

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Cour III
C-294/2006

{T 0/2}

Arrêt du 8 février 2008

Composition

Elena Avenati-Carpani (présidente du collège),
Andreas Trommer, Blaise Vuille, juges,
Oliver Collaud, greffier.

Parties

1. A. _____,
2. B. _____,
tous les deux représentés par la
Fondation Suisse du Service Social International,
rue A.-Vincent 10, case postale 1469, 1211 Genève 1,
recourants,

contre

Office fédéral des migrations (ODM), Quellenweg 6,
3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Exception aux mesures de limitation (art. 13 let. f aOLE).

Faits :**A.**

A._____, ressortissante marocaine née en 1964, et un ressortissant suisse établi dans le canton de Genève ont été reçus le 18 mars 2002 au Centre de consultation de Genève pour victimes d'infractions (ci-après : le LAVI-GE) où ils ont relaté les agressions, diffamations et menaces de mort subies par l'intéressée de la part de son frère, D._____, ainsi que les menaces de mort proférées par ce dernier à l'endroit du ressortissant suisse précité.

Lors d'un contrôle effectué par l'Office cantonal de la population du canton de Genève (ci-après : l'OCP-GE) le 26 juin 2002, A._____ a été trouvée, sans papiers ni titre de séjour valable, au domicile du couple de son employeur, le ressortissant suisse avec lequel elle s'était rendue au LAVI-GE. A cette occasion, l'intéressée a déclaré se trouver à Genève depuis le mois de juillet 1999, avoir travaillé dans diverses familles pour garder leurs enfants et s'occuper de l'enfant de ses employeurs cinq jours par semaine, logeant dans un studio mis à disposition par ces derniers. Les intéressés se sont également plaints du comportement du frère de A._____ qui les aurait menacés de mort, allant jusqu'à la strangulation de sa sœur, et harcelés continuellement. L'enquête menée par l'OCP-GE a permis d'établir que ce dernier vivait à Genève sans titre de séjour, celui-ci étant échu depuis le 30 septembre 1998.

Suite à une dénonciation anonyme adressée à l'OCP-GE le 11 juillet 2002 et accusant A._____ de se livrer à la prostitution, cet office a convoqué l'intéressée en ses locaux pour un entretien le 6 août 2002. A cours de cette audience, l'intéressée a, en substance, tenu les mêmes propos que précédemment, ajoutant être enceinte de quatre mois des œuvres d'un ressortissant espagnol qui ne pouvait, dans l'immédiat, ni l'épouser ni reconnaître l'enfant.

B.

Par courrier daté du 29 août 2002, A._____, agissant par l'entremise de la Fondation suisse du Service social international (ci-après : le SSI), a sollicité l'octroi d'une autorisation de séjour en marge des mesures de limitation du nombre des étrangers. A cette occasion, elle a exposé qu'elle était entrée en Suisse en 1999 pour rendre visite à D._____, dont l'autorisation de séjour pour études

était échue depuis 1997, ainsi qu'à sa nièce, dont le père biologique serait son frère et le père juridique un ressortissant suisse. Afin de gagner sa vie, l'intéressée avait travaillé illégalement comme fille au pair pour des familles genevoises, tout en logeant chez son frère. Depuis le mois de mai 2001, elle s'était trouvée contrainte de quitter le domicile de son frère au vu de la mésentente croissante entre elle et son frère ainsi que la compagne de celui-ci. Après avoir subtilisé les clefs du studio de sa sœur, D._____ a dérobé tous ses papiers ainsi que des photographies intimes et, par la suite, s'est fait l'auteur de la dénonciation du 11 juillet 2002, de violences physiques ainsi que de menaces de mort. Elle a encore précisé que le père de l'enfant dont elle était enceinte était C._____, ressortissant espagnol titulaire d'une autorisation d'établissement, que ce dernier n'entendait pas le reconnaître et qu'elle entendait saisir la justice afin d'ouvrir une action en paternité à son endroit. De plus, la requérante a fait valoir que si C._____ devait être reconnu comme étant le père, l'enfant bénéficierait, et la mère à titre dérivé, de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ci-après: ALCP, RS 0.142.112.681). Finalement, A._____ avance dans son écrit que l'enfant à naître ne pourrait théoriquement pas bénéficier de la nationalité marocaine et qu'en raison notamment de son statut de mère célibataire, elle et l'enfant ne bénéficieraient pas de l'appui de leur famille au Maroc et subiraient l'opprobre.

