Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.43/2006 /svc

Arrêt du 31 mai 2006
IIe Cour de droit public

Composition
MM. les Juges Merkli, Président,
Wurzburger et Meylan, Juge suppléant.
Greffier: M. de Mestral.

Parties
X._____,
recourant, représenté par Me Isabelle Python, avocate,

contre

Département fédéral de justice et police, 3003 Berne.

Objet
Exception aux mesures de limitation,

recours de droit administratif contre la décision du Département fédéral de justice et police du 1er décembre 2005.

Faits:
A.
Ressortissant de Serbie-et-Montenegro, né en 1969, A.X._____ a été interpellé le 27 juillet 1994 par la Police cantonale de Bâle-Ville; il a alors déclaré être venu pour la première fois en Suisse en septembre l'année précédente pour y rendre visite à son frère, domicilié dans le canton de Fribourg. Par décision notifiée le 29 juillet 1994, l'Office fédéral de l'immigration, de l'intégration et de l'émigration (IMES; dès le 1er janvier 2005: Office fédéral des migrations [ODM], après sa fusion avec l'Office fédéral des réfugiés [ODR]; ci-après: l'Office fédéral) lui a interdit d'entrer en Suisse jusqu'au 28 juillet 1997.
A.X._____ a été interpellé une nouvelle fois le 4 février 1995 par la Police cantonale fribourgeoise. Il a prétendu être arrivé en Suisse le même jour après avoir franchi illégalement la frontière. Par Ordonnance pénale du 12 octobre 1995 du Juge d'instruction du 4ème ressort du canton de Fribourg, il a été condamné à trois jours d'emprisonnement avec sursis pendant deux ans pour infractions à la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE; RS 142.20, ci-après: la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers).
L'intéressé a déposé une demande d'asile le 14 février 1995 et a été attribué au canton de Zurich; l'Office fédéral a rejeté cette demande et prononcé le renvoi de Suisse par décision du 5 avril 1995, confirmée sur recours le 10 juillet 1995.
A.X._____ a été rejoint en Suisse par son épouse B.X._____ le 5 avril 1998, laquelle a déposé une demande d'asile. Cette demande a été rejetée par décision du 20 août 1998, qui n'a pas été attaquée. Les époux X._____ ont eu un fils, C.X._____, né le 11 septembre 1999. Leur second enfant, décédé trois jours après sa naissance, a été enseveli dans le canton de Fribourg.
L'Office fédéral a fixé aux époux X._____ un délai au 31 mai 2000 pour quitter la Suisse. Ces époux ont alors disparu. Il résulte du dossier que, entre le 9 avril 1998 et le 30 juin 2000, cette famille était domiciliée dans le canton de Zurich où elle était entièrement assistée, bien que A.X._____ poursuive son activité lucrative dans le canton de Fribourg et perçoive un salaire.

Par ordonnance pénale du 30 octobre 2001, le Juge d'instruction du canton de Fribourg a condamné A.X._____ à dix jours d'emprisonnement avec sursis pendant deux ans et à une amende de six cents francs pour avoir séjourné à Fribourg depuis le mois d'août 2000 et travaillé à D._____ auprès de E._____ SA de 1993 au 24 septembre 2001 sans être au bénéfice d'une autorisation de séjour et de travail.
Début 2002, les autorités fribourgeoises ont tenté de procéder au transfert de cette famille aux autorités zurichoises, en vue de l'exécution par ces dernières de son refoulement. Il s'est cependant avéré que cette famille avait disparu de son domicile fribourgeois. Il a été découvert par la suite que, en 2003, A.X._____ travaillait toujours pour le compte de E._____ SA.
B.
A.X._____ a déposé le 20 juin 2002 auprès du Service de la population et des migrants de ce canton (SPoMi; ci-après: le Service de la population) une demande d'autorisation de séjour par l'octroi d'une exception aux mesures de limitation. Le Service de la population l'a informé qu'il ne pouvait entrer en matière, l'art. 14 al. 1 de la loi du 26 juin 1998 sur l'asile (LAsi; RS 142.31, ci-après: la loi sur l'asile) excluant en l'absence de droit en la matière toute procédure d'autorisation de séjour tant que les personnes concernées n'avaient pas quitté la Suisse. Le 15 avril 2003, il a enjoint à ces époux de quitter la Suisse dans les plus brefs délais, faute de quoi il serait recouru à des mesures coercitives pour assurer leur départ. A.X._____ a quitté la Suisse le 26 mai 2003, son épouse et son fils le 31 juillet de la même année.
Les autorités fribourgeoises ont alors informé le mandataire consulté par A.X._____ qu'elles étaient disposées à mettre l'intéressé au bénéfice d'une autorisation de séjour à l'année, moyennant qu'il soit exempté des mesures de limitation au sens de l'art. 13 lettre f de l'ordonnance fédérale du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (OLE; RS 823.21, ci-après: l'ordonnance limitant le nombre des étrangers). Après avoir donné à A.X._____ la possibilité de s'exprimer, l'Office fédéral a, par décision du 30 mars 2004, refusé de l'exempter des nombres maximums d'étrangers exerçant une activité lucrative.
C.
A.X._____ a porté sa cause devant le Département fédéral de justice et police (ci-après: le Département fédéral) qui, par décision du 1er décembre 2005, a rejeté le recours. Il a considéré en substance que l'intéressé avait séjourné en Suisse durant environ onze ans, dont seulement cinq ans et trois mois de manière légale, seule cette dernière période pouvant être prise en compte. Quant aux autres critères, si A.X._____ avait travaillé à l'entière satisfaction de ses employeurs, son intégration n'apparaissait pas à ce point exceptionnelle que l'on puisse faire abstraction ni des circonstances dans lesquelles il avait réussi à imposer sa présence aux autorités suisses, ni du comportement qu'il avait adopté durant son séjour dans ce pays, montrant par là qu'il n'entendait respecter ni les lois de celui-ci, ni les décisions de ses autorités. Il était exclu, d'autre part, d'accorder une importance déterminante à l'argumentation tirée de la présence en Suisse de membres de sa famille et du décès de son deuxième enfant, enseveli à Fribourg. L'art. 13 lettre f OLE n'avait pas pour but de soustraire des étrangers aux conditions de vie dans leur pays d'origine. Enfin ces mêmes considérations s'appliquaient mutatis mutandis à son
épouse et à son fils.
D.
Agissant par la voie du recours de droit administratif, A.X._____ demande au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, de le mettre au bénéfice d'une exception aux mesures de limitation au sens de l'art. 13 lit. f OLE, "de sorte qu'une autorisation de séjour lui est accordée".
Le Département fédéral conclut au rejet du recours.
A.X._____ sollicite pour la présente procédure le bénéfice de l'assistance judiciaire.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Le Tribunal fédéral examine d'office et avec plein pouvoir d'examen la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 132 III 291 consid. 1 p. 292; 131 I 57 consid. 1 p. 59, 145 consid. 2 p. 147, 153 consid. 1 p. 156, 266 consid. 2 p. 267; 131 II 58 consid. 1 p. 60, 137 consid. 1 p. 140, 352 consid. 1 p. 353, 361 consid. 1 p. 364, 571 consid. 1 p. 573; 131 IV 142 consid. 1 p. 143; 130 I 312 consid. 1 p. 317 et la jurisprudence citée).
La voie du recours de droit administratif est, en principe, ouverte contre les décisions relatives à l'assujettissement aux mesures de limitation prévues par l'ordonnance limitant le nombre des étrangers (ATF 122 Il 403 consid. 1 p. 404/405). Dans la mesure où il tend à faire prononcer une exemption des mesures de limitation, le présent

