Tribunale federale
Tribunal federal

2A.124/2004/RED/elo
{T 0/2}

Arrêt du 31 mars 2004
IIe Cour de droit public

Composition
MM. les Juges Wurzburger, Président,
Müller et Merkli.
Greffière: Mme Revey.

Parties
X._____, recourant,
représenté par Me Jean Lob,

contre

Département fédéral de justice et police, Service des recours, Bundeshaus West, 3003 Berne.

Objet
refus d'approbation à la prolongation d'une autorisation de séjour, renvoi de Suisse; assistance judiciaire,

recours de droit administratif contre la décision du Département fédéral de justice et police du 27 février 2004.

Faits:
A.
X._____, ressortissant tunisien né le 25 septembre 1972, est entré en Suisse le 11 juillet 1993 pour y déposer aussitôt une demande d'asile. Cette requête a été rejetée par l'Office fédéral des réfugiés le 18 octobre suivant.

Le 21 janvier 1994, X._____ a épousé une ressortissante suisse, de trente-quatre ans son aînée, et obtenu de la sorte une autorisation de séjour.
B.
Pendant son séjour en Suisse, l'intéressé a été condamné à plusieurs reprises. Le 16 décembre 1993, le juge du Tribunal de police de la Sarine lui a infligé une peine de six jours d'emprisonnement pour infractions à la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE; RS 142.20). Le 10 août 1998, le Tribunal correctionnel de Lausanne a prononcé une peine de six mois d'emprisonnement avec sursis pendant trois ans pour lésions corporelles simples qualifiées. Le 28 février 2002, la même autorité l'a condamné à dix mois d'emprisonnement, peine complémentaire à la précédente, pour infractions graves à la loi fédérale sur les stupéfiants. Enfin, X._____ a été interpellé en possession de stupéfiants le 27 août 2002.
C.
Par décision du 20 janvier 2004, l'Office fédéral de l'immigration, de l'intégration et de l'émigration a refusé d'approuver la prolongation de l'autorisation de séjour de l'intéressé prononcée par le canton de Vaud le 7 octobre 2003. Retenant que l'épouse résidait au Vietnam et qu'une reprise de la vie commune apparaissait exclue, l'autorité fédérale a considéré que l'intéressé abusait du droit conféré par l'art. 7 al. 1 LSEE. Il convenait ainsi d'examiner librement, au regard des art. 4 et 16 LSEE, l'opportunité de renouveler l'autorisation de séjour. Un refus devait être prononcé sous cet angle également, en raison des délits commis par X._____, de son manque d'intégration en Suisse nonobstant un séjour de plus de dix ans, de la brièveté des emplois occupés et du fait qu'il vivait à la charge de l'assurance-chômage et de son épouse retraitée.

Par l'intermédiaire de son conseil, l'intéressé a déféré cette décision devant le Département fédéral de justi-

ce et police, rappelant notamment qu'il avait vécu avec son épouse jusqu'en automne 2000, soit pendant plus de six ans, et que la peine complémentaire infligée le 28 février 2002 avait été assortie d'un sursis de trois ans le 8 juillet 2002 par la Cour de cassation pénale du canton de Vaud. X._____ a de plus requis l'assistance judiciaire.

Par décision incidente du 27 février 2004, le Département fédéral de justice et police a rejeté la demande d'assistance judiciaire, estimant le recours voué d'emblée à l'échec.
D.
Agissant par la voie du recours de droit administratif, X._____ demande en substance au Tribunal fédéral d'annuler la décision incidente du Département fédéral du 27 février 2004. Il requiert également l'assistance judiciaire.

Le Département fédéral conclut à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Les décisions incidentes fondées sur le droit public fédéral sont séparément susceptibles d'être attaquées par la voie du recours de droit administratif (art. 97 OJ en relation avec les art. 5 al. 1 et 2 et 45 al. 1 et 2 PA), à la double condition qu'elles soient de nature à causer un préjudice irréparable au recourant et que le recours de droit administratif soit ouvert contre la décision finale (art. 101 lettre a OJ a contrario). Le premier critère est rempli en l'espèce, puisque le refus de l'assistance judiciaire est considéré comme une décision propre à faire naître un préjudice irréparable (cf. art. 45 al. 2 lettre h PA; ATF 126 I 207 consid. 2a; 125 I 161 consid. 1 et les arrêts cités). Il en va de même du second. Selon la jurisprudence en effet, la violation de l'art. 7 LSEE ouvre la voie du recours de droit administratif contre le refus d'une autorisation de séjour à la seule condition qu'un mariage au sens formel existe, ce qui n'est pas contesté en l'occurrence (ATF 128 II 145 consid. 1.1.2).

Déposé pour le surplus dans le délai de dix jours dès la notification de la décision attaquée (cf. art. 34 al. 1 lettre c OJ en relation avec l'art. 106 al. 1 OJ), le présent recours est donc recevable.
2.
Selon l'art. 65 al. 1 PA, l'autorité de recours peut dispenser du paiement des frais de procédure une partie indigente dont les conclusions ne paraissent pas d'emblée vouées à l'échec. L'art. 29 al. 3 Cst. précise que toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes a droit, à moins que sa cause paraisse dépourvue de toute chance de succès, à l'assistance judiciaire gratuite.

