Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2C 397/2008
{T 0/2}

Arrêt du 20 octobre 2008
IIe Cour de droit public

Composition
MM. les Juges Merkli, Président,
Hungerbühler et Donzallaz.
Greffier: M. Dubey.

Parties
X._____, recourant,
représenté par Me Vincent Spira, avocat,

contre

Office cantonal de la population du canton de Genève, route de Chancy 88, case postale 2652,
1211 Genève 2.

Objet
Autorisation de séjour,

recours contre la décision de la Commission cantonale de recours de police des étrangers du canton de Genève du 17 avril 2008.

Faits:

A.
X._____, ressortissant marocain, est né en 1964. Deuxième enfant d'une fratrie de sept garçons et deux filles, il a immigré en France en 1987 et y a épousé en 1988 W._____. Cette union s'est soldée par un divorce l'année suivante. Après des emplois intérimaires, il a trouvé un poste d'électricien en 1989 près de A._____.

En 1994, à la fin d'une période de chômage ayant commencé en 1992, il a fait la connaissance de Y._____, ressortissante suisse née en 1947. Suite à leur mariage le 8 juillet 1994, il a été mis au bénéfice d'une autorisation de séjour qui a été prolongée régulièrement et était valable pour la dernière fois jusqu'au 7 juillet 1998. La demande de renouvellement du 1er juillet 1998 de l'intéressé n'a pas été traitée. Le mariage du 8 juillet 1994 a été dissous par jugement du 14 avril 1999.

A fin 1998, X._____ a fait la connaissance de Z._____, ressortissante suisse née en 1964, dont il est devenu l'amant et dont il a eu un enfant. Le 19 mai 1999, l'intéressé a été incarcéré pour le meurtre de cette dernière.

Par arrêt du 13 septembre 2000, la Cour d'assises a condamné X._____ à dix ans de réclusion pour meurtre ainsi qu'à dix ans d'expulsion judiciaire ferme du territoire suisse. La Cour d'assises a notamment retenu que la victime craignait de se trouver manipulée par son compagnon, éprouvant le sentiment qu'il cherchait à contracter mariage avec elle pour pouvoir rester en Suisse, que celui-ci se serait refusé à contribuer à l'entretien de l'enfant issu de ses oeuvres et qu'il avait été décrit par ses précédentes épouses, qui en ont peur, comme pos-

sessif et menaçant. La Cour d'Assises a aussi retenu qu'au moment des faits, l'intéressé souffrait d'un trouble dépressif récurent, alors sévère, accompagné de symptômes psychotiques, d'une personnalité émotionnellement labile qui restreignait de manière importante sa faculté d'apprécier le caractère illicite de l'acte et de se déterminer. Elle a jugé que le traitement médicamenteux et psychothérapeutique pouvait avoir lieu en milieu carcéral. Le 7 février 2003, la Cour d'assises a, sur recours, réduit la peine à huit ans de réclusion, mais maintenu l'expulsion judiciaire de dix ans. Elle a ensuite suspendu l'exécution de ces peines en vertu de l'art. 43 'ch. 2 du Code pénal et a ordonné
la poursuite du traitement en milieu hospitalier.

Le 29 août 2003, X._____ s'est évadé de la clinique de B._____ où il avait été hospitalisé mais s'est rendu aux autorités de police peu après; il est revenu de Paris sur une base volontaire et a été transféré le 2 septembre 2003 à la prison de C._____, où il est resté jusqu'au 30 octobre 2006.

Par arrêt du 28 juin 2004, la Chambre pénale de la Cour de justice de Genève a confirmé une condamnation à six mois d'emprisonnement prononcée le 5 mars 2004 par la Tribunal de police à l'encontre de l'intéressé pour avoir proféré des menaces de mort envers Linda Y._____ et la fille de celle-ci.

Par arrêt du 29 août 2006, la Chambre pénale de la Cour de justice de Genève a finalement décidé de ne pas prononcer l'internement et ordonné l'exécution de la peine prononcée par la Cour d'assises le 7 février 2003.

Par requête du 10 septembre 2006, l'intéressé a sollicité sa libération conditionnelle. Le 3 octobre 2006, la Commision de libération conditionnelle a ordonné dite libération avec effet au 30 octobre 2006 "moyennant la continuation de sa prise en charge thérapeutique au Maroc selon des conditions à définir" et l'exécution immédiate de la mesure d'expulsion judiciaire du territoire suisse d'une durée de dix ans. Par arrêt du 9 janvier 2007, le Tribunal administratif du canton de Genève a annulé l'expulsion judiciaire immédiate qui ne pouvait plus être exécutée en raison de la modification du code pénal suisse. Le 30 octobre 2006, X._____i a été libéré.

Par décision du 7 juin 2007, l'Office cantonal de population a renoncé à prononcer l'expulsion administrative de l'intéressé; il a cependant refusé de lui délivrer une autorisation de séjour et lui a imparti un délai au 17 août 2007 pour quitter la Suisse. A l'appui de cette décision, l'Office cantonal a retenu qu'il ne pouvait faire valoir aucun droit de séjour, compte tenu notamment du jugement de divorce du 14 avril 1999. Son mariage avait duré moins de cinq ans et la vie commune des époux moins de quatre ans; de plus, aucun enfant n'était issu de cette union. L'intéressé avait gardé des liens étroits avec le Maroc, comme le démon- trait le voyage entrepris par celui-ci avec son amie, en décembre 1998, pour voir sa famille et contracter une promesse de mariage. Sa mère et ses deux soeurs habitaient au Maroc, tandis qu'il n'avait aucune attache familiale prépondérante en Suisse. Sa prise en charge par les services adéquats au Maroc n'était pas exclue. Il constituait en outre un danger pour la sécurité et l'ordre public suisses en raison des condamnations du 7 février 2003 pour meurtre et du 28 juin 2004 pour menaces.

B.
Le 9 juillet 2007, X._____ a recouru contre la décision du 7 juin 2007 auprès de la Commission cantonale de recours de police des étrangers (ci-après: la Commission de recours) en faisant valoir que, selon les experts du Centre Hospitalier Universitaire Vaudois, il ne présentait qu'un faible danger grâce au traitement psychiatrique qu'il suivait et auquel il collaborait activement. En raison de la situation sanitaire qui régnait au Maroc, il ne pourrait plus suivre son traitement, notamment en raison des difficultés chroniques d'approvisionnement en médicaments. Depuis le 19 février 2007, avec l'aide du Service de probation et de réinsertion, il suivait un stage en entreprise auprès de la société D._____ en qualité d'électricien, donnant entière satisfaction tant en ce qui concernait son assiduité au travail que son comportement vis-à-vis de sa hiérarchie et de ses collègues de travail.

Le 11 septembre 2007, X._____ a épousé E._____, ressortissante suisse née en 1963.

Entre octobre et novembre 2007, la Commission de recours a instruit les circonstances du mariage, pour

s'assurer qu'il ne constituait pas un mariage de complaisance, et a constaté qu'il était sincère et sérieusement voulu. Elle a entendu l'intéressé et son épouse, qui souhaitait continuer à vivre à Genève.

C.
Par décision du 17 avril 2008, la Commission de recours a rejeté le recours. Elle a considéré que l'Office cantonal avait refusé à juste titre de renouveler le permis de séjour de l'intéressé de juillet 1998 et novembre 2006 en raison de la dissolution du lien matrimonial qui l'unissait auparavant à Y._____. L'expulsion étant en revanche justifiée en raison de ses antécédents pénaux, aucune autorisation de séjour ne pouvait lui être délivrée. Il résultait d'une appréciation globale de toutes les circonstances que le refus s'avérait proportionné et admissible au regard de la gravité de la faute commise et de l'intérêt public prépondérant en cause. Le refus était donc compatible avec l'art. 8 CEDH. Enfin, le renvoi était exigible et licite, du moment que le Service de l'application des peines et mesures s'était engagé à effectuer les démarches nécessaires pour faciliter le suivi médical de l'intéressé au Maroc.

D.
Agissant par la voie du recours en matière de droit public, X._____ demande au Tribunal fédéral sous suite de frais et dépens, d'annuler de la décision du 17 avril 2008, de lui octroyer une autorisation de séjour, subsidiairement de renvoyer la cause à la Commission de recours pour nouvelle décision au sens des considérants. Il se plaint de la violation des art. 7 de la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE; RS 1 113) ainsi que 8 CEDH et reproche pour l'essentiel à l'autorité intimée d'avoir procédé à une pesée des intérêts incorrecte et d'avoir ainsi violé le principe de la proportionnalité.

La Commission de recours et l'Office cantonal de la population n'ont formulé aucune remarque sur le recours. L'Office fédéral des migrations propose le rejet du recours.

E.
Par ordonnance du Juge présidant la IIe Cour de droit public du 5 juin 2008, la requête d'effet suspensif déposée par l'intéressé a été admise.

