

# BGer 2C\_198/2023 vom 7. Februar 2024

Bundesgericht, 2024-02-07, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_198\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_198_2023)

FR: TF 2C\_198/2023 du 7 février 2024

IT: TF 2C\_198/2023 del 7 febbraio 2024

## Erwägungen

### E. 1

Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence ( art. 29 al. 1 LTF ) et contrôle librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis ( ATF 147 I 268 consid. 1).

#### E. 1.1.1

L' art. 83 let . c ch. 2 LTF prévoit que le recours en matière de droit public 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. Cela signifie a contrario que cette voie de recours est ouverte lorsque la partie recourante peut se prévaloir d'un droit à l'obtention de l'autorisation sollicitée. Selon la jurisprudence, il suffit à cet égard qu'il existe un droit potentiel à l'autorisation, étayé par une motivation soutenable, pour que l' art. 83 let . c ch. 2 LTF ne s'applique pas et, partant, qu'un recours en matière de droit public soit envisageable ( ATF 147 I 89 consid. 1.1.1; 139 I 330 consid. 1.1).

#### E. 1.1.2

En l'occurrence, les recourants résident en Suisse depuis près de dix ans au bénéfice d'une admission provisoire et il ne ressort pas de l'arrêt attaqué qu'ils pourraient être amenés à devoir quitter la Suisse dans un avenir prévisible. Dans ces circonstances, ils font valoir de manière défendable qu'ils pourraient se prévaloir d'un droit à une autorisation de séjour fondé sur le respect de la vie privée garanti par l' art. 8 par. 1 CEDH (cf. ATF 147 I 268 consid. 1.2). La question de savoir si les conditions à l'octroi d'une autorisation de séjour sont effectivement remplies relèvent du fond ( ATF 147 I 268 consid. 1.2.7 et les références).

#### E. 1.1.3

En revanche, les recourants ne peuvent pas se prévaloir de l' art. 8 par. 1 CEDH sous l'angle de la protection de la vie familiale. En effet, les deux parents conservent leur droit de résider en Suisse et l'arrêt attaqué, qui ne met pas fin au séjour des recourants dans ce pays, ne conduit donc pas à la séparation de la famille.

Par ailleurs, sous l'angle de la recevabilité, les recourants n'invoquent à juste titre ni l'art. 30 al. 1 let. b de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration [LEI; RS 142.20]), qui porte sur l'autorisation pour cas de rigueur, ni l' art. 44 LEI , qui concerne le regroupement familial en lien avec une personne titulaire d'une autorisation de séjour, ni l' art. 84 al. 5 LEI , qui prévoit la possibilité pour une personne admise provisoirement de déposer une demande d'autorisation de séjour, puisque ces dispositions ne confèrent pas un droit à une autorisation de séjour (cf. art. 83 let . c ch. 2 et 5 LTF; arrêts 2C\_775/2022 du 26 janvier 2023 consid. 3.1; 2C\_671/2021 du 15 février 2022 consid. 2, tous deux avec les références; 2C\_370/2022 du 28 juillet 2022 consid. 1.2; 2C\_689/2017 du 1er février 2018

consid. 1.2.1). Concernant l' art. 84 al. 5 LEI , il ressort d'ailleurs des travaux préparatoires que le législateur avait sciemment renoncé à prévoir un droit à une autorisation de séjour après une certaine durée passée en Suisse au titre d'une admission provisoire (cf. BO 2004 CN p. 1126 ss et 1246; BO 2005 CE p. 314 s. et 976; RUEDI ILLES, in Bundesgesetz über Ausländerinnen und Ausländer [AUG], 2010, n° 1 ad art. 84 LEI ).

Les recourants ne peuvent pas non plus se prévaloir de ces dispositions dans le cadre d'un recours constitutionnel subsidiaire, y compris en invoquant l'arbitraire, puisque celles-ci ne confèrent pas de droit à l'octroi d'une autorisation de séjour et que la qualité pour former pareil recours suppose un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée ( art. 115 let. b LTF ; cf. ATF 145 I 239 consid. 5.3.3; 133 I 185 consid.6.1 et 6.3; arrêt 2C\_186/2021 du 25 février 2021 consid. 4).

#### **E. 1.1.4**

La voie du recours en matière de droit public est ainsi ouverte, ce qui a pour conséquence que le recours constitutionnel subsidiaire, également déposé par les recourants, est irrecevable ( art. 113 LTF a contrario).

#### **E. 1.2**

Les recourants, qui ont manifestement qualité pour recourir dans la mesure où ils jouissent d'un intérêt digne de protection à la modification de l'arrêt attaqué (cf. art. 89 al. 1 LTF ), ont pour le reste déposé leur recours en matière de droit public en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF ) et dans les formes prescrites ( art. 42 LTF ), à l'encontre d'une décision finale ( art. 90 LTF ) rendue par une autorité cantonale supérieure de dernière instance ( art. 86 al. 1 let. d et al. 2 LTF) de sorte qu'il convient d'entrer en matière.

