

# **BGer 2A.100/2003 vom 3. November 2003**

Bundesgericht, 2003-11-03, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2A.100\\_2003](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2A.100_2003)

FR: TF 2A.100/2003 du 3 novembre 2003

IT: TF 2A.100/2003 del 3 novembre 2003

## **Regeste**

Droit de cité et droit des étrangers

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis ( ATF 128 II 46 consid. 2a p. 47).

#### **E. 1.1**

Selon l'art. 100 al. 1 lettre b ch. 3 OJ, le recours de droit administratif n'est pas recevable en matière de police des étrangers contre l'octroi ou le refus d'autorisations auxquelles le droit fédéral ne confère pas un droit. D'après l' art. 4 LSEE , les autorités compétentes statuent librement, dans le cadre des prescriptions légales et des traités avec l'étranger, sur l'octroi ou le refus d'autorisations de séjour ou d'établissement. En principe, l'étranger n'a pas de droit à l'octroi d'une autorisation de séjour. Ainsi, le recours de droit administratif est irrecevable, à moins que ne puisse être invoquée une disposition particulière du droit fédéral ou d'un traité, accordant le droit à la délivrance d'une telle autorisation ( ATF 127 II 60 consid. 1a p. 62/63).

#### **E. 1.2**

L' art. 17 al. 2 1 ère phrase LSEE dispose que le conjoint d'un étranger possédant l'autorisation d'établissement a droit à l'autorisation de séjour aussi longtemps que les époux vivent ensemble. XL.\_\_\_\_\_ est marié à une ressortissante bosniaque titulaire d'une autorisation d'établissement en Suisse et il n'est pas contesté qu'ils font ménage commun. Le présent recours est dès lors recevable au regard de l' art 17 al. 2 1 ère phrase LSEE, la question de savoir si les conditions pour la délivrance d'une autorisation de séjour sont, ou non, remplies étant une question de fond et non de recevabilité (cf. ATF 119 Ib 81 consid. 2a p. 84; 118 Ib 153 consid. 2a p. 158).

#### **E. 1.3**

Au surplus, le présent recours est en principe recevable en vertu des art. 97 ss OJ ; il a en effet été déposé en temps utile et dans les formes prescrites par la loi, par les époux L.\_\_\_\_\_ qui ont tous les deux participé à la procédure cantonale et ont qualité pour recourir au regard de l' art. 103 OJ .

### **E. 2**

D'après l' art. 104 OJ , le recours de droit administratif peut être formé pour violation du droit fédéral, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (lettre a) ainsi que pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents, sous réserve de l' art. 105 al. 2 OJ ,

(lettre b). Le Tribunal fédéral vérifie d'office l'application du droit fédéral, qui englobe notamment les droits constitutionnels des citoyens ( ATF 124 II 517 consid. 1 p. 519; 123 II 385 consid. 3 p. 388), sans être lié par les motifs invoqués par les parties (art. 114 al. 1 in fine OJ). En revanche, lorsque le recours est dirigé, comme en l'espèce, contre la décision d'une autorité judiciaire, le Tribunal fédéral est lié par les faits constatés dans cette décision, sauf s'ils sont manifestement inexacts ou incomplets ou s'ils ont été établis au mépris de règles essentielles de procédure ( art. 105 al. 2 OJ ). La possibilité de faire valoir des faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuve est dès lors très restreinte. Seules sont admissibles les preuves que l'instance inférieure aurait dû retenir d'office et dont le défaut d'administration constitue une violation de règles essentielles de procédure ( ATF 124 II 409 consid. 3a p. 421; 121 II 97 consid. 1c p. 99). En outre, le Tribunal fédéral ne peut pas revoir l'opportunité de l'arrêt entrepris, le droit fédéral ne prévoyant pas un tel examen en la matière (art. 104 lettre c ch. 3 OJ). Après l'échéance du délai de recours, les intéressés ont déposé spontanément une pièce datant du 29 avril 2003, soit postérieure à l'arrêt attaqué. Il s'agit d'une pièce nouvelle que l'autorité de céans ne peut pas prendre en considération.