Selon la jurisprudence, un procès est dénué de chances de succès lorsque les perspectives de le gagner sont notablement plus faibles que les risques de le perdre et qu'elles ne peuvent guère être considérées comme sérieuses, de sorte qu'une personne raisonnable et de condition aisée renoncerait à s'y engager en raison des frais qu'elle s'exposerait à devoir supporter. En revanche, une demande ne doit pas être considérée comme dépourvue de chances de succès lorsque les perspectives de gain et les risques d'échec s'équilibrent à peu près, ou lorsque les premières sont seulement un peu plus faibles que les seconds (ATF 125 II 265 consid. 4b; 124 I 304 consid. 2c; 122 I 267 consid. 2b et les arrêts cités).
3.
D'après sa décision et ses observations, l'autorité intimée motive l'insuffisance des chances de succès du recours en considérant au premier chef que le recourant se prévaut abusivement du droit découlant de l'art. 7 LSEE, puisqu'il est séparé de son épouse depuis l'automne 2000 et qu'il n'existe pas de perspective de réconciliation à brève échéance. A cela s'ajoute par ailleurs que le recourant a fait l'objet de deux graves condamnations pénales. Toujours selon l'autorité intimée enfin, le droit à une autorisation d'établissement s'est de toute façon éteint avec la condamnation infligée le 10 août 1998 - soit avant l'échéance du délai de cinq ans - dès lors que ce prononcé constitue un motif d'expulsion au sens de l'art. 10 al. 1 lettre a LSEE.
3.1 A teneur 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 (1ère phrase). Après un séjour régulier et ininterrompu de cinq ans, il a droit à l'autorisation d'établissement (2ème phrase). Ce droit s'éteint lorsqu'il existe un motif d'expulsion (3ème phrase). Un étranger peut être expulsé de Suisse lorsqu'il a été condamné par une autorité judiciaire pour cri-

me ou délit (art. 10 al. 1 lettre a LSEE) et lorsque sa conduite, dans son ensemble, et ses actes permettent de conclure qu'il ne veut pas s'adapter à l'ordre établi dans le pays qui lui offre l'hospitalité ou qu'il n'en est pas capable (art. 10 al. 1 lettre b LSEE). L'expulsion ne sera cependant prononcée que si elle paraît appropriée à l'ensemble des circonstances (art. 11 al. 3 LSEE), partant si elle respecte le principe de la proportionnalité (cf. art. 16 al. 3 du règlement d'exécution du 1er mars 1949 de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers [RSEE; RS 142.201]).
3.2 L'opinion de l'autorité intimée selon laquelle le recourant abuse du droit conféré par l'art. 7 al. 1 LSEE est erronée. Pour qu'un tel abus puisse être retenu, il faut que la désunion soit survenue avant l'échéance du délai de cinq ans (cf. ATF 121 II 97 consid. 4c). En l'espèce toutefois, le mariage a été contracté le 21 janvier 1994, de sorte qu'il durait depuis plus de six ans lors de la séparation datée en l'état de l'automne 2000. Par conséquent, et sous réserve d'une constatation différente des faits à cet égard, un abus ne saurait être imputé au recourant, qui a dès lors en principe droit à une autorisation d'établissement.

Le refus de l'autorisation de séjour doit dans ces circonstances se fonder sur un motif d'expulsion, ainsi que sur le respect du principe de la proportionnalité. A ce propos, il sied de constater d'un côté que le recourant a subi des condamnations à six et dix mois d'emprisonnement avec sursis (sans qu'il s'agisse néanmoins d'une récidive, les peines étant complémentaires) pour des faits d'une gravité certaine. Son intégration en Suisse est de surcroît faible et les perspectives de reprise de la vie commune quasiment inexistantes. D'un autre côté toutefois, le recourant semble s'être amendé depuis plusieurs années, si l'on excepte une interpellation en 2002, et séjourne en Suisse depuis plus de dix ans.

Dans ces conditions, les chances de succès du recours ne sauraient être considérées comme très élevées, mais ne sont pas pour autant si ténues qu'une personne raisonnable et de condition aisée renoncerait à entamer un tel procès. A cela s'ajoute que la complexité de la cause et l'importance de la décision pour l'intéressé justifient l'intervention d'un avocat. C'est dès lors à tort que le Département fédéral a refusé d'accorder l'assistance judiciaire, si bien que la décision incidente incriminée doit être annulée. Encore faut-il que le critère d'indigence soit réalisé, ce qu'il incombera encore à l'autorité intimée d'examiner.
4.
Vu ce qui précède, le recours doit être admis, la décision attaquée annulée et la cause renvoyée à l'autorité intimée pour nouvelle décision. Bien qu'il succombe, le Département fédéral n'a pas à supporter d'émolument judiciaire (art. 156 al. 2 OJ). Obtenant gain de cause, le recourant a droit à des dépens pour la procédure fédérale (art. 159 al. 1 OJ). Par voie de conséquence, sa requête d'assistance judiciaire est devenue sans objet.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le recours est admis, la décision attaquée annulée et la cause renvoyée au Département fédéral de justice et police pour nouvelle décision.
2.
Il n'est pas prélevé d'émolument judiciaire.
3.
Le Département fédéral de justice et police versera au recourant une indemnité de 1'000 fr. à titre de dépens.
4.
La demande d'assistance judiciaire est devenue sans objet.
5.
Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire du recourant et au Département fédéral de justice et police.
Lausanne, le 31 mars 2004
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le président: La greffière: