
2024 VII/2

Extrait de l'arrêt de la Cour VI
dans la cause A. contre Secrétariat d'Etat aux migrations
F-4994/2021 du 11 mars 2024

Droit des étrangers. Autorisation de séjour. Intérêt supérieur de l'enfant. Droit d'être entendu. Représentation.

Art. 11 al. 1 et al. 2 Cst. Art. 17, art. 304, art. 308 al. 2 et art. 327a CC.
Art. 3 par. 1, art. 12 par. 1 et par. 2 CDE.

L'intérêt supérieur de l'enfant impose de respecter son droit de participation à la procédure, notamment le droit d'exprimer librement son opinion, soit personnellement, soit par le biais de son représentant. Défaut de représentation vu l'absence de représentant légal, respectivement de curateur, en Suisse (consid. 5).

Ausländerrecht. Aufenthaltsbewilligung. Kindeswohl. Anspruch auf rechtliches Gehör. Kindesvertretung.

Art. 11 Abs. 1 und Abs. 2 BV. Art. 17, Art. 304, Art. 308 Abs. 2 und Art. 327a ZGB. Art. 3 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 und Abs. 2 KRK.

Das Kindeswohl beinhaltet das Recht auf Teilnahme am Verfahren, insbesondere das Recht, seine Meinung frei zu äussern, sei es persönlich oder durch eine Vertretung. Fehlende Kindesvertretung mangels gesetzlicher Vertretung bzw. Beistandsperson in der Schweiz (E. 5).

Diritto degli stranieri. Permesso di dimora. Interesse superiore del fanciullo. Diritto di essere sentito. Rappresentanza.

Art. 11 cpv. 1 e cpv. 2 Cost. Art. 17, art. 304, art. 308 cpv. 2 e art. 327a CC. Art. 3 par. 1, art. 12 par. 1 e par. 2 CDF.

L'interesse superiore del fanciullo impone di rispettare il suo diritto di partecipare alla procedura, in particolar modo il diritto di esprimere liberamente la sua opinione, sia personalmente, sia per il tramite del suo rappresentante. Mancanza di rappresentanza dovuta all'assenza di un rappresentante legale, rispettivamente di un curatore, in Svizzera (consid. 5).

A., ressortissante espagnole née en 2011, est entrée en Suisse en date du 18 août 2018 pour vivre auprès de sa grand-mère, B.

Le 10 septembre 2018, A. a déposé une demande d'autorisation de séjour dont la procédure aboutit à la décision du SEM du 8 octobre 2021, par laquelle il a refusé de donner son approbation à la délivrance de l'autorisation.

Le 15 novembre 2021, A. (ci-après: recourante) a interjeté recours contre la décision du SEM.

Le Tribunal administratif fédéral admet le recours.

Extrait des considérants:

5.

5.1 Avant d'examiner l'affaire plus en détail sur le fond, force est de relever qu'à teneur de l'art. 17 CC, les personnes incapables de discernement, les mineurs et les personnes sous curatelle de portée générale n'ont pas l'exercice des droits civils. Lorsqu'elles sont parties à une procédure judiciaire, elles sont représentées par leurs représentants légaux, à savoir leurs parents (art. 304 CC) ou leur tuteur (art. 327a ss CC), ou par un curateur de représentation désigné à cet effet (art. 308 al. 2 CC). Le représentant légal accomplit pour le mineur tous les actes nécessaires au déroulement de la procédure, y compris ceux qui relèvent de l'obligation de collaborer et de l'établissement des faits (cf. arrêt du TF 2C_681/2022 du 3 août 2023 consid. 4.3.1).