### **E. 3.1**

L' art 17 al. 2 LSEE fonde un droit à l'autorisation de séjour pour l'étranger qui a épousé une personne bénéficiant d'une autorisation d'établissement et qui vit avec elle. Ce droit s'éteint si l'ayant droit a enfreint l'ordre public. La déchéance de ce droit est soumise à des conditions moins rigoureuses que celles requises par l' art. 7 al. 1 LSEE qui, s'agissant du conjoint étranger d'un ressortissant suisse, subordonne cette extinction à l'existence d'un motif d'expulsion (cf. l' art. 10 LSEE ) ainsi qu'au respect du principe de la proportionnalité, notamment sous l'angle de la gravité de la faute commise par l'étranger, de la durée de son séjour en Suisse et du préjudice qu'il subirait avec sa famille du fait de l'expulsion (cf. les art. 11 al. 3 LSEE et 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]). Même si, selon la lettre de l'art. 17 al. 2 in fine LSEE, une simple violation de l'ordre public suffit à entraîner la déchéance du droit à l'autorisation de séjour du conjoint d'un étranger titulaire d'une autorisation d'établissement, cette extinction doit également respecter le principe de la proportionnalité, conformément aux règles générales du droit administratif; cependant, étant donné qu'en principe une atteinte moindre suffit au regard de l'art. 17 al. 2 in fine LSEE, les intérêts privés opposés pèsent moins lourd dans la balance que s'il s'agissait d'une expulsion ( ATF 122 II 385 consid. 3a p. 390; 120 Ib 129 consid. 4a p. 130/131). 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 que cette ingérence 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. Au demeurant, l' art. 13 al. 1 Cst. - que les recourants n'invoquent d'ailleurs pas - ne confère pas des droits plus étendus que ceux qui sont garantis par l' art. 8 par. 1 CEDH en matière de police des étrangers ( ATF 129 II 215 consid. 4.2 p. 218/219).

### **E. 3.2**

La question de savoir si, dans un cas particulier, les autorités de police des étrangers sont tenues d'accorder une autorisation de séjour fondée sur les art. 17 al. 2 LSEE ou 8 CEDH, respectivement 13 al. 1 Cst., doit être résolue sur la base d'une pesée de tous les intérêts

privés et publics en présence. Lorsque l'intéressé a enfreint l'ordre public, il faut tenir compte en premier lieu de la gravité des actes qu'il a commis ainsi que de sa situation personnelle et familiale. Il y a lieu ensuite d'examiner si l'on peut exiger des membres de la famille qui ont un droit de présence en Suisse qu'ils suivent l'étranger dont l'autorisation de séjour est refusée. Pour trancher cette question, l'autorité compétente ne doit pas statuer en fonction des convenances personnelles des intéressés, mais prendre objectivement en considération leur situation personnelle et l'ensemble des circonstances. Si l'on ne peut pas exiger des membres de la famille pouvant rester en Suisse qu'ils partent à l'étranger, cet élément doit entrer dans la pesée des intérêts en présence mais n'exclut pas nécessairement, en lui-même, un refus de l'autorisation de séjour ( ATF 122 II 1 consid. 2 p. 6; 120 Ib 129 consid. 4b p. 131). Lorsqu'il s'agit d'apprécier la gravité de la faute commise, la peine infligée par le juge pénal est déterminante. Même si celle-ci ou la mesure accessoire de l'expulsion est assortie du sursis, l'autorité de police des étrangers peut refuser une autorisation de séjour à l'intéressé. La pesée des intérêts à laquelle cette autorité doit procéder obéit en effet à des critères différents de ceux qui s'imposent au juge pénal. Toutefois, dans cette pesée des intérêts, l'autorité de police des étrangers doit également tenir compte des considérations de réinsertion sociale inhérentes au droit pénal ( ATF 129 II 215 consid. 3.2 p. 216/217).

### **E. 3.3**

Dans le cas particulier, on constatera tout d'abord que le recourant a été maintes fois dénoncé, mais que beaucoup de ces dénonciations portaient sur des faits constitutifs de petits délits (vols à l'étalage, vols de victuailles, vol d'usage d'une bicyclette, voyage sans titre de transport, participation à des bagarres). Ces actes, réalisés avant la majorité, étaient souvent dus au jeune âge de leurs auteurs, voire à la mauvaise influence d'aînés peu scrupuleux. En outre, bien des dénonciations portaient sur des infractions liées à la consommation, et non pas au trafic, de haschich/marijuana, à l'exclusion de toute drogue dure. De plus et pour autant que cela ressorte du dossier, les dénonciations portant sur des actes commis entre 1993 et 1996 ont débouché sur une seule condamnation, du 24 avril 1998, à un mois d'emprisonnement avec sursis pendant deux ans, qui au demeurant sanctionnait également certaines infractions réalisées en 1997. Cependant, le dossier mentionne aussi des dénonciations postérieures au 1er décembre 1996, date de la majorité du recourant. En outre, par le jugement précité du 7 avril 2000, l'intéressé a été reconnu coupable de brigandage et de vols, ce qui pourrait signifier qu'il a passé à un degré de criminalité supérieur, de nature à créer un intérêt public important à son éloignement. Pour en juger valablement, il faudrait toutefois connaître de manière précise en quoi ont consisté les faits qualifiés de brigandage et de vols dans le jugement susmentionné du 7 avril 2000, quand ils ont été commis et dans quelles circonstances exactes. Ce n'est pas possible sur la base du dossier, puisqu'il ne contient pas ce jugement. On relèvera tout au plus que le Tribunal de l'arrondissement judiciaire VIII de Berne-Laupen n'a pas estimé nécessaire d'infliger au recourant une peine privative de liberté et a préféré ordonner une mesure d'éducation au travail, solution qui semble avoir été adéquate au regard de la suite des événements. En outre, il est constant que, quelques mois après son placement dans une maison d'éducation au travail, le recourant a changé de comportement. Lui qui avait d'abord cherché à transgresser le règlement de l'établissement s'est alors plié à la discipline imposée par l'institution: il a participé aux activités des ateliers et a fourni un travail qualifié de bon. Cette évolution a été jugée suffisante pour qu'au bout d'une année, l'autorité compétente décide de libérer conditionnellement l'intéressé, avec un délai d'épreuve de deux ans.

Cependant, il n'est pas possible de se faire une opinion précise de la transformation du recourant sur la base du dossier, parce qu'il ne contient pas une copie complète de la procédure de libération conditionnelle. Au début de l'année 2001, lorsque l'Office fédéral des réfugiés a statué dans le cadre de l'"Action humanitaire 2000", il a considéré - vraisemblablement à bon droit - que le recourant n'était pas disposé à s'adapter à l'ordre public suisse. Toutefois, la situation était différente quand l'autorité intimée a rendu l'arrêt attaqué. Le recourant avait opéré une véritable conversion, démentant ainsi l'absence de volonté ou de capacité à se conformer à l'ordre établi en Suisse. Non seulement, il a obtenu une libération conditionnelle après avoir passé une année dans un établissement d'éducation au travail, mais encore il n'a apparemment plus occupé les autorités pénales depuis son retour en Suisse en 2002. En outre, il a produit devant l'autorité intimée une attestation de son employeur datant du 11 septembre 2002, selon laquelle il serait un travailleur consciencieux et donnerait "entière satisfaction dans son travail et son comportement". Dans ces conditions, on ne saurait certainement plus refuser une autorisation de séjour à l'intéressé en application de l'art. 17 al. 2 in fine LSEE, sur la base de celles de ses infractions qui n'ont pas fait l'objet du jugement susmentionné du 7 avril 2000. Il pourrait certes en aller autrement si l'on se fondait sur les infractions retenues dans ce jugement, ce qu'il est impossible de faire avant que le dossier ait été complété. Au surplus, il faudrait de toute manière tenir compte des objectifs de réinsertion sociale visés par le jugement précité du 7 avril 2000, qui semblent avoir été atteints, pour autant qu'on puisse en juger en l'état actuel du dossier. Dans le même ordre d'idées, il conviendrait de tenir compte d'un éventuel effet stabilisateur du mariage contracté par le recourant, élément dont les autorités cantonales ne se sont apparemment pas préoccupées. Par ailleurs, le recourant avait un peu moins de douze ans lorsqu'il est arrivé en Suisse. Il y a vécu du 9 septembre 1990 au 8 mai 2001, puis à partir du 11 mars 2002. C'est dans ce pays que se trouve l'ensemble de sa famille la plus proche. Quant à la recourante, elle a affirmé devant l'autorité intimée qu'elle était au bénéfice d'une autorisation d'établissement depuis des années, ce qui n'a pas été contesté. On ignore cependant depuis quand elle demeure en Suisse. De plus, le Tribunal administratif a admis qu'elle était en instance de naturalisation et qu'elle avait, elle aussi, toute sa proche famille en Suisse. On n'a pas de raison d'en douter. On ne saurait par ailleurs suivre l'autorité intimée quand elle considère que les recourants parlent la même langue balkanique. Il ressort en effet du dossier que la langue maternelle du recourant est l'albanais, alors que sa femme parlerait une langue vraisemblablement apparentée au serbo-croate. En l'état du dossier, on peut déjà retenir qu'il existe un intérêt privé important des recourants à pouvoir vivre leur union en Suisse et que, pour la recourante, le fait de devoir suivre son mari à l'étranger représenterait un sacrifice considérable, même si elle ne pouvait ignorer le risque qu'elle encourait en épousant un étranger indésirable en Suisse, circonstance qui doit être prise en compte (cf. l'arrêt 2A.42/2001 du 11 mai 2001, consid. 3b), la solution contraire ne pouvant, en dépit de ce que soutiennent les recourants, être déduite de l'art. 17 al. 2 LSEE. Comme on vient de le voir, le dossier manque de différents éléments essentiels pour procéder à la pesée de tous les intérêts en présence. Ainsi, le Tribunal administratif a établi les faits de manière incomplète sur des points décisifs pour l'issue du litige, ce qui, au demeurant, ne permet pas à l'autorité de céans de statuer elle-même sur le fond. Il convient donc d'annuler l'arrêt attaqué et de renvoyer la cause au Tribunal administratif pour qu'il procède à un complément d'instruction, puis prenne une nouvelle décision. Il lui appartiendra, en particulier, de se faire produire le jugement précité du 7 avril 2000 et le dossier complet de la procédure de libération conditionnelle du recourant. Le Tribunal

administratif devra en outre établir depuis quand la recourante se trouve en Suisse et quels inconvénients elle aurait à subir si elle devait suivre son mari à l'étranger. Il lui incombera aussi de procéder à une instruction pour savoir dans quelles circonstances le mariage des recourants a été conclu. Enfin, l'autorité intimée devra tenir compte de l'évolution de la situation ultérieure à la date de l'arrêt entrepris, notamment pour savoir si le recourant a subi avec succès le délai d'épreuve assortissant sa libération conditionnelle.

#### **E. 4**

Comme le présent recours doit de toute façon être admis pour constatation incomplète des faits pertinents, il n'est pas nécessaire d'examiner les autres griefs soulevés par les recourants. Il convient cependant de formuler quelques indications, pour le cas où le Tribunal administratif serait amené à examiner la présente cause sous l'angle de la bonne foi, compte tenu en particulier de l'octroi d'un visa au recourant.

##### **E. 4.1**

D'après le Tribunal administratif, l'autorité cantonale compétente qui a émis, le 22 février 2002, une autorisation habilitant les représentations suisses à délivrer un visa au recourant pour lui permettre de revenir en Suisse n'était pas liée par cet acte lorsqu'elle a dû statuer sur l'octroi, ou le refus, d'une autorisation de séjour à l'intéressé. L'autorité intimée a considéré qu'un visa donnait seulement le droit de passer la frontière et que, dans le cas particulier, il avait uniquement la fonction de laisser l'intéressé gagner la Suisse pour y déposer une demande d'autorisation de séjour tout en vivant auprès de sa femme durant la procédure d'examen de sa requête. Vu sa portée pratique limitée, le visa en cause ne constituait pas une promesse de l'autorité cantonale compétente garantissant la délivrance ultérieure d'une autorisation de séjour. Cette argumentation ne saurait convaincre.