recours, qui respecte par ailleurs les formes et délais légaux, est donc recevable. Il serait en revanche irrecevable dans la mesure où - ce qui n'apparaît pas clairement - il tendrait également à l'octroi d'une autorisation de séjour: pareille conclusion serait en effet clairement étrangère à l'objet précis de la décision dont est recours.
2.
Conformément à l'art. 104 lettre a OJ, le recours de droit administratif peut être formé pour violation du droit fédéral y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (ATF 132 II 47 consid. 1.2 p. 49; 128 II 145 consid. 1.2.1 p. 150, 56 consid. 2a p. 60). Le Tribunal fédéral revoit d'office l'application du droit fédéral qui englobe notamment les droits constitutionnels du citoyen (ATF 130 III 707 consid. 3.1 p. 709; 130 I 312 consid. 1.2 p. 318; 129 II 183 consid. 3.4 p. 188; 128 II 56 consid. 2b p. 60; 126 V 252 consid. 1a p. 254). Comme il n'est pas lié par les motifs qu'invoquent les parties, il peut admettre le recours pour d'autres raisons que celles avancées par le recourant ou au contraire confirmer la décision attaquée pour d'autres motifs que ceux retenus par l'autorité intimée (art. 114 al. 1 in fine OJ; ATF 132 II 47 consid. 1.3 p. 50; 131 II 361 consid. 2 p. 366; 130 III 707 consid. 3.1 p. 709; 130 I 312 consid. 1.2 p. 318; 129 II 183 consid. 3.4 p. 188; 127 II 8 consid. 1b p. 12 , 264 consid. 1b p. 268; 125 II 497 consid. 1b/aa p. 500 et les arrêts cités).
Par ailleurs, l'autorité intimée n'étant pas une autorité judiciaire, le Tribunal fédéral peut également revoir d'office les constatations de fait (art. 104 lettre b et 105 OJ; ATF 128 II 56 consid. 2b p. 60). En particulier en matière de police des étrangers, lorsque la décision n'émane pas d'une autorité judiciaire, le Tribunal fédéral fonde en principe ses jugements, formellement et matériellement, sur l'état de fait et de droit existant au moment de sa propre décision (ATF 124 II 361 consid. 2a p. 365; 122 Il 1 consid. 1b p. 4, 385 consid. 1 p. 390 et les arrêts cités). Le Tribunal fédéral ne peut en revanche revoir l'opportunité de la décision entreprise, le droit fédéral ne prévoyant pas un tel examen en la matière (art. 104 lette c ch. 3 OJ a contrario; ATF 130 V 196 consid. 4 p. 203/204; 128 II 56 consid. 2b p. 60; 127 II 297 consid. 2a p. 298).
3.
3.1 Les mesures de limitation visent en premier lieu à assurer un rapport équilibré entre l'effectif de la population suisse et celui de la population étrangère résidante, ainsi qu'à améliorer la structure du marché du travail et à assurer un équilibre optimal en matière d'emploi (cf. art. 1er lettres a et c OLE). L'art. 13 lettre f OLE, selon lequel un étranger n'est pas compté dans les nombres maximums fixés par le Conseil fédéral, a pour but de faciliter la présence en Suisse d'étrangers qui, en principe, seraient comptés dans ces nombres maximums, mais pour lesquels cet assujettissement paraîtrait trop rigoureux par rapport aux circonstances particulières de leur cas et pas souhaitable du point de vue politique.
Il découle de la formulation de l'art. 13 lettre f OLE que cette disposition dérogatoire présente un caractère exceptionnel et que les conditions pour une reconnaissance d'un cas de rigueur doivent être appréciées de manière restrictive. Il est nécessaire que l'étranger concerné se trouve dans une situation de détresse personnelle. Cela signifie que ses conditions de vie et d'existence, comparées à celles applicables à la moyenne des étrangers, doivent être mises en cause de manière accrue, c'est-à-dire que le refus de soustraire l'intéressé aux restrictions des nombres maximums comporte pour lui de graves conséquences. Pour l'appréciation du cas d'extrême gravité, il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas particulier. La reconnaissance d'un tel cas n'implique pas forcément que la présence de l'étranger en Suisse constitue l'unique moyen pour échapper à une situation de détresse. D'un autre côté, le fait que l'étranger ait séjourné en Suisse pendant une assez longue période et s'y soit bien intégré ne suffit pas, à lui seul, à constituer un cas d'extrême gravité; il faut encore que sa relation avec la Suisse soit si étroite qu'on ne saurait exiger qu'il aille vivre dans un autre pays, notamment dans son
pays d'origine (ATF 124 II 110 consid. 2 p. 112; 123 Il 125 consid. 2 p. 126-127 et la jurisprudence citée). A cet égard, les relations de travail, d'amitié ou de voisinage que l'étranger a pu nouer pendant son séjour ne constituent normalement pas des liens si étroits avec la Suisse qu'ils justifieraient une exemption des mesures de limitation (ATF 124 II 110 consid. 2 p. 112, et les arrêts cités).
Lorsqu'une famille demande à être exemptée des mesures de limitation au sens de l'art. 13 lettre f OLE, notamment lorsqu'il s'agit de requérants d'asile ayant des enfants élevés en Suisse durant un certain temps, la situation de chacun de ses membres ne doit pas être considérée isolément, mais en relation avec le contexte familial global. En effet, le sort de la famille formera en général un tout; il sera difficile d'admettre le cas d'extrême gravité, par exemple, uniquement pour les parents ou les enfants. Ainsi, le problème des enfants est un aspect, certes important, de l'examen de la situation de la famille, mais ce n'est pas le seul critère. Il y a donc lieu de porter une appréciation d'ensemble, tenant compte de tous les membres de la famille (durée du