#### **E. 2.1**

Saisi d'un recours en matière de droit public, le Tribunal fédéral examine librement la violation du droit fédéral et international (art. 95 let. a et b et art. 106 al. 1 LTF ). Toutefois, les griefs de violation des droits fondamentaux sont soumis à des exigences de motivation accrues (cf. art. 42 al. 2 et 106 al. 2 LTF). Dans ce cas, l'acte de recours doit contenir un exposé succinct des droits fondamentaux violés et préciser en quoi consiste la violation (cf. ATF 145 I 121 consid. 2.1).

Le Tribunal fédéral n'est pas lié par les motifs de l'autorité précédente ni par les moyens des parties. Il peut donc admettre le recours pour d'autres motifs que ceux invoqués par le recourant, comme il peut le rejeter en opérant une substitution de motifs ( ATF 146 IV 88 consid. 1.3.2; 141 V 234 consid. 1; 139 II 404 consid. 3).

#### **E. 2.2**

Le Tribunal fédéral conduit son raisonnement juridique sur la base des faits constatés par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ), sous réserve des cas prévus à l' art. 105 al. 2 LTF . Selon l' art. 97 al. 1 LTF , le recours ne peut critiquer les constatations de fait que si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte - notion qui correspond à celle d'arbitraire - ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause ( ATF 142 II 355 consid. 6; 139 II 373 consid. 1.6). Conformément à l' art. 106 al. 2 LTF , la partie recourante doit expliquer de manière circonstanciée en quoi ces conditions seraient réalisées. A défaut, il n'est pas possible de tenir compte d'un état de fait qui diverge de celui qui est contenu dans l'acte attaqué (cf. arrêt 2C\_300/2019 du 31 janvier 2020 consid. 2.2, non publié in ATF 146 II 309 ). Aucun

fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente ( art. 99 al. 1 LTF ).

En l'espèce, les recourants ne dénoncent pas d'arbitraire dans l'établissement des faits. Le Tribunal fédéral se prononcera donc sur la base des faits tels qu'ils ressortent de l'arrêt attaqué, sous réserve de l' art. 105 al. 2 LTF .

### **E. 3**

L'objet du litige porte sur l'octroi d'une autorisation de séjour aux recourants, en lieu et place de leur admission provisoire. Il ne concerne ni une mesure mettant fin à leur séjour en Suisse, ni le statut de leur mère, également au bénéfice d'une admission provisoire.

### **E. 4**

Soulevant un grief de nature formelle qu'il convient d'examiner en premier lieu (cf. notamment ATF 141 V 557 consid. 3), les recourants se plaignent d'une violation de leur droit d'être entendus en invoquant les art. 29 al. 2 Cst. (RS 101) et 12 de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (CDE; RS 0.107).

#### **E. 4.1**

La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu de l' art. 29 al. 2 Cst. l'obligation pour l'autorité de motiver sa décision, afin que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause ( ATF 146 II 335 consid. 5.1; 143 III 65 consid. 5.2; 142 I 135 consid. 2.1). Pour satisfaire à cette exigence, il suffit que l'autorité mentionne au moins brièvement les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision. Elle n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à ceux qui, sans arbitraire, peuvent être tenus pour pertinents ( ATF 146 II 335 consid. 5.1; 142 II 154 consid. 4.2; 138 I 232 consid. 5.1 et les références). Dès lors que l'on peut discerner les motifs qui ont guidé la décision de l'autorité, le droit à une décision motivée est respecté même si la motivation présentée est erronée. La motivation peut d'ailleurs être implicite et résulter des différents considérants de la décision ( ATF 141 V 557 consid. 3.2.1 et les références).

Selon l' art. 12 al. 1 CDE , les Etats parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité. L' art. 12 al. 2 CDE prévoit que, à cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale. ( ATF 147 I 149 consid. 3.2; 144 II 1 consid. 6.5; 136 II 78 consid. 4.8). Comme il ressort du libellé de l' art. 12 al. 2 CDE , une audition personnelle n'est donc pas indispensable dans tous les cas; si les enfants sont représentés par leurs parents et que leurs intérêts respectifs coïncident, l'avis des enfants peut être présenté sans audition personnelle par leurs parents, dans la mesure où les faits pertinents peuvent être établis à suffisance de droit même sans cette audition ( ATF 147 I 149 consid. 3.2; 144 II 1 consid. 6.5; 136 II 78 consid. 4.8). L' art. 12 CDE est une norme directement applicable, dont la violation peut être alléguée devant le Tribunal fédéral ( ATF 147 I 149 consid. 3.2; 124 III 90 consid. 3a).

