

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2C 2/2018

Arrêt du 15 mai 2018

Ile Cour de droit public

Composition
MM. les Juges fédéraux Seiler, Président,
Donzallaz et Haag.
Greffier : M. Dubey.

Participants à la procédure
A.X._____, recourant,

contre

Office cantonal de la population et des migrations du canton de Genève,
intimé.

Objet
Refus d'octroi d'une autorisation de séjour et renvoi,

recours contre l'arrêt de la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre administrative,
1ère section, du 28 novembre 2017 (A/414/2016-PE).

Faits :

A.

A.X._____, ressortissant marocain né en 1956, a été marié à une Suisseuse de 1984 à 1997. Durant ces années, il a fait l'objet de quatre condamnations pénales, notamment le 20 décembre 1996, à deux ans de réclusion et à six ans d'expulsion de Suisse, pour voies de faits, vol en bande et par métier, dommages à la propriété, injure, violation de secrets privés, menaces, insoumission à une décision de l'autorité, infraction au droit des étrangers, contravention à la loi sur le commerce des armes, munitions et explosifs et sur le port et la détention d'armes

Le 29 août 1997, l'Office cantonal de la population, devenu le 11 décembre 2013 l'Office cantonal de la population et des migrations du canton de Genève, lui a délivré une autorisation d'établissement. Le 6 octobre 1997, il a épousé B.X._____, ressortissante suisse. Quatre enfants sont issus de cette union, C.X._____, né en 1995, D.X._____, né en 1997, E.X._____, né en 2000, et F.X._____, née en 2005.

Par courriers des 17 décembre 2002 et 8 juillet 2004, l'Office cantonal de la population et des migrations du canton de Genève a averti A.X._____ qu'en raison des nombreuses condamnations pénales prononcées à son encontre les 7 juillet 2000, 27 septembre 2002, 12 décembre 2003, 20 janvier 2004 et 24 mai 2004, il s'exposait à de sévères sanctions administratives malgré son autorisation d'établissement. Le 14 mars 2005, un ultime avertissement lui a été adressé. A.X._____ a par la suite été condamné :

- le 9 août 2005 par le Procureur général du canton de Genève, à vingt jours d'emprisonnement pour violation de domicile;

- le 27 août 2007, par le Procureur général du canton de Genève, à une peine pécuniaire de trente jours-amende à CHF 40.- le jour, pour vol;
- le 26 septembre 2007, par le Tribunal correctionnel de Lausanne, à une peine privative de liberté de douze mois pour vol, délit manqué de vol et violation de domicile;
- le 9 octobre 2007, par le Tribunal de première instance de Casablanca, à une peine privative de liberté de quatre ans et à deux amendes, pour détention et trafic de drogue international et tentative d'exportation d'une marchandise interdite sans déclaration aux agents douaniers. Ce jugement a été confirmé par la Cour d'appel de Casablanca, laquelle a porté la peine privative de liberté à six ans. A.X._____ a purgé cette peine au Maroc du 17 septembre 2007 au 14 septembre 2013.

Dans l'intervalle, le Tribunal de première instance de Genève a prononcé, le 4 mai 2010, le divorce des époux X._____.

Sur demande d'autorisation d'entrée et de séjour auprès de l'ambassade suisse à Rabat, au Maroc, de A.X._____, afin de venir vivre en Suisse dans le cadre d'un regroupement familial avec ses enfants, l'Office de la population et des migrations du canton de Genève l'a informé, le 17 avril 2014, que son autorisation d'établissement (permis C) était devenue caduque depuis le 17 mars 2008, parce qu'il avait quitté le territoire suisse durant plus de six mois. Malgré la procédure en cours, l'intéressé est entré en Suisse sans autorisation.

Le 14 octobre 2014, A.X._____ a été condamné par le Ministère public de Lausanne à une peine privative de liberté de soixante jours pour vol, séjour illégal et délits à la LStup. Le 23 mars 2015, il a été condamné par le Ministère public valaisan à une peine privative de liberté de quinze jours pour vol.

