

# **GE\_GERICHTE ATA/1788/2019 vom 10. Dezember 2019**

GE Cour de justice, 2019-12-10, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_1788\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_1788_2019)

FR: GE\_GERICHTE ATA/1788/2019 du 10 décembre 2019

IT: GE\_GERICHTE ATA/1788/2019 del 10 dicembre 2019

## **Erwägungen**

### **E. 23**

juin 2015 consid. 2b et les arrêts cités). En outre, la possibilité de recourir doit être propre à effacer les conséquences de cette violation. Autrement dit, la partie lésée doit avoir 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/1039/2019 précité consid. 4 ; ATA/453/2017 du 25 avril 2017 consid. 5c ; ATA/747/2016 précité consid. 4e et les références citées).

- 9/18 - A/3437/2018

b. En l'occurrence, pour ce qui est du grief de violation du droit d'être entendu du fait du manque de temps invoqué pour exercer leur droit de répliquer devant le TAPI, la chambre de céans dispose du même pouvoir d'examen que cette juridiction, les recourants ayant pu présenter l'ensemble de leurs allégués et arguments devant la chambre administrative. En outre, un renvoi en raison d'un tel vice – si tant est qu'il serait établi, ce qui peut demeurer indécis – ne constituerait qu'une vaine formalité, de sorte qu'il doit en tout état de cause être considéré comme réparé. 4)

En vertu de l'art. 61 LPA, le recours peut être formé pour violation du droit y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), ou pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b ; al. 1). En revanche, conformément à l'al. 2 de cette disposition légale, les juridictions administratives n'ont pas compétence pour apprécier l'opportunité d'une décision prise en matière de police des étrangers lorsqu'il ne s'agit pas d'une mesure de contrainte (art. 10 al. 2 a contrario de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10). 5)

Le 1er janvier 2019 est entrée en vigueur une modification de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr), devenue la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20), et de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative du 24 octobre 2007 (OASA - RS 142.201). Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral (arrêts du Tribunal fédéral 2C\_841/2019 du 11 octobre 2019 consid. 3 ; 2C\_737/2019 du 27 septembre 2019 consid. 4.1), les demandes déposées avant le 1er janvier 2019 sont régies par l'ancien droit.

Les faits de la présente cause s'étant en majeure partie déroulés avant le 1er janvier 2019, ils sont soumis aux dispositions de la LEI et de l'OASA dans leur teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2018, étant précisé que les dispositions pertinentes de la LEI sont demeurées identiques. 6)

La LEI et ses ordonnances d'exécution, en particulier l'OASA, règlent l'entrée, le séjour et la sortie des étrangers dont le statut juridique n'est pas réglé par d'autres dispositions du

droit fédéral ou par des traités internationaux conclus par la Suisse (art. 1 et 2 LEI), ce qui est le cas pour les ressortissants du Kosovo. 7) a. Aux termes de l'art. 30 al. 1 let. b LEI, il est possible de déroger aux conditions d'admission (art. 18 à 29 LEI) notamment dans le but de tenir compte des cas individuels d'une extrême gravité ou d'intérêts publics majeurs.

L'art. 31 al. 1 OASA, dans sa teneur au moment des faits – étant précisé que le nouveau droit n'est pas plus favorable à l'intéressée –, prévoit que pour apprécier l'existence d'un cas individuel d'extrême gravité, il convient de tenir compte notamment de l'intégration du requérant (let. a), du respect de l'ordre

- 10/18 - A/3437/2018 juridique suisse (let. b), de sa situation familiale, particulièrement de la période de scolarisation et de la durée de la scolarité des enfants (let. c), de sa situation financière ainsi que de sa volonté de prendre part à la vie économique et d'acquérir une formation (let. d), de la durée de sa présence en Suisse (let. e), de son état de santé (let. f), ainsi que des possibilités de réintégration dans l'État de provenance (let. g). Les critères énumérés par cette disposition, qui doivent impérativement être respectés, ne sont toutefois pas exhaustifs, d'autres éléments pouvant également entrer en considération, comme les circonstances concrètes ayant amené un étranger à séjourner illégalement en Suisse (Directives et commentaires du SEM, Domaine des étrangers, du 25 octobre 2013, dans leur version actualisée au 1er novembre 2019 [ci-après : Directives LEI], ch. 5.6.10 ; ATA/351/2019 précité consid. 6b).