#### **E. 4.2**

En l'occurrence, la motivation de l'arrêt du 1er mars 2023 satisfait aux exigences minimales déduites de l'art. 29 al. 2 de la Constitution. Le Tribunal cantonal a expliqué pour quels motifs il estimait que les recourants au bénéfice d'une admission provisoire ne pouvaient pas prétendre à une autorisation de séjour, en dépit notamment du statut de leur père, titulaire d'une autorisation de séjour, et de leur bonne intégration en Suisse. Il retient également que le refus d'autorisation de séjour n'a pas pour effet de violer l'intérêt supérieur des enfants. Les recourants ont d'ailleurs été en mesure de critiquer l'arrêt en connaissance de cause, en se prévalant notamment des art. 8 CEDH et 3 CDE.

Concernant l'art. 12 CDE, les recourants sont représentés par leur mère. Les intérêts des enfants leur sont ici propres. Toutefois, ils ne vont en aucun cas à l'encontre des intérêts de leur mère, dès lors que la présente procédure ne porte pas atteinte à son propre séjour en Suisse. Le fait que la mère mène cette procédure dans l'intérêt exclusif de ses enfants ne signifie pas qu'elle ne serait pas en mesure de faire valoir tous les faits pertinents nécessaires et qu'une audition des enfants serait indispensable, contrairement à ce qui prévalait dans l'ATF 147 I 149. Les recourants ne l'expliquent du reste nullement. On ne voit dès lors pas que la renonciation à leur audition serait contraire à la CDE.

Le grief de violation des art. 29 al. 2 Cst. et 12 CDE est partant infondé.

#### **E. 5**

Comme déjà indiqué, l'objet du litige ne peut pas porter sur l'octroi d'une autorisation de séjour fondée sur l'art. 84 al. 5 LEI, en raison des clauses d'exclusion de l'art. 83 LTF (cf. supra consid. 1.1.3). Le présent litige se limite à examiner si les recourants peuvent prétendre à l'obtention d'une autorisation de séjour basée sur les dispositions constitutionnelles et conventionnelles qu'ils invoquent, à savoir sur les art. 8 et 13 Cst., 8 et 14 CEDH et 2, 3 et 6 CDE.

#### **E. 6.1**

Les recourants, s'appuyant sur les art. 8 par. 1 CEDH et 13 Cst. (lequel a une portée identique à celle de l'art. 8 CEDH [cf. ATF 146 I 20 consid. 5.1]), font valoir que le refus de leur accorder une autorisation de séjour et leur maintien dans le statut de personnes admises à titre provisoire représente une atteinte à leur droit à la vie privée et familiale qui ne respecte pas le principe de la proportionnalité. Ils reprochent en particulier à l'autorité précédente d'avoir considéré, en s'appuyant sur les directives du Secrétariat d'Etat aux migrations, qu'ils devaient obtenir le statut du parent avec lequel ils faisaient ménage commun, soit celui de leur mère, alors qu'ils allèguent entretenir des relations étroites avec leur père. En outre, ils mettent en avant le caractère précaire d'une admission provisoire, qui limite leur possibilité de voyager et de poursuivre graduellement leur intégration. Selon eux, leur intérêt supérieur (art. 3 CDE) n'a pas été suffisamment pris en compte et aucun intérêt public ne justifie le refus d'autorisation de séjour prononcé.

#### **E. 6.2**

Dans l'arrêt attaqué, le Tribunal cantonal retient qu'en principe, les recourants doivent avoir le statut de leur mère, qui est admise provisoirement en Suisse. Il écarte l'application de l'art. 8 CEDH en se référant à la protection de la vie familiale, mais sans examiner la question sous l'angle de la protection de la vie privée.

#### **E. 6.3**

En l'occurrence, il y a tout d'abord lieu de rappeler que, dans le présent cas, la protection de l' art. 8 CEDH ne peut être invoquée qu'en lien avec la protection de la vie privée et non de la vie familiale (cf.

supra consid. 1.1.3).