séjour, intégration professionnelle pour les parents et scolaire pour les enfants, etc.) (ATF 123 II 125 consid. 4a p. 129).
Lorsqu'un enfant a passé les premières années de sa vie en Suisse ou lorsqu'il a commencé sa scolarité, il reste encore dans une large mesure rattaché à son pays d'origine par le biais de ses parents. Son intégration au milieu socioculturel suisse n'est alors pas si profonde et irréversible qu'un retour au pays d'origine constitue un déracinement complet. Avec la scolarisation, l'intégration au milieu suisse s'accentue. Il convient dans cette perspective de tenir compte de l'âge de l'enfant lors de son arrivée en Suisse et au moment où se pose la question du retour, des efforts consentis, de la durée, du degré et de la réussite de la scolarité, ainsi que de la possibilité de poursuivre ou d'exploiter dans le pays d'origine la scolarisation ou la formation professionnelle commencée en Suisse. Un retour au pays d'origine peut en particulier représenter une rigueur excessive pour des adolescents ayant suivi l'école durant plusieurs années et achevé leur scolarité avec de bons résultats. L'adolescence est en effet une période essentielle du développement personnel, scolaire et professionnel, entraînant une intégration accrue dans un milieu déterminé (ATF 123 II 125 consid. 4 p. 128 ss; Alain Wurzburger, La jurisprudence récente du
Tribunal fédéral en matière de police des étrangers, RDAF 1997 I p. 267 ss, spéc. p. 297-298). Cette pratique différenciée réalise de la sorte la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, telle que prescrite par l'art. 3 al. 1 de la Convention internationale du 20 novembre 1989 sur les droits de l'enfant (CDE; RS 0.107, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997).
Le Tribunal fédéral a précisé que les séjours illégaux n'étaient en principe pas pris en compte dans l'examen d'un cas de rigueur. La longue durée d'un séjour en Suisse n'est pas, à elle seule, un élément constitutif d'un cas personnel d'extrême gravité dans la mesure où ce séjour est illégal. Il appartient dès lors à l'autorité compétente d'examiner si l'intéressé se trouve pour d'autres raisons dans un état de détresse justifiant de l'exempter des mesures de limitation du nombre des étrangers. Pour cela, il y a lieu de se fonder sur les relations familiales de l'intéressé en Suisse et dans sa patrie, sur son état de santé, sur sa situation professionnelle, sur son intégration sociale, notamment (ATF 130 Il 39 consid. 3 p. 42, et les arrêts cités).
3.2
3.2.1 Le recourant a séjourné légalement en Suisse pendant cinq ans et trois mois seulement. La période durant laquelle il a séjourné illégalement dans ce pays n'étant pas prise en compte, il ne saurait donc se prévaloir d'une durée de séjour particulièrement longue.
Contrairement à ce qu'il prétend, le recourant ne saurait davantage se prévaloir d'un comportement irréprochable durant son séjour en Suisse. Même si l'on fait abstraction du caractère illégal de ce séjour entre fin 1991 et début février 1995, puis dès le 30 juin 2000 jusqu'au 26 mai 2003, il reste que, attribué au canton de Zurich dans le cadre de la procédure d'asile qu'il avait introduite, il ne s'est jamais conformé à cette attribution, poursuivant sans désemparer son activité lucrative dans le canton de Fribourg. En outre - et ce fait est plus grave - il n'a pas hésité à toucher pour lui et sa famille une pleine assistance de la part des autorités zurichoises. Il s'est, de plus, à deux reprises, en 2000 et en 2002, soustrait à une mesure d'éloignement. Il doit dès lors être qualifié d'étranger indésirable.
Il n'est ni contestable, ni contesté, qu'il a réussi son intégration sociale et professionnelle: il a occupé le même emploi pendant plus de dix ans et donné entière satisfaction à son employeur. Il a su gagner la sympathie de son entourage et sensibiliser de nombreuses personnes à son cas. Toutefois, et comme l'a retenu à juste titre le Département fédéral, il ne s'agit pas là d'une intégration à ce point exceptionnelle qu'elle justifierait à elle seule une exception aux mesures de limitation ni, à plus forte raison, suffirait à contrebalancer les éléments négatifs ci-dessus rappelés.
II en va de même du fait que la totalité, selon ses dires, de sa plus proche famille, vit en Suisse.
3.2.2 Les époux X._____ ont, en novembre 2002, perdu leur deuxième enfant trois jours seulement après sa naissance.
A l'appui de sa demande d'autorisation de séjour, le recourant a produit un rapport daté du 21 mars 2003 établi par la psychologue F._____, spécialiste en psychothérapie FSP et psychologue agréée à la clinique de gynécologie et d'obstétrique de l'Hôpital cantonal Y._____. L'auteur de ce rapport déclare suivre le couple X._____ dans son cabinet psychothérapeutique à l'Hôpital cantonal Y._____. Elle décrit l'équilibre psychologique de ce couple comme fortement perturbé par cet événement. L'épouse présente "les symptômes d'un deuil pathologique... caractérisé par une tristesse énorme, un état dépressif grave, qui n'avance pas dans les phases naturels (sic) d'un deuil, des idées suicidaires, des sentiments de dépersonnalisation, une perte du