b. La jurisprudence développée au sujet des cas de rigueur selon le droit en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007 (art. 13f de l'ancienne ordonnance limitant le nombre des étrangers du 6 octobre 1986 - aOLE) est toujours d'actualité pour les cas d'extrême gravité qui leur ont succédé (ATF 136 I 254 consid. 5.3.1 ; ATA/1627/2017 du 19 décembre 2017 consid. 4c).

c. Les dispositions dérogatoires des art. 30 LEI 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 consid. 4 ; ATA/38/2019 du 15 janvier 2019 consid. 4c ; ATA/400/2016 du 10 mai 2016 consid. 6c). Elles ne confèrent pas de droit à l'obtention d'une autorisation de séjour (ATF 138 II 393 consid. 3.1 ; 137 II 345 consid. 3.2.1). L'autorité doit néanmoins procéder à l'examen de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce pour déterminer l'existence d'un cas de rigueur (ATF 128 II 200 consid. 4 ; 124 II 110 consid. 2 ; ATA/38/2019 précité consid. 4c).

d. La reconnaissance de l'existence d'un cas d'extrême gravité implique que l'étranger concerné se trouve dans une situation de détresse personnelle. Ses conditions de vie et d'existence doivent ainsi être mises en cause de manière accrue en comparaison avec celles applicables à la moyenne des étrangers. En d'autres termes, le refus de le soustraire à la réglementation ordinaire en matière d'admission doit comporter à son endroit de graves conséquences. Le fait que l'étranger ait séjourné en Suisse pendant une assez longue période, qu'il y soit bien intégré, tant 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. Encore faut-il que sa relation avec la Suisse soit si étroite qu'on ne puisse exiger qu'il vive dans un autre pays, notamment celui dont il est originaire. À 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 130 II 39 consid. 3 ; 124 II 110 consid. 3 ; arrêts du

Tribunal fédéral 2C\_754/2018 du

- 11/18 - A/3437/2018

### **E. 28**

janvier 2019 consid. 7.2 ; 2A\_718/2006 du 21 mars 2007 consid. 3 ; arrêts du Tribunal administratif fédéral C-6956/2014 du 17 juillet 2015 consid. 6.1 ; C-5414/2013 du 30 juin 2015 consid. 5.1.3 ; ATA/828/2016 du 4 octobre 2016 consid. 6d).

Parmi les éléments déterminants pour la reconnaissance d'un cas d'extrême gravité, il convient en particulier de citer la très longue durée du séjour en Suisse, une intégration sociale particulièrement poussée, une réussite professionnelle remarquable, la personne étrangère possédant des connaissances professionnelles si spécifiques qu'elle ne pourrait les mettre en œuvre dans son pays d'origine, une maladie grave ne pouvant être traitée qu'en Suisse, la situation des enfants, notamment une bonne intégration scolaire aboutissant après plusieurs années à une fin d'études couronnée de succès. Constituent en revanche des facteurs allant dans un sens opposé le fait que la personne concernée n'arrive pas à subsister de manière indépendante et doit recourir aux prestations de l'aide sociale ou des liens conservés avec le pays d'origine, par exemple sur le plan familial, susceptibles de faciliter sa réintégration (arrêt du Tribunal fédéral 2A.543/2001 du 25 avril 2002 consid. 5.2 ; arrêts du Tribunal administratif fédéral C-5414/2013 précité consid. 5.1.4 ; C-6379/2012 et C-6377/2012 du 17 novembre 2014 consid. 4.3).

e. L'art. 30 al. 1 let. b LEI n'a pas pour but de soustraire le requérant aux conditions de vie de son pays d'origine, mais implique qu'il se trouve personnellement dans une situation si grave qu'on ne peut exiger de sa part qu'il tente de se réadapter à son existence passée. Des circonstances générales affectant l'ensemble de la population restée sur place, en lien avec la situation économique, sociale, sanitaire ou scolaire du pays en question et auxquelles le requérant serait également exposé à son retour, ne sauraient davantage être prises en considération, tout comme des données à caractère structurel et général, telles que les difficultés d'une femme seule dans une société donnée (ATF 123 II 125 consid. 5b/dd ; arrêts du Tribunal fédéral 2A.245/2004 du 13 juillet 2004 consid. 4.2.1 ; 2A.255/1994 du 9 décembre 1994 consid. 3). Au contraire, dans la procédure d'exemption des mesures de limitation, seules des raisons exclusivement humanitaires sont déterminantes, ce qui n'exclut toutefois pas de prendre en compte les difficultés rencontrées par le requérant à son retour dans son pays d'un point de vue personnel, familial et économique (ATF 123 II 125 consid. 3 ; ATA/828/2016 précité consid. 6d).