Ensuite, il faut relever que, contrairement à ce que soutient le Tribunal cantonal, les enfants mineurs peuvent avoir un statut de séjour différent de celui de leur mère (cf., pour ex., arrêts 2C\_109/2023 du 4 juillet 2023; 2C\_257/2020 du 18 mai 2020; ce qui ne s'oppose pas au fait, qu'en principe, ils devront la suivre en cas de départ à l'étranger si elle en a la garde [cf. ATF 143 I 21 consid. 5.4; arrêt 2C\_836/2022 du 22 mars 2023 consid. 4.2 et l'autre référence citée]). A cet égard, l'autorité précédente se réfère à mauvais escient aux directives LEI d'octobre 2013 établies par le Secrétariat d'Etat aux migrations (telles qu'actualisées le 1er mars 2022). En effet, le ch. 6.1.2 desdites directives, mentionné dans l'arrêt attaqué, précise le statut d'un enfant né hors mariage, ce qui n'est pas le cas des recourants. En outre, il ne ressort pas de celui-ci que l'enfant devrait par la suite conserver le même statut que le parent qui en a la garde. Dans le cas d'espèce, cette directive ne s'oppose donc pas à l'acquisition par les recourants d'un statut différent de celui de leur mère (cf. également le ch. 5.6.8 des directives précitées). Par ailleurs, il y a lieu de préciser que cette directive constitue une directive administrative qui n'a pas d'effets contraignants pour le juge ( ATF 141 II 338 consid. 6.1).

#### **E. 6.4**

La présente cause ne porte pas sur une mesure mettant fin au séjour en Suisse. La jurisprudence développée en lien avec une telle situation et le droit au respect de la vie privée (cf. ATF 144 I 266 ) n'est donc pas pleinement transposable au cas d'espèce. Il convient bien plus d'examiner si les autorités fribourgeoises avaient l'obligation (positive) de délivrer une autorisation de séjour aux recourants pour leur permettre de garantir les éléments couverts par la vie privée.

La CourEDH a précisé que, dans le contexte des obligations positives comme dans celui des obligations négatives, l'Etat doit ménager un juste équilibre entre les intérêts concurrents de l'individu et de la communauté dans son ensemble, les objectifs visés au par. 2 de l'art. 8, à savoir le respect du principe de la proportionnalité, jouant un certain rôle. Dans ce cadre, l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation (cf. arrêts CourEDH

Hämäläinen c. Finlande , du 16 juillet 2014 [requête n° 37359/09], § 65 ss;

Rodrigues Da Silva et Hoogkamer c. Pays-Bas , du 31 janvier 2006 [requête n° 50435/99], § 39; concernant la notion d'obligation positive, cf. également NATHANAËL PÉTERMANN, Les obligations positives de l'Etat dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, 2014, p. 41 ss et 49 s.). La CourEDH a également indiqué à plusieurs reprises que l' art. 8 CEDH ne garantissait pas à l'intéressé le droit à un type particulier de titre de séjour (permanent, temporaire ou autre), à condition que la solution proposée par les autorités lui permette d'exercer sans entrave ses droits au respect de la vie privée et familiale (arrêts CourEDH

B.A.C. c. Grèce , du 13 octobre 2016, [requête n° 11981/15], § 35;

Aristimuño Mendizabal c. France , du 17 janvier 2006 [requête n° 51431/99], § 66).

#### **E. 6.5**

Selon la CourEDH, la notion de "vie privée" de l' art. 8 CEDH est une notion large qui ne peut pas faire l'objet d'une définition exhaustive. Cette disposition protège le droit à l'épanouissement personnel, que ce soit sous la forme du développement personnel ou sous celle de l'autonomie personnelle (cf. arrêts CourEDH

**B**■rbulescu c. Roumanie du 5 septembre 2017 [requête n° 61496/08], § 70 et les références;

Nada c. Suisse du 12 septembre 2012 [requête n° 10593/08], § 151 s.). L' art. 8 CEDH garantit à l'individu une sphère dans laquelle il peut poursuivre librement le développement et l'épanouissement de sa personnalité (arrêt CourEDH

A.-M.V. c. Finlande , du 23 mars 2017 [requête n° 53251/13], § 76 et les références).

### **E. 6.6**

Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de se pencher sur les inconvénients que présentait le statut d'admis provisoire par rapport au bénéficiaire d'une autorisation de séjour et d'examiner si ceux-ci étaient propres à entraîner une ingérence dans la protection de la vie privée garantie par l' art. 8 par. 1 CEDH (cf. ATF 147 I 268 ). Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a comparé, au regard du cas d'espèce (femme née en 1953, en Suisse depuis 1998 et au bénéfice d'une admission provisoire depuis un peu plus de dix ans), les caractéristiques de l'admission provisoire avec celles de l'autorisation de séjour. Il est arrivé à la conclusion que le statut d'admis provisoire comportait surtout des contraintes au niveau de la mobilité intercantonale et internationale (consid. 4.2 s.). Selon lui, l'atteinte au droit au respect de la vie privée qui pourrait découler de ce statut ne pouvait pas être qualifiée de grave (consid. 4.3). Constatant qu'en l'espèce, le refus d'une autorisation de séjour était de toutes les façons justifié en application de l' art. 8 par. 2 CEDH , le Tribunal fédéral a laissé cependant ouverte la question de savoir si les inconvénients liés à la présence précaire en Suisse de l'intéressée étaient graves au point de porter atteinte à la sphère de protection de l' art. 8 par. 1 CEDH (cf. ATF 147 I 268 consid. 4.2 ss).

