

# **BVGer E-3377/2011 vom 23. Februar 2012**

Bundesverwaltungsgericht, 2012-02-23, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_E-3377\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_E-3377_2011)

FR: TAF E-3377/2011 du 23 février 2012

IT: TAF E-3377/2011 del 23 febbraio 2012

## **Regeste**

Renvoi et exécution du renvoi (recours réexamen)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Le Tribunal, en vertu de l'art. 31 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. En particulier, les décisions rendues par l'ODM concernant l'asile peuvent être contestées, par renvoi de l'art. 105 de la loi du 26 juin 1998 sur l'asile (LAsi, RS 142.31), devant le Tribunal, lequel statue alors définitivement, sauf demande d'extradition déposée par l'Etat dont le requérant cherche à se protéger (art. 83 let. d ch. 1 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]).

### **E. 1.2**

Le recourant a qualité pour recourir. Présenté dans la forme et dans les délais prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 48 et 52 PA et 108 al. 1 LAsi).

### **E. 2.1**

La demande de réexamen, définie comme une requête non soumise à des exigences de délai ou de forme, adressée à une autorité administrative en vue de la reconsidération de la décision qu'elle a prise, n'est pas expressément prévue par la loi fédérale sur la procédure administrative (PA). La jurisprudence l'a cependant déduite de l'art. 66 PA, qui prévoit le droit de demander la révision des décisions et de l'art. 4 aCst., actuellement l'art. 29 al. 1 et 2 de la constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst., RS 101). Une demande de réexamen ne constitue pas une voie de droit ordinaire. Partant, l'ODM n'est tenu de s'en saisir que lorsqu'elle constitue une "demande de reconsidération qualifiée", à savoir lorsque le requérant invoque un des motifs de révision prévus à l'art. 66 PA, applicable par analogie ou lorsqu'elle constitue une "demande d'adaptation", à savoir lorsque le requérant se prévaut d'un changement notable de circonstances depuis le prononcé de la décision matérielle de première instance (si la demande d'adaptation porte sur le réexamen d'un refus de l'asile [et non simplement d'une mesure de renvoi], l'art. 32 al. 2 let. e LAsi sera en principe applicable). Une demande de nouvel examen ne saurait servir à remettre continuellement en question des décisions administratives. En conséquence et par analogie avec l'art. 66 al. 3 PA, il y a lieu d'exclure le réexamen d'une décision de première instance entrée en force lorsque le requérant le sollicite en se fondant sur des moyens qu'il aurait pu invoquer par la voie de recours contre cette décision au fond (Jurisprudence et informations de la Commission suisse de recours en matière d'asile [JICRA] 2003 n° 17 consid. 2, p. 103-104).

### **E. 3.1**

Il y a lieu de déterminer si les faits invoqués à l'appui de la demande sont nouveaux, soit postérieurs à la décision à réexaminer, et s'ils sont déterminants, soit susceptibles de modifier l'état de fait retenu par l'autorité dans sa première décision dans une mesure suffisante pour mener, après appréciation juridique de la nouvelle situation, à une décision différente.

### **E. 3.2**

En l'espèce, la décision du 24 mai 2004, dont le réexamen est demandé, constatait que l'exécution du renvoi de l'intéressé pouvait avoir lieu tant vers la Bosnie et Herzégovine, son Etat national, que vers la Russie, dont la mère de son enfant (et future épouse) était originaire ; l'arrêt du Tribunal, daté du 21 janvier 2009, admettait en revanche que les époux et leurs enfants pouvaient tous se rendre en Bosnie et Herzégovine. Le recourant fait valoir que l'exécution du renvoi vers son pays d'origine est aujourd'hui illicite, car elle l'empêcherait de maintenir avec ses deux filles, admises provisoirement en Suisse avec leur mère, un contact matérialisé par l'exercice d'un droit de visite fixé par décision de justice ; cette mesure contreviendrait ainsi à l'art. 8 CEDH et au principe de l'unité de la famille, ancré à l'art. 44 al. 1 LAsi.

### **E. 3.3**

L'art. 8 CEDH permet essentiellement de prétendre à la délivrance d'une autorisation de séjour, et de remettre ainsi en cause le renvoi dans son principe ; cette question relève donc de la compétence de l'autorité cantonale de police des étrangers, auprès de laquelle il incombe au requérant d'engager une procédure tendant à l'octroi d'une telle autorisation. L'autorité d'asile doit, pour sa part, se limiter à résoudre la question préjudicielle de savoir si, sur la base de la jurisprudence du Tribunal fédéral (principalement ATF 122 II 1, ATF 115 Ib 1, ATF 110 Ib 201), un droit à la délivrance d'une autorisation de séjour existe en principe (art. 14 al. 1 LAsi; arrêt du Tribunal administratif fédéral E 6756/2006 du 5 décembre 2008 consid. 6.2 ; JICRA 2001 n° 21 consid. 11a p. 177). Dans la négative, le renvoi est confirmé. Or, le Tribunal fédéral a admis que les proches d'une personne résidant en Suisse ne pouvaient invoquer en leur faveur l'art. 8 CEDH que si cette personne disposait d'un droit de présence assuré en Suisse (ATF 122 II 1) ; cette jurisprudence n'a pas été remise en cause (cf. ATF 135 I 143 consid. 1.3.1 et 1.3.2 p. 145 s., ATF 130 II 281 consid. 3.1 p. 285, ATF 129 II 193 consid. 5.3.1 p. 211 ; cf. également JICRA 2005 n° 3 consid. 3.1-3-3 p. 31-34 et réf. citées). Les enfants du recourant n'étant qu'admis provisoirement en Suisse, cette condition n'est donc pas remplie. En outre, dans la mesure où la présente demande de réexamen remet uniquement en cause le caractère exécutable du renvoi, dite demande ne pourrait s'appuyer sur l'art. 8 CEDH, ce motif étant donc manifestement dénué de pertinence.

