

# **BGer 2D\_21/2023 vom 18. Dezember 2023**

Bundesgericht, 2023-12-18, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2D\\_21\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2D_21_2023)

FR: TF 2D\_21/2023 du 18 décembre 2023

IT: TF 2D\_21/2023 del 18 dicembre 2023

## **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 (cf. ATF 149 II 66 consid. 1.3; 148 I 160 consid. 1).

#### **E. 1.1**

Le recours constitutionnel subsidiaire n'étant recevable que si la voie du recours ordinaire est exclue (cf. art. 113 LTF ), il convient d'examiner d'abord la recevabilité du recours en matière de droit public, ce indépendamment de l'intitulé de l'acte du recourant, lequel ne saurait lui porter préjudice s'il répond aux exigences de la voie de droit à disposition (cf. ATF 138 I 367 consid. 1.1; 133 I 300 consid. 1.2).

##### **E. 1.1.1**

Le recours en matière de droit public est irrecevable contre les décisions qui concernent le renvoi ( art. 83 let . c ch. 4 LTF) et contre les dérogations aux conditions d'admission (ch. 5), parmi lesquelles celles pouvant être accordées en présence de cas individuels d'une extrême gravité au sens de l' art. 30 al. 1 let. b LEI (RS 142.20; cf. arrêt 2D\_19/2022 du 19 novembre 2022 consid. 1.1). C'est ainsi à juste titre que le recourant ne se prévaut pas de ces dispositions.

##### **E. 1.1.2**

Cette voie de droit n'est pas non plus ouverte contre les décisions relatives à une autorisation de droit des étrangers à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit ( art. 83 let . c ch. 2 LTF), à moins qu'il existe un droit potentiel à l'autorisation, étayé par une motivation soutenable (cf. ATF 147 I 89 consid. 1.1.1; 139 I 330 consid. 1.1). En l'occurrence, tout en considérant que les conditions de l' art. 83 let . c LTF ne sont pas réalisées, le recourant affirme qu'en refusant de lui octroyer une autorisation de séjour, les autorités précédentes ont violé son droit au respect de la vie privée garanti par l' art. 8 CEDH et l' art. 13 Cst. , dispositions qui ont une portée identique (cf. ATF 146 I 20 consid. 5.1 et références citées). Or, la voie du recours en matière de droit public est ouverte lorsque la partie recourante se prévaut de manière défendable de l' art. 8 CEDH (cf. ATF 133 I 185 consid. 6.2; arrêts 2D\_19/2022 du 19 novembre 2022 consid. 1.1; 2C\_89/2022 du 3 mai 2022 consid. 1.1 et 2C\_739/2016 du 31 janvier 2017 consid. 1.1), ce qu'il convient d'examiner en l'espèce.

##### **E. 1.1.3**

Le recourant prétend que le refus de lui octroyer une autorisation de séjour, malgré une présence en Suisse supérieure à dix ans, constitue une violation de l' art. 8 CEDH , sous l'angle du respect de la vie privée. Dans l' ATF 144 I 206 invoqué par le recourant, le