### **E. 6.7**

En l'espèce, il convient donc d'examiner si le statut de personnes admises à titre provisoire est contraire au droit des recourants au respect de leur vie privée. L'examen doit se faire en prenant en compte l'intérêt supérieur des enfants, indépendamment du statut de leur mère.

#### **E. 6.7.1**

Les recourants ont certes un intérêt à pouvoir progressivement affirmer leur droit de présence en Suisse par l'obtention d'une autorisation de séjour, puis éventuellement d'établissement, voire par le biais d'une naturalisation, ce que leur statut de personne admise à titre provisoire ne leur permet pas de faire (cf. notamment art. 34 al. 2 let. a et 4 LEI et art. 9 al. 1 let. a de la loi fédérale du 20 juin 2014 sur la nationalité suisse [LN; RS 141.0]). Toutefois, dans les présentes circonstances, où les recourants ne sont pas exposés à un renvoi dans un avenir prévisible, on ne voit pas que ce désavantage entraînerait, au moment déterminant où l'arrêt attaqué a été rendu, une atteinte au respect de leur vie privée. A cet égard, on relèvera que leur statut actuel ne les empêche pas d'avoir en Suisse une vie sociale, d'y être scolarisés et d'y exercer des activités extra-scolaires. Compte tenu de leur âge, l'impossibilité d'aller à l'étranger avec leur classe, invoquée de manière théorique, ne constitue pas une limitation concrète de leur droit au respect de la vie privée. Ils peuvent en Suisse exercer sans entrave significative ledit droit et, au vu de leur âge, y poursuivre

librement, avec leurs deux parents, le développement et l'épanouissement de leur personnalité. Ces éléments révèlent également que les intéressés peuvent concrètement s'intégrer en Suisse, étant par ailleurs précisé que la durée du séjour effectuée au titre d'une admission provisoire est prise en compte, de façon réduite, dans le cadre d'une naturalisation ( art. 33 al. 1 let. b LN ). Leurs intérêts supérieurs, tels qu'ils découlent de la CDE (à savoir notamment le droit au développement personnel, à ne pas être séparés de leurs parents et d'être élevés par eux, ainsi que le droit à l'éducation; cf. art. 3, 6, 7 al. 1, 9 al. 1 et 28 CDE) sont préservés, étant rappelé que l' art. 3 CDE ne fonde pas de prétention directe à l'octroi ou au maintien d'une autorisation ( ATF 144 I 91 consid. 5.2 et les arrêts cités; arrêt 2C\_763/2021 du 25 juillet 2022 consid. 7.3.1).

Contrairement à ce que laisse entendre l'autorité précédente, les contraintes d'une personne admise provisoirement pour voyager à l'étranger dépassent le simple désagrément de devoir accomplir des démarches administratives. Le visa de retour que celle-ci doit acquérir n'est en effet délivré qu'à certaines conditions, notamment dans des cas d'urgence ou spéciaux ou pour des raisons humanitaires (cf. art. 9 al. 1 et 4 de l'ordonnance fédérale du 14 novembre 2012 sur l'établissement de documents de voyage pour étrangers [ODV; RS 143.5]) et le livret pour étranger F, remis à la personne admise provisoirement, ne lui permet pas de passer la frontière (art. 20 al. 2 ph. 3 de l'ordonnance fédérale du 11 août 1999 sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers [OERE; RS 142.281]). Cette restriction dans la mobilité peut être considérée dans le cas d'un séjour de longue durée comme une atteinte au droit au respect de la vie privée. Au regard de l'âge des recourants, qui ont 10 et 12 ans, cette atteinte doit toutefois être qualifiée de légère. Elle ne permet pas de retenir, à elle seule, qu'elle serait grave au point de faire tomber la cause dans la sphère de protection de l' art. 8 par. 1 CEDH (cf. ATF 147 I 268 consid. 4.2.3 et 4.4).

#### **E. 6.7.2**

Il est par ailleurs indéniable qu'en dépit de la possibilité de travailler offerte aux personnes au bénéfice d'une admission provisoire depuis le 1er janvier 2019 ( art. 85a LEI ), un tel statut est propre à compliquer l'accès à une place d'apprentissage en comparaison avec une personne titulaire d'une autorisation de séjour (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral F-5147/2018 du 10 juin 2020 consid. 6.5.2). En outre, après dix ans de séjour au titre d'une admission provisoire, durée encore non atteinte dans le cas d'espèce, seuls des motifs sérieux peuvent justifier le refus de l'autorisation requise (cf. ATF 144 I 266 consid. 3.9). Cela étant, savoir si l'octroi d'un titre de séjour en lien avec une possibilité d'apprentissage s'imposerait, même si les recourants ne bénéficiaient pas d'une admission provisoire depuis dix ans n'a toutefois pas à être tranchée, cette question étant hypothétique compte tenu de leur âge.

#### **E. 6.7.3**

En conclusion, dans les présentes circonstances, le refus de l'autorisation en cause ne viole pas les obligations positives de l'Etat au regard du droit au respect de la vie privée. Le grief de violation de l' art. 8 CEDH est partant infondé.

#### **E. 6.7.4**

Par ailleurs, ce qui précède ne préjuge en rien de l'issue d'une nouvelle demande d'autorisation de séjour fondée sur l' art. 84 al. 5 LEI , notamment lorsque les recourants seront en âge d'envisager un apprentissage.

## **E. 7**

Les recourants dénoncent une violation du principe de l'interdiction de discrimination, en invoquant les art. 2 CDE , 14 CEDH et 8 Cst. Ils font valoir que le fait de se voir appliquer un traitement différent de celui de leur père et de celui d'un enfant dont les parents ne sont pas divorcés viole le principe d'interdiction précité, dans l'examen de leur droit à l'octroi d'une autorisation de séjour, selon l' art. 8 CEDH . Ils voient aussi une telle violation dans le fait de ne pas pouvoir comptabiliser les années au bénéfice d'une autorisation de séjour pour prétendre à une autorisation d'établissement et en vue du dépôt d'une demande de naturalisation.

### **E. 7.1**

Selon l' art. 8 al. 2 Cst. , nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, de son sexe, de son âge, de sa langue, de sa situation sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique. Une discrimination au sens de l' art. 8 al. 2 Cst. est réalisée lorsqu'une personne est juridiquement traitée de manière différente, uniquement en raison de son appartenance à un groupe déterminé historiquement ou dans la réalité sociale contemporaine, mise à l'écart ou considérée comme de moindre valeur. La discrimination constitue une forme qualifiée d'inégalité de traitement de personnes dans des situations comparables, dans la mesure où elle produit sur un être humain un effet dommageable, qui doit être considéré comme un avilissement ou une exclusion, car elle se rapporte à un critère de distinction qui concerne une part essentielle de l'identité de la personne intéressée ou à laquelle il lui est difficilement possible de renoncer ( ATF 148 I 160 consid. 8.1 et la référence).

En l'occurrence, le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de préciser que les réfugiés admis à titre provisoire, en tant que groupe, ne tombaient pas dans le champ de protection de l' art. 8 al. 2 Cst. (cf. arrêt 1D\_3/2014 du 11 mars 2015 consid. 5.2). Le grief de violation de cette disposition est partant infondé.

Par ailleurs, le statut d'enfants de parents divorcés repose sur des considérations juridiques et non sociales. Il ne s'agit pas d'un élément essentiel de l'identité et une caractéristique proprement dite de la personnalité des personnes concernées. On ne peut partant pas retenir que ce statut constituerait un groupe visé par l'art. 8 al. 2 de la Constitution.

### **E. 7.2**

Selon la jurisprudence constante de la CourEDH, l' art. 14 CEDH complète les autres clauses normatives de la Convention et de ses Protocoles. Il n'a pas d'existence indépendante. Il est en revanche autonome, son application ne présupposant pas nécessairement la violation de l'un des droits matériels garantis par la Convention. Pour que l' art. 14 CEDH trouve application il faut que les faits de la cause tombent "sous l'empire" de l'un au moins des art. de la Convention (cf. arrêt CourEDH

Semenya c. Suisse du 11 juillet 2023 [requête n° 10934/21], § 119 s. et les références).

Dans les présentes circonstances, les griefs des recourants ne tombant pas dans le champ de protection de l' art. 8 CEDH (cf.

supra consid. 6.7.1 s.), l' art. 14 CEDH ne s'applique pas.

### **E. 7.3**

L' art. 2 CDE s'applique de façon accessoire, c'est-à-dire que la discrimination n'est interdite que par rapport aux garanties de la CDE (cf. NULA FREI, La mise en oeuvre de la CDE par les villes et les communes suisses, in *Revue suisse de droit international et européen*, 2022 p. 585, 596 et la référence).

En l'espèce, la violation de l' art. 2 CDE n'est pas motivée en lien avec une autre disposition de la CDE. Les requérants n'indiquent pas dans l'exercice de quel droit énoncé par la CDE ils seraient discriminés. Le grief doit partant être écarté faute de motivation suffisante ( art. 106 al. 2 LTF ).

#### **E. 7.4**

Les griefs de violation des art. 8 al. 2 Cst. , 14 CEDH et 2 CDE doivent ainsi être rejetés dans la mesure de leur recevabilité.