sens de la vie, etc."; elle souffre de forts troubles psychosomatiques, l'époux à un degré "légèrement moindre". L'épouse n'est actuellement pas en mesure de renoncer à sa psychothérapie ou de changer de thérapeute sans encourir des risques graves. II devrait être renoncé à une expulsion: le fait que leur enfant soit enterré en Suisse "ne permet plus" à ces époux de quitter ce pays; des visites régulières de la tombe "sont une nécessité absolue pour des parents en deuil" et "ceci doit
rester possible durant toute une vie".
Toutefois, le fait qu'un membre d'une famille, même lorsqu'il s'agit d'un enfant, soit enseveli en Suisse ne justifie pas l'octroi d'une exception aux nombres maximums des étrangers exerçant une activité lucrative. Cela vaut, a fortiori, lorsque l'enfant est, comme en l'espèce, décédé trois jours, soit peu de temps, après sa naissance, pour tragiques que soient ces circonstances.
D'ailleurs, comme il résulte clairement de la teneur du rapport précité, l'épouse, qui est de loin la plus gravement affectée par cet événement, ne s'en prévaut pas pour solliciter une autorisation de séjour. Elle a maintenant quitté la Suisse depuis près de trois ans; or, curieusement, le recourant n'allègue nullement qu'elle n'aurait pu retrouver, dans son pays d'origine, les soins nécessités par son état, voire, que son état se serait dégradé comme le rapport précité en exprimait la crainte et qu'un retour en Suisse constituerait, aujourd'hui encore, une nécessité absolue et proprement existentielle.
Il faut enfin rappeler que le recourant conserve la possibilité d'effectuer, à intervalles réguliers, de brefs séjour en Suisse pour se rendre sur la tombe de son enfant. L'argument du recourant doit être écarté.
4.
II résulte de ce qui précède que le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable. Succombant, le recourant doit supporter un émolument judiciaire réduit pour tenir compte de sa situation financière (art. 153, 153a et 156 al. 1 OJ). Il a sollicité le bénéfice de l'assistance judiciaire mais, le recours étant d'emblée dénué de toute chance de succès, cette demande doit être rejetée, sans qu'il soit besoin de rechercher encore s'il en remplirait la condition d'indigence (art. 152 al. 1 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.
2.
La demande d'assistance judiciaire est rejetée.
3.
Un émolument judiciaire de 500 fr. est mis à la charge du recourant.
4.
Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire du recourant et au Département fédéral de justice et police ainsi qu'au Service de la population et des migrants du canton de Fribourg.
Lausanne, le 31 mai 2006
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le président: Le greffier: