

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4279/2008-PE

ATA/26/2010

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 19 janvier 2010

dans la cause

Monsieur K_____

représenté par Me François Tavelli, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION

Recours contre la décision de la commission cantonale de recours en matière administrative du 23 juin 2009 (DCCR/647/2009)

EN FAIT

1. Monsieur K_____, né le _____ 1975, est ressortissant du Bénin.
2. Il est arrivé en Suisse en octobre 1998. Porteur d'un baccalauréat, il s'est immatriculé à l'Université de Genève à la faculté des sciences économiques et sociales et il a de ce fait obtenu une autorisation de séjour aux fins d'études.

Le 14 septembre 1999, il s'est inscrit à la Haute Ecole de Gestion de Genève (ci-après : HEG). Il en a cependant été radié le 19 novembre 2009 du fait qu'il ne fréquentait pas les cours.
3. Le 3 février 2000, M. K_____ a été interpellé pour avoir conduit un véhicule automobile alors qu'il était sous le coup d'une interdiction de faire usage de son permis de conduire étranger. A raison de ces faits, il a été condamné, par ordonnance du Procureur général du 5 juillet 2000 (P/3062/2000), à la peine de dix jours d'arrêts assortie du sursis.
4. Le 12 mai 2000, M. K_____ a épousé à Genève, Madame K_____, ressortissante suisse, née le _____ 1975. Il a ainsi été mis au bénéfice d'une autorisation de séjour au titre de regroupement familial.
5. A teneur du dossier, Mme K_____ a mis au monde, le 22 août 2002 un enfant mort-né et elle a ensuite souffert d'une grave dépression.
6. Le 5 août 2003, Mme K_____ a donné naissance à un fils, prénommé F_____.
7. Le 29 novembre 2003, M. K_____ a été interpellé pour avoir circulé en état d'ébriété.
8. Le 1^{er} janvier 2004 selon Mme K_____, et le 1^{er} février 2004 selon M. K_____, le couple s'est séparé. Mme K_____ s'était montrée violente à l'égard de son mari. Souffrant toujours de dépression, elle a absorbé le 26 janvier 2004 une forte quantité de médicaments et elle a été hospitalisée d'urgence.

M. K_____ a déposé le 10 février 2004, une requête auprès du Tribunal de première instance de Genève (ci-après : TPI) tendant à l'octroi de mesures préprovisionnelles urgentes sur mesures protectrices. Le 27 février 2004, de telles mesures ont été octroyées et la garde de l'enfant a été attribuée à Mme K_____ alors que M. K_____ était condamné à payer CHF 400.- par mois pour l'entretien de sa famille, allocations familiales non comprises. Un droit de visite lui était réservé à raison d'un jour par semaine.

9. Le 29 avril 2004, M. K_____ a fait l'objet d'une ordonnance de condamnation du Procureur général (P/19273/2003) pour les faits précités du 29 novembre 2003 à Genève, à la peine de cinq jours d'emprisonnement assortie du sursis.

10. Interpellée par l'office cantonal de la population (ci-après : OCP), Mme K_____ a répondu à celui-ci le 22 novembre 2004, suite à l'annonce qu'elle avait faite d'un domicile séparé de chacun des époux depuis le 1^{er} janvier 2004, qu'elle n'envisageait pas une reprise de la vie commune et qu'elle souhaitait divorcer le plus rapidement possible. Elle a néanmoins précisé que son mari respectait le droit de visite qui lui avait été octroyé et qu'il s'acquittait régulièrement de la pension alimentaire due.

Quant à M. K_____, il a précisé à l'intention de l'OCP, le 2 décembre 2004, les circonstances dans lesquelles la séparation du couple était intervenue. Il espérait que la crise se résoudrait.

11. Au vu de la situation, l'OCP a prié le service de protection de la jeunesse (ci-après : SPJ) d'émettre un préavis, selon la requête qui lui a été adressée en ce sens le 12 janvier 2005.

12. Aux termes d'un rapport daté du 7 mars 2005, un collaborateur du SPJ a indiqué avoir rencontré séparément, une fois la mère et à deux reprises le père de l'enfant. Par ailleurs, le SPJ avait été mandaté le 19 mai 2004 par le TPI afin d'effectuer une évaluation sociale de cette famille. Le 16 juillet 2004, le SPJ avait adressé son rapport au TPI en donnant un préavis positif au maintien des mesures préprovisionnelles urgentes précitées. Il proposait également que ce droit de visite soit élargi progressivement, au fur et à mesure que l'enfant grandirait. Le père pourrait ainsi commencer à prendre son fils des week-ends à partir du début de l'année 2005, puis dès 2006, à raison d'une ou deux semaines de vacances pour arriver en 2007, au droit de visite usuel d'un week-end sur deux et la moitié des vacances scolaires.

Néanmoins, lors du premier week-end au cours duquel M. K_____ avait été autorisé à prendre son fils alors âgé d'une année et demie, l'enfant avait été confié aux soins de sa propre mère à Genève. M. K_____ avait fait dormir son fils chez son frère et le même soir, était lui-même allé danser. Selon le rapport du SPJ, M. K_____ n'était pas encore conscient de l'importance à accorder à son fils qui dormait cette nuit-là pour la première fois en dehors de son domicile usuel. L'éventuel élargissement du droit de visite devrait s'accompagner d'une mesure de curatelle ; le maintien des relations personnelles entre l'enfant et son père était préavisé favorablement. Le père contribuait correctement à l'entretien de l'enfant et ce dernier profitait des rencontres avec son papa. Un éloignement prolongé d'avec celui-ci, s'il devait quitter la Suisse, risquerait de perturber sérieusement le développement et la personnalité de l'enfant.

13. Le 23 mai 2005, l'OCP a informé M. K_____ qu'il pourrait refuser le renouvellement de son autorisation de séjour puisque son mariage n'existait que formellement. Compte tenu du préavis du SPJ et du bien de l'enfant, ressortissant suisse, l'OCP était néanmoins disposé à lui délivrer une nouvelle autorisation de séjour, sous réserve de l'approbation de l'office fédéral des migrations (ci-après : ODM).
14. Par ordonnance du Procureur général du 29 août 2005, M. K_____ a été condamné à la peine de quinze jours d'emprisonnement avec sursis en raison d'injures et de violences et menaces envers des fonctionnaires de police commises le 7 mars 2005 (P/5270/05). Cette ordonnance est devenue définitive et exécutoire.
15. Le 14 septembre 2005, l'ODM a approuvé la poursuite du séjour de M. K_____ par application de 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), son fils, de nationalité suisse par sa mère, habitant dans ce pays.
16. Le 13 décembre 2005, l'OCP a adressé un avertissement à M. K_____ en raison du fait qu'il avait fait l'objet d'une nouvelle ordonnance de condamnation le 29 août 2005, comme indiqué ci-dessus. Il serait souhaitable que de tels actes ne lui soient plus reprochés, faute de quoi, des sanctions administratives pourraient être prononcées à son encontre.
17. Par jugement du 24 mai 2006, entré en force le 29 juin 2006, le TPI a prononcé le divorce des époux K_____. Il a attribué la garde sur l'enfant à Mme K_____ et condamné le père à verser une pension alimentaire en faveur de l'enfant.
18. Le 19 juin 2006, M. K_____ a présenté à l'OCP une demande de renouvellement de son permis B.
19. Le 31 octobre 2006 le Tribunal correctionnel du canton de Vaud a condamné M. K_____ à la peine de trois ans d'emprisonnement pour infraction grave à la loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951 (LStup - RS 812.121) avec les circonstances aggravantes de la quantité importante de drogue et de la bande.

En janvier 2006, il avait importé 320 grammes de cocaïne contenus dans une quarantaine de capsules qu'il avait ingurgitées à Cotonou avant de revenir en avion en Suisse. De la même manière, il avait ingurgité soixante-quatre capsules contenant chacune une dizaine de grammes de cocaïne à Cotonou avant de prendre l'avion à Lomé et d'être interpellé à son arrivée à l'aéroport de Cointrin, le 10 février 2006.

De plus, M. K_____ a fait l'objet d'une expulsion du territoire suisse pour une durée de sept ans, assortie du sursis. Il donnait l'impression d'avoir pris conscience de la gravité de ses actes, paraissait ne pas avoir de mauvais rapports avec son ex-épouse et il avait un fils vivant en Suisse, de même que ses deux frères et sa mère.

Les sursis accordés précédemment par le Procureur général du canton de Genève par ordonnances de condamnation des 29 avril 2004 et 29 août 2005 étaient toutefois révoqués, compte tenu de la gravité de ce trafic de cocaïne.