### **E. 3.4**

Par ailleurs, le principe de l'unité de la famille, soulevé par le recourant, ne lui permet pas davantage d'obtenir gain de cause.

#### **E. 3.4.1**

Dit principe, auquel la jurisprudence n'a pas apporté les mêmes limitations qu'à l'art. 8 CEDH, prescrit à l'autorité de ne pas séparer les membres d'un même groupe familial, dont seuls certains se trouvent légalement en Suisse ; en conséquence, l'admission provisoire

d'un des membres de la famille s'étend en principe aux autres. Ce principe peut cependant connaître des exceptions, à déterminer selon les circonstances du cas d'espèce (JICRA 1995 n° 24 consid. 10-11 p. 230-233, spéc. 11c) ; ainsi, il n'y a pas lieu d'étendre l'admission provisoire, si le groupe familial a, en pratique, cessé d'exister du fait du requérant et de son attitude (JICRA 2004 n° 12 p. 76-78). Selon la jurisprudence développée par le Tribunal fédéral en relation avec le droit au respect de la vie familiale consacré par l'art. 8 CEDH, cette garantie a toutefois pour objet de préserver, avant tout, les relations entre époux (ou concubins formant une communauté durable) et leurs enfants mineurs vivant en ménage commun (cf. dans ce sens JICRA 1996 n° 18 consid. 14e p. 189 ss ; JICRA 1995 n° 24 consid. 7 p. 227 ; JICRA 1993 n° 24 consid. 8 p. 162 ss consid. 8e p. 170). La disposition en cause protège certes aussi les liens entre un enfant et le parent ne possédant ni l'autorité parentale ni la garde de celui-là, mais pour autant que les relations familiales en la cause soient intactes et sérieusement vécues ; un contact régulier entre un parent et l'enfant, ainsi par l'exercice du droit de visite, peut le cas échéant suffire (cf. JICRA 1995 n° 24 consid. 8 p. 228 ; ATF 136 I 285 consid. 5.2 p. 287 ; arrêt non publié du Tribunal fédéral 2C.617/2009 du 4 février 2010).

### **E. 3.4.2**

Dans le cas d'espèce, cependant, le recourant ne peut se prévaloir utilement de ce principe. En effet, il n'apparaît pas qu'il entretienne avec ses deux filles des relations suffisamment intenses pour justifier l'application du principe d'unité de la famille. Selon le jugement de divorce du 26 août 2011, maintenant entré en force, les époux s'étaient séparés dès décembre 2007, l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale conférant alors au mari un libre droit de visite ; l'intéressé, qui a fait défaut durant toute la procédure de divorce, n'a cependant pas fait usage de ce droit, ce qui a mené son épouse à conclure à la fixation d'un droit de visite restreint, à exercer dans un endroit prédéterminé (cf. p. 27 du jugement). Le tribunal, par la voie préprovisionnelle, a donné immédiatement suite à cette demande, comme déjà mentionné plus haut (let. C de l'état de fait). Durant la procédure de divorce, l'évaluation de la situation familiale confiée au Service de protection de la jeunesse n'a pu avoir lieu, le père étant inatteignable (p. 28) ; le droit de visite a dès lors été suspendu. Statuant sur le fond, le tribunal civil a retenu que le père n'exerçait guère, ou très irrégulièrement, son droit de visite, si bien qu'il y avait lieu de "se demander si le désintérêt du père ne justifiait pas la suppression pure et simple " de ce droit (p. 31-32). Finalement, le juge du divorce a prescrit "un droit de visite dit fermé", à exercer en un endroit prédéterminé, à raison de 3 heures deux fois par mois, "sans autorisation de sortie". Il a donc été constaté que le recourant manifestait depuis longtemps un désintérêt envers ses filles, et que son comportement justifiait de fixer un droit de visite particulièrement restreint. En conséquence, il est clair que l'intéressé n'entretient plus, déjà depuis longtemps, une relation suivie et vécue avec ses enfants. Dans cette mesure, le principe de l'unité de la famille ne trouve pas application.

### **E. 3.5**

Dans ce contexte, ni l'art. 8 CEDH, ni l'art. 44 al. 1 LAsi, ne peuvent dès lors fonder le prononcé d'une admission provisoire du recourant.

### **E. 4**

Les motifs d'ordre médical soulevé en procédure de recours n'ont pas été examinés par l'ODM ; le Tribunal ne saurait donc s'en saisir, ce qui aboutirait, dans le cas d'une décision

négative, à priver l'intéressé de la garantie de la double instance. Il incombe dès lors à ce dernier, s'il le juge utile, de saisir l'ODM d'une demande de réexamen fondée sur l'éventuelle aggravation de son état de santé. Le cas échéant, l'ODM statuera, par cette voie, sur la compatibilité de ce dernier avec l'exécution du renvoi vers la Bosnie et Herzégovine.

#### **E. 5.1**

Il s'ensuit que le recours doit être rejeté.

#### **E. 5.2**

Le Tribunal fait droit à la requête du recourant et admet la demande d'assistance judiciaire partielle, compte tenu de son manque de ressources et de ce que les conclusions du recours, au moment de leur dépôt, n'apparaissaient pas manifestement vouées à l'échec (art. 65 al. 1 PA). (dispositif page suivante)

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