##### **E. 4.2**

L'arrêt attaqué se fonde sur l'art. 2 al. 2, dans sa version initiale, de l'ordonnance du 10 avril 1946 concernant l'entrée et la déclaration d'arrivée des étrangers (RS 1 p. 129) selon lequel, en particulier, le visa ne donne le droit que de passer la frontière. Or, cette ordonnance a été abrogée et remplacée par l'ordonnance du 14 janvier 1998 concernant l'entrée et la déclaration d'arrivée des étrangers (OEArr; RS 142.211), en vigueur depuis le 1er février 1998 ( art. 29 et 31 OEArr ) et la nouvelle ordonnance ne contient aucune disposition correspondant à l'art. 2 al. 2 de l'ancienne. Ainsi, la base réglementaire de l'arrêt entrepris est erronée.

##### **E. 4.3**

Par ailleurs, le Tribunal fédéral s'est déjà prononcé sur la portée de l'habilitation conférée par l'Office fédéral, sur proposition de l'autorité cantonale de police des étrangers, à une représentation suisse à l'étranger de délivrer un visa en vue d'un séjour de durée indéterminée. Il a considéré qu'une telle habilitation équivalait à l'assurance de l'octroi d'une autorisation de séjour donnée, à l'étranger, à une personne non soumise à l'obligation du visa (arrêt 2A.2/2000 du 16 mai 2000, consid. 3a). Il a estimé que l'étranger auquel une telle assurance avait été donnée possédait en principe un droit à la délivrance d'une autorisation de séjour, pour autant que des raisons particulières ne s'y opposent pas. En pareilles circonstances, le refus de l'autorisation de séjour pouvait être comparé à la révocation d'une promesse de l'autorité et la question devait être jugée selon le principe de la bonne foi (arrêt 2A.2/2000 du 16 mai 2000, consid. 3b). Cette jurisprudence a été rendue sous l'empire de l'ancienne réglementation, soit l'ordonnance précitée du 10 avril 1946. En droit actuel, il

convient de retenir, sous l'angle du principe de la bonne foi, que, lorsqu'un visa a été délivré, fût-ce à tort, en vue d'un séjour durable, seuls des motifs importants peuvent justifier le refus d'une autorisation de séjour. Les recourants se sont mariés alors que XL. \_\_\_\_\_ faisait l'objet d'une interdiction d'entrée en Suisse valable pour une durée indéterminée. C'est dans ce contexte que la recourante a demandé un visa d'entrée en Suisse pour son mari. L'autorité cantonale compétente a émis, le 22 février 2002, à l'intention de la représentation suisse à Pristina, une "autorisation habilitant les représentations suisses à délivrer un visa (AE)". Ce document mentionnait comme code d'admission "4001 Regroupement familial", comme motif du séjour "Séjour auprès du conjoint" et comme durée du séjour "12 mois de suite, à renouveler". Il précisait encore que l'autorisation était valable jusqu'au 21 mai 2002. C'est donc à l'aune des principes mentionnés ci-dessus que la situation doit cas échéant être examinée.

#### **E. 4.4**

Enfin, si les autorités compétentes de police des étrangers étaient amenées à délivrer une autorisation de séjour au recourant, elles devraient l'informer qu'un nouveau comportement répréhensible de sa part devrait être apprécié à la lumière de ses infractions antérieures et compromettrait son séjour en Suisse.

#### **E. 5**

Vu ce qui précède, le recours doit être admis et l'arrêt attaqué annulé. La cause doit être renvoyée à l'autorité intimée pour complément d'instruction et nouvelle décision. Bien qu'il succombe, le canton de Fribourg n'a pas à supporter les frais judiciaires ( art. 156 al. 2 OJ ). Les recourants ont droit à des dépens ( art. 159 al. 1 OJ ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.