Par décision du 8 janvier 2016, l'Office de la population et des migrations a refusé d'accorder une autorisation de séjour à A.X._____ ainsi que de soumettre son dossier avec un préavis positif au Secrétariat d'Etat aux migrations et lui a imparti un délai pour quitter la Suisse.

Par jugement du 27 septembre 2016, le Tribunal administratif de première instance du canton de Genève a rejeté le recours que A.X._____ avait déposé contre la décision rendue le 8 janvier 2016 par l'Office de la population et des migrations.

Le 31 octobre 2016, A.X._____ a recouru auprès de la Cour de justice du canton de Genève contre le jugement rendu le 27 septembre 2016 par le Tribunal administratif de première instance.

L'Office de la population et des migrations a produit une ordonnance pénale du 14 octobre 2014 condamnant l'intéressé à une peine privative de liberté de 60 jours pour vol, séjour illégal et délit à la loi sur les stupéfiants, une autre du 15 novembre 2016 le condamnant à une peine privative de liberté de quinze jours pour vol.

Le 22 juin 2017 a eu lieu une audience de comparution personnelle des parties. Il en ressort que A.X._____ habite, selon ses dires, chez des amis, à Gaillard en France, depuis environ 2014. Il travaillait sur des marchés en France. Il voyait ses enfants environ tous les deux jours, sauf urgence, au domicile de leur mère. Ils ne pouvaient pas venir lui rendre visite à son logement en France. Selon son ex-épouse, A.X._____ conservait des contacts fréquents avec ses enfants. Ceux-ci ne passaient toutefois pas de week-end avec leur père, ce dernier n'ayant pas de domicile. S'il était vrai qu'il était venu auparavant presque tous les jours à son domicile, il s'y rendait désormais à une fréquence d'environ une fois tous les quinze jours. S'agissant de l'entretien, il leur donnait un peu d'argent de poche et les gâtait «à sa façon», sans qu'il y ait de montants établis. Depuis son retour en 2014, il n'avait pas passé de vacances avec ses enfants. À son souvenir, la dernière fois qu'il avait passé une journée entière avec ses enfants devait être en hiver 2016-2017.

B.

Par arrêt du 28 novembre 2017, la Cour de justice du canton de Genève a rejeté le recours que A.X._____ a déposé contre le jugement rendu le 27 septembre 2016 par le Tribunal administratif de première instance du canton de Genève.

C.

Par mémoire de recours A.X. _____ demande au Tribunal fédéral, d'annuler l'arrêt rendu le 28 novembre 2017 et le mettre au bénéfice d'une autorisation de séjour. Il se plaint de la violation de l'art. 50 al. 1 LEtr et de l'art. 8 CEDH. Il demande l'effet suspensif.

La Cour de justice et l'Office de la population et des migrations ont produit les dossiers de la cause.

Par ordonnance du 3 janvier 2018, le Président de la IIe cour de droit public a accordé l'effet suspensif.

Considérant en droit :

1.

Le recourant se plaint de la violation de l'art. 50 al. 1 LEtr ainsi que de l'art. 70 al. 1 de l'ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA; RS 142.201).

1.1. Le conjoint d'un ressortissant suisse ainsi que ses enfants célibataires de moins de 18 ans ont droit à l'octroi d'une autorisation de séjour et à la prolongation de sa durée de validité à condition de vivre en ménage commun avec lui (art. 42 al. 1 LEtr). Après un séjour légal ininterrompu de cinq ans, le conjoint a droit à l'octroi d'une autorisation d'établissement (art. 42 al. 3 LEtr).