Considérant en droit:

1.
La loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr; RS 142.20) est entrée en vigueur le 1er janvier 2008 (RO 2007 5487). En vertu de l'art. 126 al. 1 LEtr, les demandes déposées avant l'entrée en vigueur de la loi sont régies par l'ancien droit. Malgré les termes restrictifs de cette disposition transitoire, l'ancien droit est applicable non seulement aux procédures introduites sur demande avant l'entrée en vigueur de la LEtr, mais aussi à celles engagées d'office. La présente affaire de refus de délivrer une autorisation de séjour doit ainsi être examinée sous l'angle de l'ancienne loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (cf., entre autres, arrêt 2C 32/2008 du 25 avril 2008 consid. 1.2).

2.
2.1 Selon l'art. 83 lettre c ch. 2 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110), le recours en matière de droit public est irrecevable contre les décisions en matière de droit des étrangers qui concernent une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit.

En vertu de l'art. 7 al. 1 LSEE, le conjoint étranger d'un ressortissant suisse a droit à l'octroi et à la prolongation de l'autorisation de séjour. Le recourant est marié à une Suissesse. Son recours est donc recevable sous cet angle.

2.2 Au surplus, interjeté par une partie directement touchée par la décision attaquée et qui a un intérêt digne de protection à son annulation ou sa modification (art. 89 al. 1 LTF), le recours est dirigé contre une décision rendue dans une cause de droit public (art. 82 lettre a LTF) par une autorité cantonale de dernière instance (art. 86 al. 1 lettre d LTF et art. 3 al. 1 de la loi d'application du 16 juin 1988 de la loi fédérale sur le séjour et

l'établissement des étrangers; RS/GE F 2 10). Déposé dans le délai (art. 100 al. 1 LTF) et la forme (art. 42 LTF) prévus par la loi, il est en principe recevable.

2.3 D'après l'art. 99 al. 1 LTF, aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté, à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente (al. 1). La décision attaquée ayant été rendue le 17 avril 2008, les documents datés des 29 avril, 4 mai et 14 mai 2008 dont le recourant se prévaut à l'appui de ses conclusions sont par conséquent des faits nouveaux irrecevables.

3.
3.1 Le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Il n'est donc limité ni par les arguments du recourant ni par la motivation de l'autorité précédente. Par ailleurs, le Tribunal fédéral fonde en principe son raisonnement juridique sur les faits retenus par l'autorité précédente (cf. art. 105 al. 1 LTF). Selon l'art. 97 al. 1 LTF, le recours peut critiquer les constatations de fait à la double condition que les faits aient été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF et que la correction du vice soit susceptible d'influer sur le sort de la cause, ce que le recourant doit rendre vraisemblable par une argumentation répondant aux exigences des art. 42 al. 2 et 106 al. 2 LTF (cf. ATF 133 II 249 consid. 1.4.3 p. 254 s.).

3.2 La Commission de recours a constaté que le recourant pouvait être mis au bénéfice d'un suivi médicamenteux et psychologique de la dépression au Maroc avec l'aide du Service de l'application des peines et mesures et du soutien de son épouse en ce qui concerne la fourniture de médicaments. Ce suivi était d'une qualité certes inférieure aux soins dispensés en Suisse mais suffisante. Dans la mesure où le recourant substitue sa perception des ressources sanitaires du Maroc à celle de la Commission de recours, il s'en prend à la constatation des faits. Comme il n'expose pas en quoi les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF, son grief est irrecevable, parce qu'il ne répond pas aux exigences de motivation des art. 97 al.1 et 106 al. 2 LTF.

4.
Le recourant considère que la Commission de recours a adopté un comportement contradictoire qui heurte le sentiment d'équité en renonçant à prononcer une expulsion au profit d'un refus d'octroyer un permis.

L'argument est difficilement compréhensible. En effet, dans la mesure où le recourant n'avait plus d'autorisation de séjour en Suisse avant son mariage avec une ressortissante suisse le 11 septembre 2007, son premier mariage avec une ressortissante suisse ayant été dissous par jugement du 14 avril 1999, on ne discerne pas en quoi la Commission de recours serait tombée dans l'arbitraire en refusant de délivrer une autorisation sur la base de l'art. 7 al. 1 LSEE plutôt qu'en prononçant une expulsion en application de l'art. 10 al. 1 lettre a LSEE.

5.
5.1 Selon l'art. 7 al. 1 LSEE, le conjoint étranger d'un ressortissant suisse a droit à l'octroi et à la prolongation de l'autorisation de séjour; après un séjour régulier et ininterrompu de cinq ans, il a droit à l'autorisation d'établissement; ce droit s'éteint lorsqu'il existe un motif d'expulsion.