Tribunal fédéral a considéré que, lorsque la personne étrangère réside légalement en Suisse depuis plus de dix ans, il y a lieu de présumer que les liens sociaux développés avec notre pays sont à ce point étroits qu'un refus de renouveler l'autorisation de séjour ou la révocation de celle-ci ne peuvent être prononcés que pour des motifs sérieux (cf. arrêt précité consid. 3.9; cf. ég. ATF 149 I 207 consid. 5.3.2). Toutefois, ce "séjour légal" n'inclut pas les années de clandestinité dans le pays, ni le temps passé en Suisse au bénéfice d'une simple tolérance, par exemple durant la procédure d'asile ou en raison de l'effet suspensif attaché à des procédures de recours (cf. ATF 149 I 207 consid. 5.3.3; 149 I 72 consid. 2.1.3; arrêts 2D\_19/2019 du 20 mars 2020 consid. 1.3; 2C\_436/2018 du 8 novembre 2018 consid. 2.3 et les arrêts cités). Ainsi, la présomption qu'il existe un droit de demeurer en Suisse après un séjour légal de dix ans ne s'applique pas dans le cas d'une première demande de délivrance d'une autorisation après un séjour illégal (cf. ATF 149 I 207 consid. 5.3.3; 149 I 72 consid. 2.1.3). Ce n'est qu'à titre exceptionnel, en présence d'une intégration hors du commun, qu'une personne ayant résidé en Suisse sans autorisation de séjour pourrait déduire de l'art. 8 CEDH un droit au respect de la vie privée pour demeurer en Suisse (cf. ATF 149 I 207 consid. 5.3.1 et 5.3.4; arrêts 2D\_26/2023 du 9 novembre 2023 consid. 4.1.2; 2C\_388/2023 du 14 juillet 2023 consid. 3.3).

#### **E. 1.1.4**

En l'occurrence, le recourant n'a jamais bénéficié d'une autorisation de séjour en Suisse, de sorte qu'il ne peut se prévaloir de la présomption découlant de l'ATF 144 I 266. Contrairement à ce qu'il prétend, il ne saurait être déduit du fait qu'il a payé des cotisations sociales que son séjour était toléré par les autorités. En effet, le recourant a été condamné pénalement pour séjour illégal en 2012 déjà, de sorte qu'il n'ignorait aucunement qu'il n'était pas autorisé à séjourner en Suisse. En quittant son domicile sans laisser d'adresse connue après cette condamnation, il a également démontré qu'il n'entendait pas se conformer aux lois.

#### **E. 1.1.5**

Quant à l'intégration du recourant, il ressort des faits de l'arrêt attaqué qui lient le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF ; cf. consid. 6

supra), que le recourant a résidé en Suisse sans avoir pu démontrer la continuité de son séjour, et qu'il y est arrivé à 28 ans, soit à l'âge adulte. Il n'a pas de relations familiales dans notre pays et n'a pas fait preuve, durant son séjour sans autorisation, d'une intégration hors du commun. Le fait qu'il ait un travail, des relations amicales et qu'il soit capable de s'exprimer en français - avec, à teneur de l'arrêt attaqué, un niveau modeste compte tenu des années de présence en Suisse dont il se prévaut - ne dénote en effet pas d'une intégration exceptionnelle. L'absence de mention dans l'arrêt attaqué d'un lien de dépendance à l'aide sociale ne modifie pas ce constat. Il convient du reste de ne pas encourager les personnes étrangères à vivre dans notre pays sans titre de séjour et de ne pas valider indirectement des comportements tendant à mettre l'Etat devant le fait accompli (cf. ATF 149 I 207 consid. 5.6; arrêt 2C\_923/2017 du 3 juillet 2018 consid. 5.4 et les arrêts cités). Dans ce contexte, on ne peut donc pas considérer que le recourant invoque de manière défendable un droit de séjour fondé sur l'art. 8 CEDH sous l'angle du droit au respect de la vie privée.

#### **E. 1.1.6**

Le recourant ne peut pas non plus se prévaloir du droit au respect de la vie familiale prévu à l'art. 8 CEDH, dès lors qu'aucun membre de sa famille ne réside en Suisse (cf. ATF 146 I

185 consid. 6.1; 139 I 330 consid. 2.1), ce qu'il ne conteste au demeurant pas.

Partant, la voie du recours en matière de droit public est exclue.

## **E. 2**

Il convient donc d'examiner si le recours constitutionnel subsidiaire est recevable.