20. Ce jugement a été confirmé par la Cour de cassation du canton de Vaud le 7 décembre 2006.
21. Le 16 octobre 2007, l'OCP a informé M. K_____ qu'il avait l'intention de ne pas renouveler son autorisation de séjour au vu de la condamnation précitée du 31 octobre 2006, définitive et exécutoire. Un délai de trente jours lui était imparti pour faire valoir ses observations.
22. Le 31 octobre 2007, par l'intermédiaire de son avocat, M. K_____ a fait valoir que, depuis 1998, toutes ses attaches étaient en Suisse : son fils, son amie, Mme S_____, son ex-femme, sa mère et ses deux frères. Il voyait régulièrement son enfant.
23. Le 23 février 2008, le juge d'application des peines du canton de Vaud a libéré M. K_____ à titre conditionnel avec un délai d'épreuve jusqu'au 1^{er} mars 2009, le solde de peine étant d'un an et six jours. L'intéressé devait pendant cette période se soumettre à des contrôles réguliers d'abstinence à l'alcool.
24. Le 4 juillet 2008, à la requête de l'OCP, le conseil de M. K_____ a précisé que ce dernier entretenait les meilleurs rapports avec son fils, auquel il était très attaché. Malheureusement, il n'était pas en mesure de contribuer à l'entretien de celui-ci car il recevait des indemnités de chômage s'élevant à CHF 2'300.- par mois, mais devait s'acquitter d'un loyer de CHF 925.- et d'une prime d'assurance maladie de CHF 382.- par mois.

Le Scarpa avançait cette pension à la mère de l'enfant, comme celle-ci l'avait confirmé dans un courrier du 1^{er} juillet 2008.
25. Le 28 juillet 2008, M. K_____ a été arrêté dans le canton de Vaud suite à une altercation et une conduite en état d'ébriété. A raison de ces faits, il a fait l'objet d'une ordonnance de condamnation du juge vaudois du 30 octobre 2008 à la peine de quarante jours-amende. Il a été renoncé à la révocation de la libération conditionnelle.
26. Le 22 octobre 2008 à Genève, M. K_____ a été interpellé pour avoir conduit alors qu'il faisait l'objet d'une décision de retrait de permis et qu'il avait

heurté l'arrière de la voiture qui se trouvait devant lui et qui était conduite par Mme D_____.

De plus, il faisait l'objet d'une mesure de retrait de permis de conduire et avait commis un faux dans les certificats en ayant produit la photocopie du permis de conduire de son frère.

Pour ces faits du 22 octobre 2008 il a été condamné le 21 janvier 2009 par ordonnance de condamnation du Procureur général (P/17144/2008) à la peine de trente jours-amende et à une amende de CHF 500.-.

27. Le 14 janvier 2009, M. K_____ a été interpellé par la police pour avoir conduit sous retrait et il a été condamné le 25 mars 2009 par ordonnance de condamnation du Procureur général (P/2237/09) à la peine de vingt jours-amende et à une amende de CHF 200.-.
28. Enfin, le 16 juillet 2009, M. K_____ a une nouvelle fois conduit alors qu'il faisait l'objet d'une mesure d'interdiction de conduire et il a été condamné le 28 août 2009, aux termes d'une ordonnance de condamnation définitive et exécutoire, (P/13237/09) à trente-cinq jours-amende.
29. Dans l'intervalle, l'OCP a refusé, par décision du 24 octobre 2008 déclarée exécutoire nonobstant recours, de renouveler l'autorisation de séjour sollicitée le 19 juin 2006 par M. K_____. Celui-ci ayant été condamné pour crime, il ne pouvait plus se prévaloir de l'art. 8 CEDH pour demeurer en Suisse au titre du regroupement familial, l'ordre et la sécurité publics suisses pouvant dans un tel cas primer l'intérêt de l'étranger à rester dans ce pays. Cette décision comportait également un délai de départ fixé au 4 janvier 2009.
30. Saisie d'un recours, la commission cantonale de recours de police des étrangers a admis la restitution de l'effet suspensif par décision présidentielle du 5 décembre 2008.
31. Les compétences de ladite commission ayant été reprises depuis le 1^{er} janvier 2009 par la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : CCRA), celle-ci a, par décision du 23 juin 2009, rejeté le recours, confirmant ainsi la décision de l'OCP du 24 octobre 2008. Certes, M. K_____ avait produit des lettres de soutien d'un pasteur de l'Eglise baptiste, la preuve qu'il s'acquittait de la pension alimentaire due en faveur de son fils ainsi qu'une copie du permis d'établissement de Mme S_____, ressortissante suisse qu'il se proposait d'épouser. Par ailleurs, il avait une amie, Mme E_____, chez laquelle il se rendait de temps en temps avec son fils. Sur le plan professionnel, il avait eu de la peine à retrouver un emploi, n'étant pas certain d'obtenir un permis de travail ; il avait reçu des indemnités de chômage et, en dernier lieu, le RMCAS.