5.2 D'après l'art. 10 al. 1 LSEE, l'étranger peut être expulsé de Suisse notamment s'il a été condamné par une autorité judiciaire pour crime ou délit (lettre a). L'expulsion suppose toutefois une pesée des intérêts en présence ainsi que l'examen de la proportionnalité de la mesure (cf. art. 11 al. 3 LSEE; cf. ATF 130 II 176 consid. 3.3.4 p. 182; 120 Ib 6 consid. 4a p. 12 s.).

De même, le droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'art. 8 par. 1 CEDH n'est pas absolu. Une ingérence dans l'exercice de ce droit est possible selon l'art. 8 par. 2 CEDH, pour autant qu'elle soit prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Il y a donc également lieu de procéder à une pesée des intérêts en présence sous cet angle (cf. ATF 125 II 521 consid. 5 p. 529; 120 Ib 129 consid. 4b p. 131, 22 consid. 4a p. 24 s.).

Pour apprécier ce qui est équitable, l'autorité tiendra notamment compte de la gravité de la faute commise par l'étranger, de la durée de son séjour en Suisse et du préjudice qu'il aurait à subir avec sa famille du fait de l'expulsion (cf. art. 16 al. 3 RSEE). Lorsque le motif de l'expulsion est la commission d'un délit ou d'un crime, la peine infligée par le juge pénal est le premier critère servant à évaluer la gravité de la faute et à peser les intérêts. Une condamnation à deux ans de privation de liberté constitue la limite à partir de laquelle, en général, il y a lieu de refuser une autorisation de séjour du conjoint étranger d'un ressortissant suisse, du moins quand il s'agit d'une demande d'autorisation initiale ou d'une requête de prolongation déposée après un séjour de courte durée (ATF 134 II 10 consid. 4.3 p. 23; 130 II 176 consid. 4.1 p. 185; 120 Ib 6 consid. 4b p. 14). La durée de présence en Suisse d'un étranger constitue un autre critère important; plus la durée de ce séjour aura été longue, plus les conditions pour prononcer l'expulsion administrative doivent être appréciées restrictivement. On tiendra en outre particulièrement compte, pour apprécier la proportionnalité de la mesure, de l'intensité des liens de
l'étranger avec la Suisse et des difficultés de réintégration dans son pays d'origine (cf. ATF 130 II 176 consid. 4.4.2 p. 190; 125 II 521 consid. 2b p. 523 s.; 122 II 433 consid. 2c p. 436). Toutefois, il existe un intérêt public prépondérant à expulser des étrangers qui ont en particulier commis des actes de violence ou d'ordre sexuel d'une certaine gravité ou des infractions graves à la loi fédérale sur les stupéfiants, même lorsque ces étrangers vivent en Suisse depuis de nombreuses années. En pareille cas, seules des circonstances exceptionnelles permettent de faire pencher la balance des intérêts en faveur de l'étranger (ATF 122 II 433 consid. 2c p. 436).

5.3 Bien qu'il ne puisse pas revoir la décision du point de vue de l'opportunité, le Tribunal fédéral contrôle néanmoins librement, sous l'angle de la violation du droit fédéral, si les autorités cantonales ont correctement mis en oeuvre les critères prévus par les dispositions du droit fédéral susmentionnées et en particulier si, à la lumière desdits critères, l'expulsion s'avère ou non proportionnée. Le Tribunal fédéral s'abstient cependant de substituer sa propre appréciation à celle des autorités cantonales (ATF 125 II 521 consid. 2a p. 523; 105 consid. 2a p. 107; 122 II 433 consid. 2a p. 435).

6.
6.1 En l'espèce, le recourant a été condamné une première fois à huit ans de réclusion, puis une deuxième fois à six mois d'emprisonnement par les autorités pénales genevoises. Dans ces conditions, il ne fait pas de doute que le motif d'expulsion de l'art. 10 al. 1 lettre a LSEE est réalisé. Il convient donc d'examiner si, en confirmant le refus d'octroyer une autorisation de séjour au recourant pour ce motif, la décision attaquée a correctement tenu compte des intérêts en présence et si elle a respecté le principe de la proportionnalité. Le fait que le mariage du 11 septembre 2007 ait été considéré comme sincère par la Commission de recours n'empêche en effet pas l'extinction du droit à l'octroi d'une autorisation de séjour lorsque les conditions de l'art. 7 al. 1 LSEE sont remplies.

