Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2C 1062/2015

{T 0/2}

Arrêt du 21 décembre 2015

IIe Cour de droit public

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

Participants à la procédure
A.X._____,
représenté par Me Daniel Kinzer, avocat,
recourant,

contre

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

Objet
Autorisation de séjour,

recours contre l'arrêt de la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre administrative, 2ème section, du 3 novembre 2015.

Faits :

A.
A.X._____, né en décembre 1993, ressortissant bolivien, a vécu jusqu'à l'âge de 6 ans en Bolivie avec sa mère, B.X._____, puis a été confié à sa grand-mère lors du départ de celle-là pour la Suisse. En 2005, il a quitté la Bolivie pour rejoindre sa mère et sa soeur, la famille ne disposant toutefois d'aucun titre de séjour en Suisse.

Le 4 avril 2012, B.X._____ a déposé auprès de l'office cantonal de la population et des migrations du canton de Vaud, en son nom et pour le compte de ses enfants, une demande d'autorisation de séjour. Le 23 juillet 2012, l'Office cantonal a informé A.X._____ qu'il entendait refuser la demande d'autorisation de séjour le concernant, sa situation ne présentant pas un cas de détresse personnelle au regard de la procédure pénale, pour des faits graves, ouverte à son encontre, et l'invitait à se déterminer à ce sujet. Le 14 septembre 2012, A.X._____ a soutenu que sa situation du point de vue du droit des étrangers ne pouvait être appréciée qu'à l'issue de la procédure pénale, de sorte qu'il requérait la suspension de la cause dans cette attente.

Par jugement du 25 février 2013, également notifié à l'Office cantonal de la population et des migrations, le Tribunal correctionnel a reconnu A.X._____ coupable de lésions corporelles graves et de lésions corporelles simples aggravées et l'a condamné à une peine privative de liberté de trente mois.

Au mois de mars et de mai 2013, l'Office cantonal de la population et des migrations a délivré à B.X._____ et sa fille une autorisation de séjour pour cas d'extrême gravité.

Par arrêt du 28 octobre 2013, la Cour de justice a admis l'appel pénal du Ministère public et rejeté l'appel de Lisdro A.X._____, le reconnaissant coupable de tentative de meurtre par dol éventuel, et le condamnant à une peine privative de liberté de quatre ans. Le 11 novembre 2013, le Ministère public a transmis copie de cet arrêt à l'Office cantonal de la population et des migrations.

Par décision du 21 mars 2014, l'Office cantonal de la population et des migrations a refusé d'octroyer à A.X._____ un titre de séjour et a prononcé son renvoi de Suisse. Le 23 avril 2014, A.X._____ a recouru auprès du Tribunal administratif de première instance contre cette décision. Il a soutenu en particulier que son droit d'être entendu avait été violé, puisque la décision de l'Office cantonal de la population et des migrations avait été rendue sans qu'il ait pu s'exprimer au sujet de l'arrêt rendu par la chambre pénale d'appel, la procédure administrative n'ayant au demeurant pas été suspendue malgré sa demande.

Par jugement du 23 septembre 2014, le Tribunal administratif de première instance a rejeté le recours de A.X._____.

Le 27 octobre 2014, A.X._____ a recouru auprès de la Cour de justice du canton de Genève contre ce jugement. Le 11 mars 2015, le juge délégué a procédé à l'audition de A.X._____.

B.
Par arrêt du 3 novembre 2015, la Cour de justice du canton de Genève a rejeté le recours que A.X._____ a déposé contre le jugement rendu le 23 septembre 2014 par le Tribunal administratif de première instance. Elle a écarté le grief de violation du droit d'être entendu au motif que, lorsqu'une partie est représentée par un avocat, le droit de réplique n'impose pas à l'autorité de fixer un délai à la partie pour déposer de nouvelles observations. Les conditions de l'art. 30 al. 1 let. b LEtr pour déroger aux conditions d'admission n'étaient pas remplies.

C.
Agissant par la voie du recours en matière de droit public et celle subsidiaire du recours constitutionnel, A.X._____ demande au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, d'annuler l'arrêt rendu le 3 novembre 2015 par la Cour de justice du canton de Genève. Il se plaint de la violation de l'art. 29 al. 2 Cst. et de l'art. 8 CEDH ainsi que de l'application arbitraire de l'art. 30 al. 1 let. b LEtr. Il demande le bénéfice de l'assistance judiciaire.

Par ordonnance du 30 novembre 2015, le Président de la IIe Cour de droit public du Tribunal fédéral a rejeté les requêtes d'effet suspensif et de mesures provisionnelles.

Le 16 décembre 2015, l'intéressé a déposé un complément au recours.

Il n'a pas été ordonné d'échange des écritures.

Considérant en droit :

1.

1.1. En application de l'art. 83 let. c ch. 2 LTF, le recours 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. Le recourant se prévaut de l'art. 8 CEDH.

Un étranger peut invoquer la protection de la vie familiale découlant de l'art. 8 CEDH et 13 Cst. à condition qu'il entretienne une relation étroite et effective (cf. ATF 131 II 265 consid. 5 p. 269) avec une personne de

sa famille ayant le droit de résider durablement en Suisse, ce qui suppose que cette personne ait la nationalité suisse, une autorisation d'établissement en Suisse ou un droit certain à une autorisation de séjour en Suisse (cf. ATF 135 I 143 consid. 1.3.1 p. 145 s.; 130 II 281 consid. 3.1 p. 285). En l'espèce, la mère et la soeur du recourant, qui au demeurant est majeur, ne disposent pas d'un droit de séjour durable en Suisse de sorte que celui-ci ne peut pas se prévaloir de manière soutenable de l'art. 8 CEDH.