En l'espèce, l'imminence du mariage avec Mme S_____ n'était pas établie et cette circonstance ne permettait pas au recourant de se prévaloir de cette relation pour obtenir une autorisation de séjour.

32. Par acte posté le 31 juillet 2009, M. K_____ a recouru auprès du Tribunal administratif contre cette décision qu'il avait reçue le 3 juillet 2009. Il considérait que l'autorité s'était manifestement trompée en renonçant à examiner la question des liens affectifs avec son fils. Il avait des relations suivies avec celui-ci. Il serait humainement intolérable qu'il doive quitter la Suisse car il ne pourrait plus voir son enfant s'il devait retourner au Bénin. Il en résulterait une séparation définitive d'avec son fils et la suppression de la contribution d'entretien qu'il versait pour celui-ci. Cela relevait de "l'utopie administrative" d'imaginer qu'un droit de visite pourrait être maintenu. Il ne pourrait effectuer des voyages suffisamment fréquents ni payer des retours au pays pour son enfant, la rémunération du travailleur au Bénin étant si faible que celui-ci ne pouvait que survivre.

Depuis sa sortie de prison, il avait eu un comportement irréprochable et il avait apporté la preuve qu'il avait radicalement changé.

L'autorité avait violé l'art. 8 CEDH en privant son fils de le voir. Il demandait au tribunal de céans de revoir avec humanité la situation. Il sollicitait à titre préalable la restitution de l'effet suspensif. Il concluait à l'annulation de la décision prise le 23 juin 2009 par la CCRA et à la délivrance d'une autorisation de séjour.

33. Par décision du 2 septembre 2009, le vice-président du TPI a mis M. K_____ au bénéfice de l'assistance juridique avec effet au 20 août 2009 en subordonnant l'octroi de celle-ci au paiement d'une contribution mensuelle de CHF 30.- dès le 1^{er} octobre 2009, l'art. 22 al. 2 du règlement sur l'assistance juridique du 18 mars 1996 (E 2 05.04) étant réservé.

34. La CCRA a communiqué son dossier le 4 septembre 2009.

35. Invité à se déterminer sur effet suspensif, l'OCP s'est opposé à sa restitution le 8 septembre 2009. Contrairement à ses allégués, M. K_____ n'avait pas eu un comportement irréprochable depuis sa sortie de prison le 23 février 2008. En tout état, il avait été condamné en 2006 à une peine de trois ans d'emprisonnement, ce qui suffisait à fonder le refus du renouvellement de l'autorisation de séjour.

36. Par décision du 22 septembre 2009, la présidente du Tribunal administratif a restitué l'effet suspensif au recours, la CCRA l'ayant fait précédemment. Le recourant était en Suisse depuis onze ans et la situation personnelle de l'intéressé nécessitait une instruction.

37. Le 3 novembre 2009, l'OCP a proposé le rejet du recours. La demande de renouvellement de l'autorisation de séjour devait en l'espèce être examinée au

regard de l'ancien droit, soit des art. 10 al. 1 let. a et b et 11 al. 3 de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931 (LSEE - RS 142.20).

M. K_____ avait été condamné à plusieurs reprises pour des infractions d'une gravité relative, mais également à une peine de trois ans d'emprisonnement pour crime par jugement du 31 octobre 2006. Cette condamnation justifierait à elle seule l'application de l'art. 10 al. 1 let. a LSEE, soit le prononcé d'une mesure d'expulsion administrative. Les intérêts à prendre en considération au regard du principe de la proportionnalité faisaient prévaloir l'intérêt public à assurer la sécurité de la collectivité sur l'intérêt privé du recourant à rester en Suisse. Ce dernier était arrivé en Suisse à l'âge de 23 ans. Malgré un séjour de plus de dix ans dans ce pays, M. K_____ ne s'y était pas intégré puisqu'il ne voulait pas se plier aux règles de l'ordre juridique suisse. De plus, venu en Suisse pour y accomplir des études, il n'avait pas terminé celles-ci. Il n'avait jamais eu d'emploi stable et il avait sollicité l'aide de l'Hospice général. Depuis sa sortie de prison, il ne s'était guère amendé. Quant à la protection de l'art. 8 CEDH, elle n'était pas absolue et l'attitude du recourant ainsi que les condamnations dont il avait fait l'objet pouvaient faire échec à l'application de cette disposition.