Le Tribunal cantonal n'a dès lors pas violé le droit conventionnel en confirmant le refus d'octroi d'autorisations de séjour aux requérants.

Cela étant, sous l'angle du droit interne, il y a lieu de rappeler que de par sa conception, le statut de personne admise à titre provisoire en Suisse n'est pas conçu pour durer (cf. art. 84 al. 5 LEI ; arrêt 1D\_3/2014 du 11 mars 2015 consid. 5.2.4) et que les requérants resteront libres de déposer une nouvelle demande d'autorisation de séjour ultérieurement.

#### **E. 8**

Les requérants se plaignent d'une violation de leur droit à l'assistance d'un défenseur, en invoquant notamment l'art. 29 de la Constitution.

##### **E. 8.1**

A teneur de l' art. 29 al. 3 Cst. , 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. Elle a en outre droit à l'assistance gratuite d'un défenseur, dans la mesure où la sauvegarde de ses droits le requiert.

L'absence de chances de succès peut résulter des faits ou du droit. L'assistance judiciaire est ainsi refusée s'il apparaît d'emblée que les faits pertinents allégués sont invraisemblables ou ne pourront pas être prouvés. Il en va de même si, en droit, la démarche du requérant paraît d'emblée irrecevable ou juridiquement infondée. Déterminer s'il existe des chances de succès est une question de droit, que le Tribunal fédéral examine librement (arrêt 2C\_1028/2022 du 22 mars 2023 consid. 6).

##### **E. 8.2**

Le Tribunal cantonal a refusé l'octroi de l'assistance judiciaire en raison de l'absence de chance de succès du recours déposé devant lui. Le litige se limite donc à ce point.

En l'occurrence, l' art. 84 al. 5 LEI prévoit que les demandes d'autorisation de séjour déposées par un étranger admis à titre provisoire et résidant en Suisse depuis plus de cinq ans doivent être examinées de manière approfondie, en fonction de son niveau d'intégration, de sa situation familiale et de l'exigibilité d'un retour dans son pays de provenance. En outre, la jurisprudence n'exclut pas qu'une personne au bénéfice d'une admission provisoire en Suisse et résidant dans ce pays depuis une longue période puisse se prévaloir de l' art. 8 CEDH sous l'angle du droit au respect de la vie privée pour prétendre à l'octroi d'une autorisation de séjour en Suisse ( ATF 147 I 268 ). Dès lors, sur le vu de la durée du séjour

en Suisse des recourants, qui sont au bénéfice d'une admission provisoire depuis un peu moins de dix ans, de leur bonne intégration dans ce pays et du statut de leur père qui est titulaire d'une autorisation de séjour, le recours déposé contre le refus d'autorisation de séjour prononcé par le Service cantonal n'était pas dénué de chance de succès.

Le Tribunal cantonal ne pouvait ainsi pas refuser l'assistance judiciaire pour ce motif. Le recours est partant bien fondé sur ce point.

#### **E. 9**

Les considérants qui précèdent conduisent à l'admission très partielle du recours en matière de droit public et à l'annulation de l'arrêt attaqué dans la mesure où il rejette la requête d'assistance judiciaire déposée par les recourants. Il est rejeté pour le surplus. Le recours constitutionnel subsidiaire est irrecevable (cf.

supra consid. 1.1.4). La cause est renvoyée au Tribunal cantonal pour qu'il examine si les autres conditions de l'assistance judiciaire, que celle des chances de succès, sont réalisées (à savoir celles de l'indigence et de la nécessité d'une représentation d'office) et pour qu'il rende une nouvelle décision sur ce point.

#### **E. 10**

Les recourants, qui obtiennent (très) partiellement gain de cause avec l'assistance d'un avocat, ont droit à des dépens réduits, à la charge de l'Etat de Fribourg ( art. 68 al. 2 LTF ). Ces dépens seront versés à leur avocate, dès lors qu'ils obtiennent l'assistance judiciaire (cf. infra consid. 11).

#### **E. 11**

Les frais judiciaires, eux aussi réduits, doivent en principe être mis à la charge des recourants qui succombent partiellement ( art. 66 al. 1 et 4 LTF ). Ils ont toutefois déposé une demande d'assistance judiciaire complète pour la procédure fédérale.