5.2 Aux termes de l'art. 11 al. 1 Cst., les enfants et les jeunes ont droit à une protection particulière de leur intégrité et à l'encouragement de leur développement. Ils exercent eux-mêmes leurs droits dans la mesure où ils sont capables de discernement (art. 11 al. 2 Cst.). A cette dernière disposition peut être rattaché le droit de participation des enfants et des jeunes aux procédures les concernant (cf. AURELIE GAVILLET, in: Commentaire romand, Constitution fédérale, 2021, art. 11 n° 28 p. 461). Par ailleurs, le Tribunal fédéral a précisé que l'art. 11 Cst. conférait un rang constitutionnel au bien de l'enfant, comme maxime fondamentale du droit de l'enfant, et ancrerait dans la Constitution les droits garantis par la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (RS 0.107, ci-après: CDE; cf. ATF 141 III 328 consid. 5.4; arrêt du TAF F-3164/2021 du 9 décembre 2022 consid. 4.5.2).

5.3 En vertu de l'art. 3 par. 1 CDE, dans toutes les décisions qui concernent un enfant, l'intérêt supérieur de celui-ci doit être une considération primordiale.

5.3.1 S'il n'est pas directement applicable (cf. ATF 144 II 56 consid. 5.2), l'art. 3 par. 1 CDE doit être pris en considération par le juge (cf. ATF 146 IV 267 consid. 3.3.1; 144 II 56 consid. 5.2). Il ne saurait toutefois fonder une prétention directe à l'octroi ou au maintien d'une autorisation de séjour (cf. ATF 144 I 91 consid. 5.2).

5.3.2 La garantie de la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant pré suppose le respect de certains principes procéduraux, notamment le respect du droit de participation de l'enfant consacré à l'art. 12 CDE (cf. RAHEL AFFOLTER, La protection des droits de l'enfant en droit suisse des étrangers: état des lieux et potentiel de progression, in: *Annuaire du droit de la migration 2022/2023*, 2023, p. 28). L'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant doit faire une place au respect du droit de l'enfant d'exprimer librement son opinion et du droit à ce que cette opinion soit dûment prise en considération dans toutes les affaires le concernant (cf. Comité des droits de l'enfant des Nations Unies [ci-après: CRC], Observation générale n° 14 [2013] sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale [art. 3, par. 1], CRC/C/GC/14, par. 43 p. 11, < <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsqIkirKQZLK2M58RF%2F5F0vEAXPu5AtSWvliDPBvwUDNUcLY%2Bjly9LwV%2Bqu%2F76ghnF%2BaUQn2TVpxfQJuaZ63OcSIgS3GLsZmifOGAZjGqixsZ> >, consulté le 23.02.2024). Les principes ancrés aux art. 3 par. 1 et 12 CDE sont ainsi complémentaires: afin de pouvoir établir l'intérêt supérieur de l'enfant, il est indispensable de connaître son opinion (cf. Conseil fédéral, Droit de l'enfant d'être entendu – Bilan de la mise en œuvre en Suisse de l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant, 02.09.2020, p. 4, < <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/62644.pdf> >, consulté le 23.02.2024; MARTINA CARONI, Die vorrangige Berücksichtigung des übergeordneten Kindesinteresses im Migrationsrecht – Menschenrechtliche Praxis, in: *Annuaire du droit de la migration 2022/2023*, 2023, p. 9 s.).

5.4 Conformément à l'art. 12 par. 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 par. 2 CDE dispose qu'à cette fin, l'enfant doit notamment avoir 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, conformément aux règles de procédure nationales.

5.4.1 L'art. 12 CDE constitue une règle de droit directement applicable dont la violation peut être contestée devant les tribunaux (cf. ATF 147 I 149 consid. 3.2).

5.4.2 Tel qu'il ressort du libellé de l'art. 12 par. 2 CDE, une audition personnelle n'est pas indispensable dans tous les cas (cf. ATF 147 I 149 consid. 3.2; ATAF 2020 VII/6 consid. 3.2). Lorsque les enfants sont représentés par leurs parents et que les deux intérêts sont convergents, leur avis peut être présenté, sans audition personnelle, par leurs parents, pour autant que les faits pertinents puissent être établis à suffisance de droit sans cette audition (cf. ATF 147 I 149 consid. 3.2; arrêt du TF 2C_17/2021 du 18 juin 2021 consid. 3.5).