38. Le 20 novembre 2009, le juge délégué a tenu une audience de comparution personnelle et d'enquêtes. A cette occasion, M. K_____ a déclaré qu'il était sorti de prison le 10 février 2008 (sic). L'ordonnance de condamnation dont il avait fait l'objet le 28 août 2009 était définitive. Son fils vivait avec sa maman à Genève. Il le voyait régulièrement, un week-end sur deux et pendant la moitié des vacances scolaires. De plus, le mercredi après-midi, il l'emmenait au foot. Son enfant était suisse, étant né de mère suisse.

M. K_____ a déclaré qu'il avait eu le projet d'épouser Mme S_____ qui s'appelait dorénavant T_____. Ils avaient cependant renoncé à se marier et n'habitaient plus ensemble. Il avait des projets de mariage avec Madame E_____, laquelle était au bénéfice d'un permis N. Ils étaient tous deux toujours en train de réfléchir.

Il travaillait dans une discothèque et gagnait environ CHF 1'500.- par mois depuis février 2009. L'Hospice général payait son loyer. Il ne parvenait plus à verser la pension alimentaire due pour son fils. Précédemment, Mme S_____ la payait pour lui mais elle avait cessé de le faire.

39. Entendue à titre de renseignements, Mme T_____ a déclaré qu'elle n'avait plus le projet de se marier avec M. K_____. Elle aidait celui-ci en lui donnant CHF 500.- quand elle le pouvait pour la pension de l'enfant. Elle était elle-même au bénéfice d'un permis C. Elle avait perdu son emploi deux mois auparavant et n'avait toujours pas reçu d'indemnités de chômage. Elle avait remis à

M. K_____, en septembre 2009 pour la dernière fois, CHF 500.- pour la pension de son fils.

A compter du mois de janvier 2010, elle avait retrouvé un emploi. Il arrivait que M. K_____ vienne chez elle avec son fils dont elle pouvait dire qu'il s'occupait très bien. L'ex-épouse de M. K_____ n'aimait pas qu'elle-même voie l'enfant.

40. Mme E_____, convoquée pour l'audience du même jour n'a pu être atteinte. D'entente entre les parties, il a été renoncé à son audition.
41. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. a. Depuis le 1^{er} janvier 2009, le Tribunal administratif connaît des recours dirigés, comme en l'espèce, contre des décisions de la CCRA en matière de police des étrangers (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 3 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 25 avril 2008 - LaLEtr - F 2 10).
- b. Interjeté en temps utile et dans les formes prescrites par la loi, le recours est recevable (art. 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. a. La loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE) a été abrogée par l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2008, de la nouvelle loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20 ; cf. ch. I de l'annexe à l'art. 125 LEtr). Selon l'art. 126 al. 1 LEtr, les demandes déposées avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sont régies par l'ancien droit, à savoir la LSEE, ainsi que les divers règlements et ordonnances y relatifs, notamment le règlement de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 1^{er} mars 1949 (RSEE) et l'ordonnance limitant le nombre des étrangers du 6 octobre 1986 (OLE).
- b. Le présent litige porte sur une demande de renouvellement de l'autorisation de séjour qui, datant du 19 juin 2006, est soumise à l'ancien droit, d'autant que les éléments déterminants pour statuer se sont déroulés, pour l'essentiel, avant l'entrée en vigueur de la LEtr (Arrêts du Tribunal fédéral 2C_142/2009 du 20 juillet 2009 consid. 1 ; 2C_371/2008 du 9 février 2009 consid. 2.2 ; 2C_492/2008 du 26 janvier 2009 consid. 3.4 ; 2C_716/2008 du 25 novembre 2008 consid. 2.4 ; ATA/512/2009 du 13 octobre 2009).

3. Le recourant a été condamné à plusieurs reprises et notamment le 31 octobre 2006 à la peine de trois ans d'emprisonnement pour infraction grave à la LStup, ce qui constitue un crime, au sens de l'art. 10 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0).

En revanche, l'expulsion judiciaire d'une durée de sept ans, avec sursis, dont cette condamnation était assortie, est devenue caduque, une telle peine accessoire ayant été supprimée depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007 de la loi fédérale du 13 décembre 2002 modifiant les dispositions générales du CP (RO 2006 3459, 3535 ; ATA/3/2007 du 9 janvier 2007).