##### **E. 11.1**

Selon la jurisprudence, seuls les avocats autorisés à pratiquer la représentation en justice et qui remplissent donc les conditions pour être inscrits à un registre cantonal des avocats selon l'art. 8 de la loi fédérale du 23 juin 2000 sur les avocats (LLCA; RS 935.61), peuvent être désignés comme avocats d'office (cf. ATF 132 V 200 consid. 5.1.3; arrêt 2C\_716/2014 du 26 novembre 2015 consid. 7.2, non publié in ATF 142 II 35 ). Lorsqu'une organisation accorde une aide juridique par son avocat, il y a lieu d'admettre la requête d'assistance judiciaire si, en plus des conditions générales d'octroi de l' art. 64 LTF que sont l'indigence, les chances de succès et la nécessité de l'assistance d'un avocat, les conditions suivantes sont remplies: l'organisation doit poursuivre un but d'intérêt public, doit mettre à disposition un service d'aide juridique à moindre frais et doit avoir pour but la défense d'intérêts spécifiques dans le domaine du droit social au sens de l' art. 32 RTF (RS 173.110.131) (cf. ATF 135 I 1 consid. 7.4.1). L'avocat doit par ailleurs être inscrit au registre cantonal des avocats, ce qui présuppose qu'il remplisse les conditions personnelles prévues à l' art. 8 al. 2 LLCA , et en particulier que l'organisation d'utilité publique qui l'emploie soit reconnue comme telle et que son activité de défenseur soit limitée à des mandats concernant strictement le but visé par cette organisation (cf. ATF 135 I 1 consid. 7.4.1 et la référence citée).

La jurisprudence précitée, rendue en matière de droit social (cf. aussi arrêts 8C\_60/2020 du 8 avril 2020 consid. 7; 8C\_254/2019 du 5 juillet 2019 consid. 8.2), ne doit pas être comprise comme réservant la désignation comme avocat d'office aux seuls avocats employés par une organisation dont le but d'intérêt public poursuivi relève du domaine du droit social. Ce qui est déterminant, c'est que la cause pour laquelle l'avocat est mandaté concerne strictement le domaine d'activité de l'organisation reconnue d'intérêt public par laquelle il est employé, tel que l'exige l'art. 8 al. 2 in fine LLCA (cf. arrêt 2C\_71/2017 du 23 août 2017 consid. 5 et les arrêts cités). On ne voit au demeurant pas, sous réserve de ce qui précède, ce qui justifierait de traiter différemment, sous l'angle de l'assistance judiciaire, les avocats inscrits au registre cantonal en tant qu'employés d'une organisation reconnue d'utilité publique en fonction du domaine d'activité de celle-ci, dès lors qu'ils sont, à l'instar des autres avocats inscrits au registre cantonal mais exerçant leur profession de manière indépendante ou comme employés d'avocats, eux-mêmes inscrits dans un registre cantonal (cf. art. 8 al. 1 let. d LLCA), en droit de pratiquer la représentation en justice et, partant, peuvent en principe être désignés comme avocats d'office.

### **E. 11.2**

En l'espèce, la demande d'assistance judiciaire a été présentée par Me Marion Pourchet, avocate inscrite au registre des avocats du canton de Fribourg et partant autorisée à pratiquer la représentation en justice. Durant son mandat, l'avocate précitée était employée par le Bureau de consultation juridique de Caritas Suisse, à savoir une association reconnue d'utilité publique mettant à disposition un service d'aide juridique à moindre frais (cf. arrêt 5A\_441/2022 du 25 novembre 2022 consid. 3.3). Cette association a, selon son extrait du registre du commerce (fait notoire pouvant être pris en compte; cf. ATF 143 IV 380 consid. 1.2; arrêt 2C\_569/2018 du 27 mai 2019 consid. 3.2, non publié in ATF 145 II 303), pour but social l'aide aux personnes en détresse notamment, et son Bureau de consultation juridique fournit à cet égard des conseils juridiques dans le domaine du droit d'asile et des étrangers (cf. arrêt 5A\_441/2022 précité consid. 3.2). Enfin, il n'est pas contesté que la présente cause se rapporte strictement, au fond, au domaine du droit des étrangers (cf. arrêt 5A\_441/2022 précité consid. 3.4 a contrario) et que l'avocate des recourants a ainsi respecté la limitation d'activité de défenseur prévue par l'art. 8 al. 2 LLCA.

### **E. 11.3**

Dans ces conditions, compte tenu de la situation économique et personnelle des recourants et dans la mesure où les conclusions du recours n'étaient pas d'emblée dépourvues de chances de succès (art. 64 al. 1 LTF), la requête d'assistance judiciaire peut être admise. Me Marion Pourchet sera donc désignée comme défenseure d'office des recourants pour l'ensemble de la procédure devant le Tribunal fédéral. La part des honoraires de l'avocate d'office qui n'est pas couverte par le montant des dépens réduits sera supportée par la Caisse du Tribunal fédéral. Il ne sera pas perçu de frais judiciaires (art. 64 al. 1 et 2 LTF).

Les recourants, par leur représentante, sont rendus attentifs au fait qu'ils sont tenus de rembourser ultérieurement la Caisse du Tribunal fédéral s'ils sont en mesure de le faire (art. 64 al. 4 LTF).