Si un étranger quitte la Suisse sans déclarer son départ, l'autorisation de séjour ou d'établissement prend automatiquement fin après six mois. Sur demande, l'autorisation d'établissement peut être maintenue pendant quatre ans (art. 61 al. 2 LEtr). D'après la jurisprudence établie en lien avec l'art. 9 al. 3 let. c de la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE; RS 1 113) abrogée par l'entrée en vigueur de la LEtr (RO 2007 5488), l'autorisation d'établissement (et, a fortiori, l'autorisation de séjour) prend fin lorsque l'étranger séjourne hors de Suisse de manière ininterrompue pendant six mois consécutifs, quels que soient les causes de cet éloignement et les motifs de l'intéressé (ATF 120 Ib 369 consid. 2c p. 372; cf. aussi arrêts 9C 747/2015 du 12 mai 2016 consid. 7.1; 2C 19/2012 du 26 septembre 2012 consid. 4; 2C 43/2011 du 4 février 2011 consid. 2). Cette jurisprudence reste valable sous l'empire de la loi sur les étrangers.

En vertu de l'art. 50 al. 1 LEtr, après dissolution de la famille, le droit du conjoint et des enfants à l'octroi d'une autorisation de séjour et à la prolongation de sa durée de validité en vertu des art. 42 et 43 LEtr subsiste si l'union conjugale a duré au moins trois ans et l'intégration est réussie, ou si la poursuite du séjour en Suisse s'impose pour des raisons personnelles majeures.

Selon l'art. 70 al. 1 OASA, si un étranger est en détention préventive ou placé dans un établissement pénitentiaire, ou s'il doit exécuter des mesures de manière stationnaire ou ambulatoire au sens des art. 59 à 61, 63 ou 64 du code pénal ou être interné dans une institution au sens de l'art. 397a du code civil, sise dans le canton qui lui a octroyé l'autorisation ou dans un autre canton, l'autorisation qu'il a possédée jusqu'alors demeure valable jusqu'à sa libération.

1.2. En l'espèce, la date à laquelle le recourant a quitté la Suisse en 2007 n'est pas connue. Il n'en demeure pas moins que l'autorisation d'établissement du recourant a pris fin au plus tard six mois après sa mise en détention pour six ans le 17 septembre 2007 au Maroc. A cela s'ajoute que le jugement de divorce du recourant a été prononcé le 4 mai 2010, soit trois ans avant sa libération au Maroc le 14 septembre 2013. Il s'ensuit que depuis le 4 mai 2010 et jusqu'à la date de l'arrêt attaqué du 28 novembre 2018, le recourant n'a plus disposé de titre de séjour en Suisse : il n'avait plus d'autorisation d'établissement et n'était plus marié à une ressortissante suisse. C'est par conséquent à bon droit que l'instance précédente a jugé que le recourant ne pouvait pas se fonder sur l'art. 42 LEtr pour obtenir une autorisation de séjour en Suisse et encore moins, a fortiori, sur l'art. 50 al. 1 LEtr, puisque cette disposition exige la préexistence d'une autorisation de séjour fondée sur l'art. 42 LEtr.

1.3. L'objection du recourant qui soutient, d'une part, que, jusqu'au jour du prononcé du divorce le 4 mai 2010, il disposait d'une autorisation de séjour fondée sur l'art. 42 LEtr et, d'autre part, que cette autorisation aurait perdu en vertu de l'art. 70 al. 1 OASA du fait de son incarcération au Maroc, doit être écartée.

Il perd de vue qu'à la date de la fin de validité (automatique) de son autorisation d'établissement, il n'a pas demandé une (nouvelle) autorisation de séjour fondée sur l'art. 42 al. 1 LEtr, de sorte qu'il ne disposait pas d'une autorisation de séjour qui aurait pu perdurer au sens de l'art. 70 OASA.

A cela s'ajoute que l'art. 70 OASA n'a pas vocation à s'appliquer lorsqu'un étranger est en détention préventive ou placé dans un établissement pénitentiaire à l'étranger. En effet, appliquer l'art. 70 OASA au recourant incarcéré à l'étranger reviendrait par le biais d'une disposition réglementaire d'exécution du Conseil fédéral à violer les dispositions légales fédérales de l'art. 61 al. 2 LEtr, qui ne souffrent pas d'autres interprétations que celle rappelée ci-dessus (cf. consid. 1.1) et qui ont conduit, sans égard aux motifs de l'absence à l'étranger, à l'extinction automatique des autorisations, ici d'établissement, du recourant.