### **E. 2.1**

Selon l' art. 113 LTF , le Tribunal fédéral connaît des recours constitutionnels subsidiaires contre les décisions des autorités cantonales de dernière instance qui ne peuvent faire l'objet d'aucun recours selon les art. 72 à 89 LTF. Ce recours est limité à la violation des droits constitutionnels ( art. 116 LTF ). Par ailleurs, selon l' art. 118 al. 1 LTF , le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente, sauf si les faits ont été constatés en violation d'un droit constitutionnel (cf. art. 118 al. 2 LTF ). 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 ( ATF 145 V 188 consid. 2). 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 par renvoi de l' art. 117 LTF ). Partant, il ne sera pas tenu compte du jugement du Juge de police de l'arrondissement de la Sarine du 3 octobre 2023, prononcé ultérieurement à l'arrêt attaqué.

### **E. 2.2**

La qualité pour former un recours constitutionnel subsidiaire suppose un "intérêt juridique" à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée ( art. 115 let. b LTF ; cf. ATF 147 I 89 consid. 1.2.1; 133 I 185 ). L'intérêt juridiquement protégé requis par l' art. 115 let. b LTF peut être fondé sur le droit cantonal ou fédéral ou directement sur un droit fondamental particulier (cf. ATF 136 I 323 consid. 1.2; 135 I 265 consid. 1.3).

En l'occurrence, le recourant ne peut pas se prévaloir d'un droit de séjour, que ce soit sous l'angle de l' art. 30 al. 1 let. b LEI ou de l' art. 8 CEDH . Il n'a donc pas une position juridique protégée lui conférant la qualité pour agir au fond.

### **E. 2.3**

La partie recourante qui n'a pas qualité pour agir au fond peut se plaindre par la voie du recours constitutionnel subsidiaire de la violation de ses droits de partie équivalant à un déni de justice formel, pour autant qu'il ne s'agisse pas de moyens ne pouvant être séparés du fond ("Star Praxis"; cf. ATF 146 IV 76 consid. 2; 137 II 305 consid. 2; 114 Ia 307 consid. 3c). Ainsi, les griefs qui reviennent

de facto à critiquer l'arrêt attaqué sur le plan matériel sont exclus ( ATF 136 I 323 consid. 1.2).

Il en découle que la partie recourante ne peut ni critiquer l'appréciation des preuves en invoquant l' art. 9 Cst. , ni se plaindre, au titre de la violation de son droit d'être entendue, du refus d'administrer une preuve résultant de l'appréciation anticipée de celle-ci, puisque de tels griefs supposent nécessairement d'examiner, au moins dans une certaine mesure, le fond du litige lui-même (cf. ATF 135 I 265 consid. 1.3; 120 Ia 157 consid. 2a/bb; arrêts 2C\_107/2023 du 25 septembre 2023 consid.1.3.1; 2D\_21/2018 du 19 février 2019 consid. 2.4 et les arrêts cités). Elle ne peut pas non plus faire valoir que la motivation n'est pas correcte d'un point de vue matériel (arrêts 2D\_3/2023 du 27 février 2023 consid. 4.3; 2D\_51/2018 du 17 janvier 2019 consid. 3.2 et les arrêts cités) car, ce faisant, elle se plaint non pas d'une motivation insuffisante en lien avec l' art. 29 al. 2 Cst. , mais s'en prend à

l'argumentation juridique présentée par l'instance précédente, ce qui relève du fond (cf. arrêt 2C\_137/2022 du 4 novembre 2022 consid. 5.2.2).

#### **E. 2.3.1**

En l'occurrence, le recourant se plaint d'une violation de son droit d'être entendu ( art. 29 al. 2 Cst. ) car l'instance précédente n'aurait pas donné suite à son offre de preuve, qui consistait à être auditionné au sujet de la durée de sa présence en Suisse et de ses liens prétendument inexistantes avec le Kosovo. Il estime également qu'elle a insuffisamment motivé son arrêt, en particulier s'agissant de son intégration et des difficultés qui se présenteraient à lui en cas de retour dans son pays d'origine. Ces griefs étant indissociables de l'arrêt attaqué au fond (cf. consid. 2.3

supra ), ils sont irrecevables.