La question n'est donc pas de savoir s'il est plus facile pour la personne concernée de vivre en Suisse, mais uniquement d'examiner si, en cas de retour dans le pays d'origine, les conditions de sa réintégration sociale, au regard de sa situation personnelle, professionnelle et familiale, seraient gravement compromises (arrêts du Tribunal fédéral 2C\_621/2015 du 11 décembre 2015 consid. 5.2.1 ; 2C\_369/2010 du 4 novembre 2010 consid. 4.1).

- 12/18 - A/3437/2018

f. Les maladies chroniques ou graves dont souffre l'étranger concerné ou un membre de sa famille et dont le traitement adéquat n'est pas disponible dans le pays d'origine doivent être prises en compte dans l'examen de la gravité d'une situation de rigueur (maladie chronique, etc. ; Directives LEI, ch. 5.6.10.5).

Selon la jurisprudence, des motifs médicaux peuvent, selon les circonstances, conduire à la reconnaissance d'un cas de rigueur lorsque l'intéressé démontre souffrir d'une sérieuse atteinte à la santé qui nécessite, pendant une longue période, des soins permanents ou des mesures médicales ponctuelles d'urgence, indisponibles dans le pays d'origine, de sorte qu'un départ de Suisse serait susceptible d'entraîner de graves conséquences pour sa santé. En revanche, le seul fait d'obtenir en Suisse des prestations médicales supérieures à celles offertes dans le pays d'origine ne suffit pas à justifier une exception aux mesures de limitation. De même, l'étranger qui entre pour la première fois en Suisse en souffrant déjà d'une sérieuse atteinte à la santé ne saurait se fonder uniquement sur ce motif médical pour réclamer une telle exemption (ATF 128 II 200 consid. 5.3 ; ATA/1279/2019 du 27 août 2019 consid. 5f ; ATA/801/2018 du 7 août 2018 consid. 8a et les arrêts cités).

En l'absence de liens d'une certaine intensité avec la Suisse, l'aspect médical et les éventuelles difficultés de réintégration de la personne concernée dans le pays d'origine ne sauraient justifier, à eux seuls, l'octroi d'un permis humanitaire pour cas de rigueur ; le cas échéant, ces critères ne peuvent en effet être pris en considération que dans le cadre de l'examen de la licéité et de l'exigibilité de l'exécution du renvoi (arrêts du Tribunal administratif fédéral [ci-après : TAF] C-2712/2012 du 9 juillet 2014 consid. 5.7 ; C-3216/2010 du

## **E. 29**

janvier 2014 consid. 3.6 ; C-5710/2011 du 13 décembre 2013 consid. 5.1). En d'autres termes, une grave maladie (à supposer qu'elle ne puisse pas être soignée dans le pays d'origine) ne saurait justifier, à elle seule, la reconnaissance d'un cas de rigueur au sens des dispositions précitées, l'aspect médical ne constituant qu'un élément parmi d'autres (durée du séjour, intégration socioprofessionnelle et formations accomplies en Suisse, présence d'enfants scolarisés en Suisse et degré de scolarité atteint, attaches familiales en Suisse et à l'étranger, etc.) à prendre en considération (ATF 128 II 200 consid. 5.4 ; arrêts du TAF F-4125/2016 du 26 juillet 2017 consid. 5.4.1 ; C-912/2015 du 23 novembre 2015 consid. 4.3.2 ; C-5450/2011 du 14 décembre 2012 consid. 6.4). Les motifs médicaux constituent avant tout un obstacle à l'exécution du renvoi au sens de l'art. 83 al. 4 LEI et une personne qui ne peut se prévaloir que d'arguments d'ordre médical ne se distingue pas de ses compatriotes restés dans son pays d'origine et souffrant de la même maladie (arrêts du TAF F-4125/2016 précité consid. 5.4.1 ; C-912/2015 précité consid. 4.3.2 ; C-5450/2011 précité consid. 6.4). 8) a. En l'espèce, la chambre de céans fait pour l'essentiel siens les considérants du TAPI quant à la question d'un éventuel cas de rigueur (ou d'extrême gravité).

