437/2010 du 22 juin 2010 confirmé par Arrêt du Tribunal fédéral 2D_41 2010 du 15 décembre 2010), ce qui résulte d'ailleurs du texte clair de l'art. 14 al. 4 LAsi, de sorte que sur ce point, le recours est irrecevable.

4. En l'espèce, la décision querellée du 26 août 2009 a été déclarée exécutoire nonobstant recours.

Les mesures provisionnelles sollicitées par l'intéressé ont été rejetées par décision du vice-président de la juridiction de recours le 7 mai 2010 et cette décision n'a pas fait l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral. Certes, une demande en reconsidération de ce refus a été évoquée dans l'écriture du recourant du 20 avril 2011, au vu de la péjoration de l'état de santé de celui-ci et de celui de sa mère mais aucun certificat médical le concernant n'a été produit à ce jour à l'appui de ses allégations. De plus, la reddition du présent arrêt rend sans objet cette demande en reconsidération.

5. Reste à déterminer si l'exécution du renvoi est impossible ou illicite au regard de l'art. 83 LEtr en particulier et si le renvoi mettrait concrètement en

danger l'étranger « par exemple en cas de guerre, de guerre civile, de violence généralisée ou de nécessité médicale ». A cet égard, le recourant allègue que s'il retournait dans son village à Djakovica, il y serait certainement persécuté par les Albanais. Le recourant expose qu'il serait personnellement soumis à un risque concret, à une persécution, à une peine ou à un traitement prohibé par l'art. 3 CEDH en cas de retour au Kosovo. La situation prévalant dans ce pays ne serait pas celle d'un Etat sûr malgré la déclaration faite en un sens par le Conseil fédéral. Néanmoins, depuis que le Kosovo a vu son indépendance reconnue le 17 février 2008, la position du Conseil fédéral n'a pas varié et il n'existe en l'état aucune raison de s'en écarter (ATA/690/2010 du 8 octobre 2010), suivant en cela le Tribunal administratif fédéral (Arrêt du Tribunal fédéral D-5396/2006 du 30 novembre 2009).

6. Il convient encore d'examiner si M. K_____ peut se prévaloir de l'art. 8 CEDH dont le § 1 dispose que toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

Un étranger peut, selon les circonstances, se prévaloir du droit au respect de sa vie privée et familiale, au sens de la disposition conventionnelle précitée, pour s'opposer à une éventuelle séparation de sa famille. Encore faut-il, pour pouvoir invoquer cette disposition, que la relation entre l'étranger et une personne de sa famille ayant le droit de résider durablement en Suisse soit étroite et effective (ATF 130 II 281 consid. 3.1 285 ; 129 II 193 consid. 5.3.1 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C_338/2008 du 22 août 2008 consid. d). Les relations visées par 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 1b 257 consid. 1d ; ATA/155/2011 du 8 mars 2011).

En l'espèce, il n'est pas contesté que le recourant entretient une relation suivie avec ses frères et sœurs, avec les conjoints de ceux-ci, ainsi qu'avec sa mère, avec laquelle il a cohabité jusqu'à ce qu'elle soit hospitalisée, et cela sans discontinuer depuis le 15 novembre 2010. Selon la dernière écriture du conseil du recourant du 20 avril 2011, Mme K_____ aurait dorénavant été transférée à l'hôpital de Loëx, souffrant d'un diabète, d'une anémie, de troubles cognitifs ainsi que d'un probable syndrome de stress post-traumatique. Si M. K_____ a cohabité avec sa mère - ce qui n'est pas démontré - jusqu'à ce que celle-ci soit hospitalisée le 15 novembre 2010, elle est prise en charge depuis au sein d'un hôpital universitaire. Le recourant ne se trouve ainsi pas ou plus dans un état de dépendance particulier vis-à-vis d'elle. Ses frères et sœurs ainsi que leurs conjoints peuvent rendre visite à Mme K_____ et la présence du recourant auprès de cette dernière, pour souhaitable qu'elle soit, n'est pas nécessaire au point de justifier un cas de rigueur. Par ailleurs, il ne résulte pas du seul certificat médical produit que les jours de Mme K_____ seraient en danger ni qu'un renvoi

de son fils au Kosovo, où il pourrait rejoindre l'un de ses frères y demeurant encore, priverait celle-ci de toute visite ultérieure du recourant.

Quant à l'état dépressif de M. K_____, il n'est pas davantage documenté. A supposer qu'il soit avéré, il peut certes résulter de l'angoisse liée à son renvoi au Kosovo mais M. K_____ ne peut tirer aucun argument de son long séjour en Suisse en particulier depuis 2003, celui-ci étant illégal. S'il était fait droit à sa requête, cela reviendrait à privilégier les personnes qui ne respectent pas les décisions prises à leur encontre et vivent dans la clandestinité malgré une décision exécutoire de renvoi.

7. L'intégration du recourant en Suisse n'est pas contestée mais elle n'est pas telle qu'elle empêche son renvoi dans son pays d'origine, le cas de rigueur ne pouvant être réalisé du seul fait de l'exécution d'une telle mesure ou du déracinement que celle-ci entraînerait, au risque de bafouer le principe d'égalité de traitement et de favoriser le recourant, alors que d'autres étrangers dans la même situation ne sont pas autorisés à poursuivre leur séjour en Suisse.

En conséquence, la décision querellée est fondée et celle prise par l'OCP respecte le principe de proportionnalité.

Le recours sera ainsi rejeté, rendant sans objet la demande en reconsidération de la décision sur mesures provisionnelles.

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge de M. K_____ auquel il ne sera pas alloué d'indemnité de procédure (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette, dans la mesure où il est recevable, le recours interjeté le 26 avril 2010 par Monsieur K_____ contre la décision de la commission cantonale de recours en matière administrative du 16 mars 2010 ;

met à la charge du recourant un émolument de CHF 400.- ;

dit qu'il ne lui est pas alloué d'indemnité de procédure ;

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 Christian Fischele, avocat du recourant, au Tribunal administratif de première instance, à l'office cantonal de la population ainsi qu'à l'office fédéral des migrations.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, Mme Hurni, M. Dumartheray, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

C. Derpich

la présidente siégeant :

L. Bovy

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.