#### **E. 2.3.2**

De même, dans la mesure où il invoque l'arbitraire ( art. 9 Cst. ) pour se plaindre de l'appréciation des preuves et de l'établissement des faits en lien avec son intégration professionnelle et sociale, le recourant critique l'arrêt attaqué sur le fond. Partant, ce grief est également irrecevable.

#### **E. 2.3.3**

Dans ce contexte, il n'y a pas lieu de donner suite à l'offre de preuve du recourant consistant en sa propre audition devant le Tribunal fédéral. Outre que des mesures probatoires devant le Tribunal fédéral ne sont qu'exceptionnellement ordonnées (cf. art. 55 et art. 105 al. 1 LTF ; ATF 136 II 101 consid. 2), les griefs à l'appui desquels il offre son audition ne sont pas recevables, comme susmentionné (cf. consid. 2.3.1 et 2.3.2

supra ).

#### **E. 2.3.4**

En revanche, en tant que le recourant se plaint du refus de l'assistance judiciaire au niveau cantonal ( art. 29 al. 3 Cst. ), la voie du recours constitutionnel subsidiaire lui est ouverte ( ATF 137 II 305 consid. 4.1).

#### **E. 2.4**

Pour le surplus, le recours constitutionnel subsidiaire a été formé en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF ) et dans les formes prescrites ( art. 42 LTF ). Il est dirigé contre 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). Partant, il est recevable, sous réserve des griefs non admissibles exposés précédemment (cf. consid. 2.3.1 et 2.3.2

supra ).

#### **E. 3**

Le recourant dénonce la violation de l' art. 29 al. 3 Cst. par l'instance précédente, qui a mis à sa charge des frais de justice en retenant que sa cause était dénuée de chance de succès.

#### **E. 3.1**

Selon 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. Selon la jurisprudence, un procès est dépourvu 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 donc 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; il ne l'est pas non plus lorsque les chances de succès et les risques d'échec s'équilibrent à peu près, ou que les premières ne sont que légèrement inférieures aux secondes. L'élément déterminant réside dans le fait que l'indigent ne doit pas se lancer, parce qu'il plaide aux frais de la collectivité, dans des démarches vaines qu'une personne raisonnable n'entreprendrait pas si, disposant de moyens suffisants, elle devait les financer de ses propres deniers ( ATF 142 III 138 consid. 5.1; 139 III 475 consid. 2.2; 138 III 217 consid. 2.2.4).

### **E. 3.2**

En l'occurrence, il était d'emblée évident qu'en ayant été condamné pour séjour illicite en 2012 et en ayant disparu pour échapper à un contrôle du Service cantonal, tout en restant illégalement sur le territoire suisse, le recourant ne saurait affirmer, dix ans plus tard, être entré légalement en Suisse et avoir droit à un titre de séjour, que celui-ci soit fondé sur l' art. 30 al. 1 let. b LEI ou exclusivement sur le respect de la vie privée prévu à l' art. 8 CEDH . Le Tribunal cantonal n'a ainsi pas méconnu l' art. 29 al. 3 Cst. en lui refusant l'assistance judiciaire au motif que la cause était dénuée de chances de succès. En conséquence, le grief du recourant est rejeté.

### **E. 4**

Compte tenu de ce qui précède, le recours en matière de droit public est irrecevable et le recours constitutionnel subsidiaire est rejeté dans la mesure de sa recevabilité.

### **E. 5**

La demande d'assistance judiciaire formée devant le Tribunal fédéral est rejetée, le recours étant d'emblée dénué de chances de succès ( art. 64 al. 1 LTF ).

Succombant, le recourant doit supporter les frais de la procédure fédérale, lesquels seront réduits eu égard à sa situation économique ( art. 66 al. 1 LTF ). Il n'est pas alloué de dépens ( art. 68 al. 1 et 3 LTF ).

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