En jugeant que le recourant ne pouvait pas se prévaloir de l'art. 50 al. 1 LEtr, l'instance précédente n'a pas violé le droit fédéral.

2.

Le recourant se plaint de la violation de l'art. 8 CEDH.

2.1. Selon la jurisprudence récente (arrêt 2C 821/2016 du 2 février 2018 qui sera publié aux ATF), le parent étranger qui n'a pas l'autorité parentale ni la garde d'un enfant mineur disposant d'un droit durable de résider en Suisse (sur la notion de droit durable : ATF 143 I 21 consid. 5.2 p. 27 et les références citées) et qui possédait déjà une autorisation de séjour en raison d'une communauté conjugale avec une personne de nationalité suisse ou titulaire d'une autorisation d'établissement entre-temps dissoute, ne peut en principe entretenir une relation familiale avec celui-ci que de manière limitée, en exerçant le droit de visite dont il bénéficie. Un droit plus étendu ne peut le cas échéant exister qu'en présence 1) des relations étroites et effectives avec l'enfant d'un point de vue affectif et 2) d'un point de vue économique, 3) de l'impossibilité pratique à maintenir la relation en raison de la distance qui sépare le pays de résidence de l'enfant du pays d'origine de son parent et 4) d'un comportement irréprochable. On ne saurait parler de comportement irréprochable lorsqu'il existe, à l'encontre de l'étranger, des motifs d'éloignement, en particulier si l'on peut lui reprocher un comportement répréhensible sur le plan

pénal ou en regard de la législation sur les étrangers, étant entendu qu'en droit des étrangers, le respect de l'ordre et de la sécurité publics ne se recoupe pas nécessairement avec la violation de dispositions pénales, de sorte que l'appréciation émise par l'autorité de police des étrangers peut s'avérer plus rigoureuse que celle de l'autorité pénale. La jurisprudence a toutefois relativisé cette condition dans des situations spécifiques, non réalisées en l'espèce, notamment lorsque le séjour de l'enfant de nationalité suisse serait mis en cause (ATF 135 I 153 consid. 2.2.1) ou lorsque seule une atteinte de peu d'importance à l'ordre public est reprochée tandis qu'un lien affectif et économique particulièrement fort avec l'enfant est établi (ATF 140 I 143).

2.2. Sous cet angle, il y a lieu de confirmer l'arrêt de l'instance précédente qui a jugé à bon droit que la nature, la gravité et la fréquence des infractions pénales commises par le recourant ne lui permettaient pas de se prévaloir d'un comportement irréprochable au sens de la jurisprudence rappelée ci-dessus. Cette seule circonstance l'emporte largement dans l'examen global de la situation du recourant sur les autres considérations économiques et affectives, qui ne sont du reste pas non plus réunies au sens de la jurisprudence rappelée ci-dessus, le recourant n'ayant jamais accueilli ses enfants chez lui ni passé de journée entière avec eux. C'est à bon droit que l'instance précédente a jugé qu'il ne peut pas se prévaloir du droit à la vie de famille garanti par l'art. 8 CEDH pour obtenir une nouvelle autorisation de séjour en Suisse.

3.

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours. Succombant, le recourant doit supporter les frais de la procédure fédérale (art. 66 al. 1 LTF). Il n'est pas alloué de dépens (art. 68 al. 1 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Un émolument de justice, arrêté à 2'000 fr., est mis à la charge du recourant.

3.

Le présent arrêt est communiqué au recourant, à l'Office de la population et des migrations et à la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre administrative, 1ère section, ainsi qu'au Secrétariat d'Etat aux migrations.

Lausanne, le 15 mai 2018

Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : Seiler

Le Greffier : Dubey