- 13/18 - A/3437/2018

b. Comme l'a retenu le TAPI, le fait que la recourante n'a jamais élargé à l'aide sociale, bénéficie d'un casier judiciaire vierge, a un niveau A2 en français et a créé des liens d'amitiés avec d'autres personnes séjournant à Genève ne saurait suffire pour considérer que son intégration socio-professionnelle en Suisse serait exceptionnelle ou que ses liens avec ce pays seraient si étroits qu'ils justifieraient une exception. Elle n'a exercé aucune activité professionnelle ou bénévole en Suisse, de sorte qu'elle n'y a pas acquis des connaissances professionnelles si spécifiques qu'elle ne pourrait pas utiliser au Kosovo. En outre, âgé actuellement de 39 ans, l'intéressée est arrivée en Suisse à l'âge d'un peu plus de 35 ans, après avoir vécu au Kosovo jusqu'alors, soit la plus grande partie de sa vie,

notamment son enfance, son adolescence, périodes décisives pour la formation de la personnalité, et le début de sa vie d'adulte, dont une grande partie avec B\_\_\_\_\_, de sorte qu'elle a selon toute vraisemblance conservé des attaches dans ce pays et pourrait s'y réintégrer en cas de retour.

c. La durée du séjour en Suisse, à Genève, de la recourante et de son fils aîné, depuis le 24 janvier 2016 selon leurs allégations, soit depuis bientôt quatre ans, ne peut pas être qualifié de long, mais doit au surplus être relativisé, dès lors qu'il a été intégralement effectué de manière illégale. Il a du reste été caché à l'OCPM alors que le compagnon de l'intéressée et père de B\_\_\_\_\_ avait introduit une demande d'autorisation de séjour en Suisse instruite par l'intimé jusqu'au prononcé de sa décision du 21 mars 2016. Ainsi, la durée de leur séjour en Suisse ne saurait être prise en compte, de manière déterminante, en leur faveur, ce d'autant moins que, comme l'a rappelé le TAPI, celui qui place l'autorité devant le fait accompli doit s'attendre à ce que celle-ci se préoccupe davantage de rétablir une situation conforme au droit que d'éviter les inconvénients qui en découlent pour lui (ATF 123 II 248 consid. 4a ; arrêts du Tribunal fédéral 1C\_33/2014 du 18 septembre 2014 consid. 4.1 ; 1C\_269/2013 du 10 décembre 2013 consid. 4.1 et les références citées).

d. On ne saurait non plus retenir une intégration exceptionnelle pour B\_\_\_\_\_. Ne sont en effet pas suffisants les faits qu'il a été promu, par tolérance avec des mesures d'accompagnement au sein du système scolaire genevois pour la 8P (année scolaire 2018-2019), et poursuive sa scolarité à Genève, maîtrise le français, pratique des activités sportives, s'est lié d'amitié avec des camarades et apprécie sa vie à Genève. Il a vécu au Kosovo avec sa mère jusqu'à l'âge de 8 ans et demi environ, soit la plus grande partie de sa vie et a donc résidé à Genève le tiers de celle-ci, soit pendant presque quatre ans. Au demeurant, âgé de 12 ans et demi, B\_\_\_\_\_ n'a pas encore vécu son adolescence et une partie de sa vie d'adulte, soit des années déterminantes pour l'intégration socio-culturelle (à ce sujet ATF 123 II 125 consid. 4 ; arrêt du Tribunal fédéral 2A.578/2005 du 3 février 2006 consid. 3).

- 14/18 - A/3437/2018

À cet égard, comme l'a relevé le TAPI, en prenant la décision de venir s'installer en Suisse démunie de toute autorisation de séjour et d'y scolariser son fils aîné sans aucune certitude que leur présence sur le sol helvétique serait un jour autorisée, la recourante a accepté le risque de devoir potentiellement imposer à ce dernier un jour un retour au Kosovo, avec toutes les difficultés de réintégration en découlant.

d. C\_\_\_\_\_, âgé actuellement de presque deux ans et demi, vit à Genève depuis sa naissance, ce alors que ses parents savaient qu'ils n'y avaient aucun statut légal. Au vu de son jeune âge, sa situation est étroitement liée à celle de sa mère, qui s'occupe de lui au quotidien, et il ne saurait être question de liens étroits créés avec la Suisse ou d'une intégration qui y serait particulièrement poussée.