4. L'expulsion administrative a subsisté. En effet, selon l'art. 10 al. 1 LSEE, "l'étranger ne peut être expulsé de Suisse ou d'un canton que pour les motifs suivants :

- a) S'il a été condamné par une autorité judiciaire pour crime ou délit ;
- b) Si sa conduite, dans son ensemble, et ses actes permettent de conclure qu'il ne veut pas d'adapter à l'ordre établi dans le pays qui lui offre l'hospitalité ou qu'il n'en est pas capable".

Les conditions énoncées aux lettres c et d de la même disposition sont sans pertinence en l'espèce.

5. Vu les éléments de faits rappelés ci-dessus, le recourant remplit les conditions de l'art. 10 al. 1 let. a) et b) : il a été condamné pour un crime le 31 octobre 2006 (let. a) et les nombreuses condamnations, moins graves certes mais nombreuses, qu'il a encourues depuis 2000, y compris celles prononcées les 25 mars et 28 août 2009, postérieurement à sa libération conditionnelle en février 2008, démontrent qu'il fait fi de la législation du pays dans lequel il prétend vouloir continuer à vivre.

En conséquence, le refus de renouveler son autorisation de séjour, par application de l'art. 10 al. 1 let. a et b LSEE, est conforme au droit.

6. Selon le recourant, la décision attaquée violerait l'art. 8 CEDH.

a. L'art. 8 par. 1 CEDH dispose que toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

b. 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 p. 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 Ib 257 consid. 1d).

c. Selon la jurisprudence, l'art. 8 CEDH s'applique lorsqu'un étranger peut faire valoir une relation intacte avec son enfant bénéficiant du droit de résider en Suisse, même si ce dernier n'est pas placé sous son autorité parentale ou sous sa garde du point de vue du droit de la famille (ACEDH du 21 juin 1988 en la cause Berrehab, série A, vol. 138, p. 14 § 21 ; ATF 120 Ib 1 consid. 1d p. 3 ; 119 Ib 81 consid. 1c p. 84 ; 118 Ib 153 consid. 1c p. 157 ; 115 Ib 97 consid. 2e p. 99). Ainsi, l'étranger disposant d'un droit de visite sur son enfant qui bénéficie d'un droit de présence en Suisse et y vit peut se prévaloir de la garantie de l'art. 8 CEDH pour autant qu'il entretienne avec cet enfant une relation affective et économique d'une intensité particulière, que la distance entre son pays d'origine et la Suisse rende purement théorique l'exercice de son droit de visite et qu'il ait eu un comportement irréprochable (ATF 120 Ib 1 consid. 3c p. 5 ; 120 Ib 22 consid. 4a p. 25 ; Arrêts du Tribunal fédéral 2A.212/2003 du 10 septembre 2003 consid. 3.1 ; 2A.563/2002 du 23 mai 2003 consid. 2.2 ; ATA/574/2009 du 10 novembre 2009).

d. En l'occurrence, au moment où le recourant a sollicité le renouvellement de son permis B, soit le 19 juin 2006, il était déjà divorcé et la garde sur son fils, alors âgé d'à peine trois ans, était attribuée à la mère.

S'il n'est pas contesté que depuis lors, le recourant a entretenu des relations personnelles avec son enfant et s'est acquitté, soit personnellement soit grâce à une amie, du versement de la pension alimentaire due pour celui-là, à l'exception de la période où il était au chômage, il n'en demeure pas moins que les condamnations dont il a fait l'objet l'empêchent de se prévaloir du comportement irréprochable, qui constitue l'une des conditions nécessaires, au regard des jurisprudences rappelées ci-dessus, pour invoquer avec succès de l'art. 8 CEDH.

7. Il en résulte que l'autorité intimée était fondée à privilégier le respect de l'ordre et de la sécurité publics suisses à l'intérêt privé du recourant à rester dans ce pays.
8. En conséquence, le recours sera rejeté. Il ne sera pas perçu d'émolument, le recourant plaidant au bénéfice de l'assistance juridique.

Vu l'issue du litige, il ne lui sera pas alloué d'indemnité de procédure.

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 31 juillet 2009 par Monsieur K_____ contre la décision de la commission de cantonale de recours en matière administrative du 23 juin 2009 ;

au fond :

le rejette ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ni 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 ;

communique le présent arrêt à Me François Tavelli, avocat du recourant, à la commission cantonale de recours en matière administrative, à l'office cantonal de la population ainsi qu'à l'office fédéral des migrations, pour information.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Thélin, Mmes Hurni et Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :

C. Del Gaudio-Siegrist

la présidente :

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.