5.4.3 L'art. 12 CDE n'impose certes aucune limite d'âge en ce qui concerne le droit de l'enfant d'exprimer son opinion et décourage les Etats parties d'adopter, que ce soit en droit ou en pratique, des limites d'âge de nature à restreindre le droit de l'enfant d'être entendu sur toutes les questions l'intéressant (cf. constatations du 10 février 2022 adoptées par le Comité au titre du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, concernant la communication n° 74/2019, Z. S. et A. S. contre Suisse, CRC/C/89/D/74/2019, ch. 7.8; observation générale n° 12 [2009] du CRC sur le droit de l'enfant d'être entendu, CRC/C/GC/12, par. 74, p. 16, < <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsqIkirKQZLK2M58RF%2F5F0vHKTUsoHNPBW0noZpSp5d6M91rnj4B33E%2FqGxkfm23FOLWfH6Z3L%2B%2BiWjrcYIyma%2F5Eb5itIFG9171zwjuCLFmb> >, consulté le 23.02.2024). Cela étant, selon la jurisprudence du TF, l'audition des enfants est, en principe, possible dès l'âge de six ans révolus (cf. arrêt du TF 2C_81/2021 du 29 juillet 2021 consid. 4.1). A partir d'un âge variant entre 11 et 13 ans, on considère en psychologie infantine qu'un enfant est capable d'effectuer des activités mentales de logique formelle et qu'il possède la capacité de différenciation et d'abstraction orale; l'enfant est dès lors considéré capable de discernement (cf. arrêt du TF 5A_808/2022 du 12 juin 2023 consid. 4.1.2; arrêt F-3164/2021 consid. 4.3).

5.4.4 Selon le CRC, les Etats parties doivent veiller à ce que les opinions de l'enfant ne soient pas seulement entendues comme une formalité, mais qu'elles soient prises au sérieux. En outre, dans le contexte des procédures d'immigration et d'asile, les enfants se trouvent dans une situation particulièrement vulnérable, raison pour laquelle il est urgent de mettre pleinement en œuvre leur droit d'exprimer leurs opinions sur tous les aspects des procédures d'immigration et d'asile (cf. constatations du CRC du 10 février 2022 précitées, ch. 7.8).

5.5 En l'occurrence, A., âgée aujourd'hui de 12 ans, est mineure. Elle doit dès lors agir par le biais de son ou de ses représentants légaux.

5.5.1 Or, ses parents ne peuvent pas la représenter, dans la mesure où ils vivent à l'étranger dans un lieu inconnu des autorités suisses. En effet, selon les informations au dossier, C., avec qui la prénommée vivait [en Amérique du sud], puis brièvement en Suisse ([...]), effectue des allers-retours entre l'Espagne et la Suisse. Quant au père de la recourante, avec qui elle est en contact téléphonique et a pu passer un mois de vacances [en Amérique du sud] durant l'été 2022, il travaille sur un bateau commercial en Amérique latine et vit avec sa nouvelle famille.

5.5.2 Il convient encore d'examiner ce qu'il en est de B., la grand-mère maternelle de l'intéressée, avec laquelle celle-ci habite depuis son arrivée en Suisse en août 2018. Selon la traduction versée au dossier d'un acte notarié – dont l'original n'a pas été produit –, la mère de la recourante est titulaire de l'autorité parentale et a reçu un ordre spécial avec représentation de la part du père de celle-ci (notamment pour les questions relatives au passeport et aux voyages tant internes que vers l'étranger). Il ressort également de ce document qu'elle a conféré la garde et la tutelle de sa fille à sa mère et a autorisé cette dernière à voyager avec sa petite-fille et à l'inscrire à l'école. Par déclaration signée le 25 juillet 2018, C. a, par ailleurs, autorisé sa mère à s'occuper de sa fille et à prendre toutes les décisions la concernant. Cela étant, en l'absence de document judiciaire, il ne saurait être conclu que B. est la tutrice de sa petite-fille A., au sens des art. 327a ss CC. La recourante n'est donc pas valablement sous l'autorité parentale de sa grand-mère.