Cet enfant souffre d'un hypospadias sévère, pénien moyen, a à ce titre bénéficié le 11 mai 2018 d'une reconstruction complexe avec un lambeau préputial vascularisé, et nécessite une prise en charge spécialisée (soins locaux et suivis cliniques), jusqu'à la fin complète de son développement pubertaire, vers l'âge de 18 ans. Une prise en charge hors d'un cadre multidisciplinaire habitué à s'occuper de ce type de pathologies, comme au service de chirurgie pédiatrique des HUG, pourrait aboutir à des complications sévères. L'absence d'un tel cadre au Kosovo a conduit l'OCPM à retenir l'inexigibilité de l'exécution du renvoi

pour nécessité médicale (art. 83 al. 4 LEI) pour C\_\_\_\_\_ et à vouloir proposer son admission provisoire et celle de ses parents et frère et sœur au SEM.

La question de savoir si, comme l'a retenu le TAPI, ledit problème médical devrait être considéré comme vraisemblablement temporaire et nécessitant un suivi pour une durée déterminée, peut souffrir de demeurer indéfinie. En effet, il ne saurait justifier, à lui seul, la reconnaissance d'un cas de rigueur au sens des dispositions précitées, l'aspect médical ne constituant qu'un élément parmi d'autres (durée du séjour, intégration socioprofessionnelle et formations accomplies en Suisse, présence d'enfants scolarisés en Suisse et degré de scolarité atteint, attaches familiales en Suisse et à l'étranger, etc.) à prendre en considération. Or, même si cette atteinte à la santé est grave, elle ne peut pas compenser l'insuffisance de réalisation des autres critères (notamment absence de longue durée du séjour et d'intégration particulièrement poussée en Suisse) en faveur d'un cas d'extrême gravité au sens de l'art. 30 al. 1 let. b LEI, non seulement pour C\_\_\_\_\_, mais aussi pour les autres membres de sa famille, y compris F\_\_\_\_\_ née le 30 juin 2019.

e. Ce qui précède vaut aussi après prise en compte de la récente naissance d'F\_\_\_\_\_, de même que de la situation de M. D\_\_\_\_\_ considérée individuellement et en lien avec l'entier de la famille. En effet, d'une part, par arrêt de ce jour dans la cause A/680/2018, le recours de M. D\_\_\_\_\_ dans la procédure de reconsidération contre le refus d'autorisation de séjour pour cas de rigueur est rejeté par la chambre de céans. D'autre part, même si celui-ci subvient

- 15/18 - A/3437/2018 aux besoins matériels de l'ensemble de la famille grâce notamment au développement de son entreprise, cela ne suffit pas pour retenir que cette famille, considérée dans son ensemble, donc y compris avec M. D\_\_\_\_\_, aurait fait preuve d'une intégration exceptionnelle en Suisse et se trouverait dans une situation, aux plans personnel, professionnel et familial, gravement compromise en cas de retour au Kosovo.

f. En conséquence, le TAPI a à juste titre confirmé la décision de l'intimé du 28 août 2018, qui n'abusait ni n'excédait son pouvoir d'appréciation en refusant aux recourants une autorisation de séjour pour cas de rigueur au sens des art. 30 al. 1 let. b LEI et 31 al. 1 OASA. 9) a. Selon l'art. 64 al. 1 let. c LEI, les autorités compétentes rendent une décision de renvoi ordinaire à l'encontre d'un étranger auquel l'autorisation de séjour est refusée ou dont l'autorisation n'est pas prolongée.

Cela étant, conformément à l'art. 83 LEI, le SEM décide d'admettre provisoirement l'étranger si l'exécution du renvoi ou de l'expulsion n'est pas possible, n'est pas licite ou ne peut être raisonnablement exigée (al. 1). L'admission provisoire peut être proposée par les autorités cantonales (al. 6).

b. En l'occurrence, les recourants ne disposent d'aucune autorisation de séjour, de sorte que leur renvoi doit être prononcé. Cependant, l'OCPM admettant que le renvoi ne peut actuellement pas être exécuté, il lui est donné acte de ce qu'il s'engage à proposer au SEM l'admission provisoire des intéressés, en application de l'art. 83 al. 6 LEI. 10) Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté.

Il sera donné acte à l'OCPM de ce qu'il proposera au SEM l'admission provisoire de la recourante et de ses trois enfants, B\_\_\_\_\_, C\_\_\_\_\_ et F\_\_\_\_\_. 11) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

\* \* \* \* \*

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.