1.2. Selon l'art. 83 let. c ch. 5 LTF, le recours est également irrecevable contre les décisions en matière de droit des étrangers ou qui concernent une dérogation aux conditions d'admission parmi lesquelles figurent celles qui concernent les cas individuels d'une extrême gravité de l'art. 30 al. 1 let. b LEtr, dont la formulation potestative (”peut”) ne leur confère du reste aucun droit.

1.3. Il s'ensuit que le recours en matière de droit public est irrecevable.

2.

2.1. Seule demeure ouverte la voie du recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 ss LTF) pour violation des droits constitutionnels (art. 116 LTF). La qualité pour former un recours constitutionnel subsidiaire suppose toutefois un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée (art. 115 let. b LTF). Comme le recourant ne peut se prévaloir d'aucune norme du droit fédéral ou du droit international lui accordant un droit à une autorisation de séjour (cf. consid. 1 ci-dessus) et qu'il ne peut pas se prévaloir de manière indépendante de la violation de l'interdiction de l'arbitraire, il n'a pas sous cet angle une position juridique protégée qui lui confère la qualité pour agir au fond (ATF 133 I 185).

2.2. Même s'il n'a pas qualité pour agir au fond, le recourant peut se plaindre par la voie du recours constitutionnel subsidiaire de la violation de ses droits de partie équivalant à un déni de justice formel (cf. ATF 129 I 217 consid. 1.4 p. 222), pour autant qu'il ne s'agisse pas de moyens ne pouvant être séparés du fond (cf. ATF 133 I 185 consid. 6. p. 198 s.; 114 Ia 307 consid. 3c p. 312 s.). Invoquant l'art. 29 al. 2 Cst., le recourant se plaint de manière recevable de la violation de son droit d'être entendu.

3.

3.1. Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. comprend notamment le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influer sur la décision à rendre (ATF 135 I 279 consid. 2.3 p. 282).

3.2. En l'espèce, c'est à bon droit que le recourant se plaint de la violation de son droit d'être entendu. L'autorité intimée devait lui donner l'occasion de s'exprimer sur le jugement pénal du 25 février 2013 ainsi que sur le jugement en appel pénal du 28 octobre 2013 avant de rendre la décision du 21 mars 2014. L'opinion de l'instance précédente, qui estime que, comme le recourant était représenté par un avocat, le droit de réplique n'imposait pas à l'autorité de lui fixer un délai pour déposer de nouvelles observations, ne peut pas être suivie. Le droit de réplique concerne le droit de s'exprimer sur les documents et les actes déposés par les parties à la procédure avant que ne soit rendue une décision. En l'espèce, les jugements pénaux ne provenaient pas des parties à la procédure de droit des étrangers, mais d'une autre instance judiciaire. C'est donc à tort que l'instance précédente a jugé que l'on pouvait attendre du mandataire professionnel qu'il dépose spontanément des observations sur les actes pénaux en cause, d'autant moins que l'autorité intimée n'avait pas donné de réponse à la demande de suspension de la procédure requise le 14 septembre 2012 par le mandataire du recourant. Le constat de violation de l'art. 29 al.
2 Cst. n'emporte toutefois pas l'admission du recours constitutionnel subsidiaire.

4.

4.1. Le Tribunal fédéral admet à certaines conditions la possibilité de réparer après coup une violation du droit d'être entendu, en particulier lorsque la décision entachée est couverte par une nouvelle décision qu'une autorité supérieure - jouissant d'un pouvoir d'examen au moins aussi étendu - a prononcée après avoir donné à la partie lésée la possibilité d'exercer effectivement son droit d'être entendu (ATF 135 I 279 consid. 2.6.1 p. 285; 133 I 201 consid. 2.2 p. 204; 118 Ib 111 consid. 4b p. 120/121; 116 Ia 94 consid. 2 p. 95).

4.2. En l'espèce, la décision du 21 mars 2014 est couverte par le jugement du Tribunal administratif de première instance et par l'arrêt de la Cour de justice qui jouissent d'un pouvoir d'examen libre en fait comme en droit de la cause. A cela s'ajoute que le recourant a eu l'occasion de s'exprimer oralement devant la Cour de justice. Il s'ensuit que la violation du droit d'être entendu du recourant a été réparée après coup.

5.
Les considérants qui précèdent conduisent à l'irrecevabilité du recours en matière de droit public et au rejet du recours constitutionnel subsidiaire dans la mesure où il est recevable. Le recours n'étant pas d'emblée dénué de chance de succès et le recourant étant indigent, la requête d'assistance judiciaire est admise. Il y a lieu de désigner Me Daniel Kinzer comme défenseur d'office et de fixer ses honoraires, qui seront supportés par la Caisse du Tribunal fédéral (art. 64 al. 2 LTF). Le recourant est en outre dispensé des frais judiciaires (art. 64 al. 1 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.
Le recours en matière de droit public est irrecevable.

2.
Le recours constitutionnel subsidiaire est rejeté dans la mesure où il est recevable.

3.
La requête d'assistance judiciaire est admise; Me Daniel Kinzer est nommé comme défenseur d'office; une indemnité, arrêtée à 2'000 fr., lui est allouée à titre d'honoraires, à payer par la caisse du Tribunal fédéral.

4.
Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

5.
Le présent arrêt est communiqué au mandataire du recourant, à l'Office cantonal de la population et des migrations du canton de Genève, à la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre administrative, 2ème section, ainsi qu'au Secrétariat d'Etat aux migrations.

Lausanne, le 21 décembre 2015
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : Zünd

Le Greffier : Dubey