5.5.3 Dans ces conditions, il appartient à l'autorité de protection de l'enfant compétente de prendre les mesures de protection qui s'imposent à l'égard de l'intéressée, en particulier la désignation d'un curateur (art. 5 par. 1 de la Convention de La Haye du 19 octobre 1966 concernant la

compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants [CLaH96, RS 0.211.231.011]; art. 306 al. 2 et art. 308 CC; cf. GUILLAUME CHOFFAT, Panorama sur les curatelles de protection du mineur et les mesures de protection moins incisives [2^e partie], Revue de l'avocat 2017 p. 411 ss).

5.6 Ainsi, dans la mesure où B. n'est pas la tutrice de la recourante, il ne peut être retenu qu'elle exprime valablement l'avis de cette dernière. Par ailleurs, il ne ressort pas du dossier que A. ait pu donner son opinion, d'une manière ou d'une autre, que ce soit devant les autorités cantonales ou le SEM. Il n'en ressort pas non plus qu'elle y ait renoncé en toute connaissance de cause. La présente procédure porte pourtant sur la régularisation de ses conditions de séjour en Suisse, pays où elle vit désormais depuis plus de cinq ans. Aujourd'hui adolescente, l'avis de la prénommée – qui a passé une période significative de son existence dans ce pays – doit, en l'absence de ses parents et à défaut d'un droit tutélaire revenant de droit à sa grand-mère, être pris en compte lors de l'examen de sa demande d'autorisation de séjour et aussi, en cas de rejet de celle-ci, lors du prononcé du renvoi et de l'exécution de cette mesure. Sur ce dernier point, il conviendra en particulier de déterminer par rapport à quel pays – Espagne, pays d'origine de l'intéressée et de sa mère, ou F., son pays de naissance et pays d'origine de son père – les conditions posées par l'art. 83 LEI (RS 142.20) devront, le cas échéant, être examinées pour ce qui a trait à une mineure non accompagnée. Sous cet angle également, il importe de connaître l'avis de la recourante. En l'état, force est ainsi de constater que le droit d'être entendue de celle-ci, découlant notamment de l'art. 12 CDE, a été violé. Vu les enjeux relatifs à sa situation personnelle, il est indispensable que l'intéressée ait la possibilité de s'exprimer à cet égard avant qu'une décision ne soit rendue. Outre les liens qu'elle a tissés en Suisse, il importe de l'entendre sur la relation qu'elle entretient avec ses parents, d'une part, et avec ses grands-parents, d'autre part, ainsi que sur sa vie actuelle et éventuellement future en Suisse, respectivement dans les pays vers lesquels l'exécution du renvoi est susceptible d'intervenir. Au regard de son âge, à savoir 12 ans, une audition personnelle, dans un cadre adapté, apparaît comme l'option appropriée pour dûment prendre en compte son opinion. Si toutefois la recourante ne souhaite pas être entendue oralement, la possibilité d'exercer son droit d'être entendue par écrit, le cas échéant à travers son curateur – qui doit encore être désigné (cf. supra, consid. 5.5.3 [...] –, devra lui être proposée.

5.7 En l'absence de représentant légal en faveur de A. et d'avis exprimé valablement par cette dernière dans le cadre de la procédure relative à ses conditions de séjour et – en cas de refus d'autorisation de séjour – à son renvoi et à l'exécution de celui-ci, le Tribunal n'est pas en mesure de dûment prendre en compte le bien de l'enfant, qui est un critère primordial (art. 3 par. 1 CDE et art. 11 al. 1 Cst.), et donc d'examiner le bien-fondé de la décision attaquée.