6.2 La Commission de recours a retenu que le recourant, dont la responsabilité était restreinte au moment des faits, avait été condamné à huit ans de réclusion pour le meurtre en mai 1999 de l'amie dont il avait eu un enfant. Il s'agit d'une condamnation qui conduit en principe à refuser l'octroi d'une autorisation de séjour au conjoint étranger d'un ressortissant suisse. La gravité des faits à l'origine de la condamnation est telle que le refus de principe s'applique quand bien même il ne s'agit pas à proprement parler d'une demande initiale ou d'une requête de prolongation après un séjour de courte durée.

Le risque de récidive n'est au surplus pas exclu, contrairement à ce qu'affirme le recourant, en s'appuyant sur l'expertise rendue le 11 juillet 2006. Selon cette expertise en effet, un risque de rechute existe en cas d'arrêt du traitement ou en cas de circonstances dans la vie affective de ce dernier analogues à celles qu'il avait connues en 1998. Or force est de constater que, malgré le traitement médicamenteux auquel il avait été soumis, l'intéressé a proféré en 2004 des menaces de mort à l'encontre de son ex-épouse et de la fille de celle-ci pour lesquelles il a été condamné à une peine d'emprisonnement de six mois.

Il apparaît ainsi que le recourant représente un danger important pour l'ordre et la sécurité publiques. A cet égard, il convient de rappeler que la libération conditionnelle prononcée le 3 octobre 2006 par la Commission

ad hoc n'est pas décisive pour apprécier le caractère dangereux pour l'ordre public de celui qui en bénéficie, les autorités de la police des étrangers étant libres de tirer leur propres conclusions (ATF 130 II 488 consid. 4.2 p. 500).

Au vu de ce qui précède, par conséquent, seules des circonstances exceptionnelles permettraient de faire pencher la balance des intérêts en faveur du recourant.

6.3 Le recourant fait valoir qu'il vit en Suisse depuis plus de quatorze ans et qu'il y a des amis très proches ainsi que sa belle-famille. Il fait aussi valoir qu'il effectue un stage en tant qu'électricien dans une entreprise grâce à l'entremise du Service de probation.

Ces éléments ne sont pas exceptionnels au point de faire pencher la balance en faveur de l'intéressé. En effet, eu égard à la sévère condamnation qui lui a été infligée pour actes de violence portant atteinte à l'intégrité corporelle, le recourant ne peut par principe pas se prévaloir de la durée de son séjour en Suisse. A supposer qu'il faille en tenir compte, cette durée devrait être relativisée du moment que le recourant a été privé de liberté durant plus de la moitié de cette période. Pour le surplus, comme l'a retenu à juste titre la Commission de recours, même si le recourant a retrouvé du travail avec l'aide du Service de probation, un retour au pays où il a vécu jusqu'à l'âge de vingt-trois ans, où il a acquis son certificat de capacité professionnelle, exercé sa profession et où il a encore sa mère et ses soeurs avec qui il a gardé un contact régulier et dont son épouse a fait connaissance n'est pas insurmontable.

6.4 Le recourant estime que l'autorité intimée n'a pas tenu suffisamment compte de son récent mariage avec une Suissesse, qui n'envisage pas de vivre au Maroc. S'il est certes difficile d'imposer à son épouse suisse de vivre au Maroc, cette circonstance ne fait pas pour autant obstacle au refus de délivrer une autorisation de séjour, du moment que cette dernière connaissait parfaitement l'interdiction de séjour qui avait été prononcée contre le recourant avant de se marier. Elle devait s'attendre à ce que les décisions prises à l'encontre de son futur mari soient exécutées et décider si elle voulait s'en accommoder, c'est-à-dire ne pas pouvoir vivre cette union en Suisse.

En conclusion, la Commission de recours a correctement appliqué les critères pertinents pour évaluer si le refus d'octroyer le permis de séjour au recourant malgré son mariage avec une ressortissante suisse était proportionné et conforme aux exigences de l'art. 8 CEDH. En prononçant ce refus, elle n'a en outre pas abusé de son pouvoir d'appréciation.

7.
Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours dans la mesure où il est recevable.

Succombant, le recourant doit supporter les frais judiciaires (art. 65 et 66 al. 1 LTF). Il n'a pas droit à des dépens (art. 68 al. 1 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.
Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.
Les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., sont mis à la charge du recourant.

3.
Le présent arrêt est communiqué au mandataire du recourant, à l'Office cantonal de la population et à la Commission cantonale de recours de police des étrangers du canton de Genève, ainsi qu'à l'Office fédéral des migrations.

Lausanne, le 20 octobre 2008
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le Président: Le Greffier:

Merkli Dubey