Le 5 novembre 2002, l'intéressée a déposée un formulaire de demande d'autorisation de séjour pour étrangers, indiquant à cette occasion être entrée en Suisse le 9 novembre 1999.

Entendue le 19 novembre 2002, A._____ a notamment déclaré être au bénéfice de l'assistance sociale depuis le début du mois de novembre 2002 et avoir été mariée auparavant, mais ne pas pouvoir mentionner exactement la date de son divorce, qui, selon les pièces du dossier serait intervenu le 25 novembre 2002. En ce qui concerne ses proches au Maroc, elle a exposé que toute sa famille, sauf D._____, vivait à Casablanca, qu'elle n'avait de contacts qu'avec ses sœurs, dont une seule savait qu'elle attendait un enfant, et que ses frères déclaraient qu'elle n'appartenait plus à la famille, se fondant sur ce que D._____ leur avait rapporté.

Par jugement du 13 mai 2004, il a été constaté que C._____, qui a été condamné au versement d'une contribution d'entretien s'échelonnant entre Fr. 400.-- et Fr. 500.-- selon l'âge de l'enfant, était le père de B._____, ressortissant espagnol né le 30 novembre 2002 de A._____.

C.

Le 20 juillet 2004, l'OCP-GE a communiqué son avis favorable quant à l'octroi d'une autorisation de séjour en marge du contingentement à A._____ et son fils, notamment afin que ce dernier puisse conserver des contacts réguliers et fréquents avec son père. Le 26 juillet 2004, leur dossier a été transmis à l'ODM pour examen et décision quant à l'octroi d'une exception aux mesures de limitation.

D.

Agissant au nom des intéressés par courrier du 2 décembre 2004, le SSI a précisé que C._____ était marié, vivait en ménage commun avec son épouse et n'entendait pas épouser A._____, mais était néanmoins très attaché à B._____ qu'il voyait tous les jours.

En date du 6 mai 2005, l'ODM a fait savoir à A._____ qu'il n'entendait pas exempter son fils et elle des mesures de limitation, notamment en raison de l'absence d'attaches familiales étroites en Suisse et du jeune âge de l'enfant B._____.

Agissant au nom des requérants par courrier du 24 mai 2005, le SSI a formulé leur opposition quant au refus envisagé, soulevant entre autres arguments que B._____ ne pouvait pas acquérir la nationalité marocaine et que cet enfant et son père entretenaient une relation étroite et suivie.

E.

Par décision du 14 novembre 2005, l'ODM a refusé d'excepter A._____ et son fils B._____ des mesures de limitation. A l'appui de ce prononcé, cette autorité a en particulier retenu qu'un séjour illégal ne pouvait pas être pris en considération dans l'examen d'un cas de rigueur, qu'il ne fallait pas perdre de vue que l'intéressée avait vécu trente-cinq années au Maroc où elle avait conservé des attaches étroites, que cette dernière ne pouvait pas se prévaloir d'une intégration particulièrement marquée en Suisse, qu'il convenait de relativiser la relation vécue par B._____ et son père qui ne relevait

pas d'une communauté de vie et qu'il n'était pas établi que A._____ serait rejetée par sa famille en cas de retour au Maroc.

F.

Agissant par l'entremise du SSI en date du 15 décembre 2005, A._____ a saisi le Département fédéral de justice et police (DFJP) d'une recours dirigé contre la décision de l'ODM du 14 novembre 2005, concluant à l'annulation de la décision entreprise, respectivement à l'octroi d'une autorisation de séjour en sa faveur et celle de son fils B._____. A l'appui du recours, il est en particulier renvoyé aux moyens développés dans les écritures précédentes des requérants. De plus, la recourante avance que son fils est de nationalité espagnole et n'a aucune garantie d'obtenir un titre de séjour au Maroc et qu'elle-même n'a aucune garantie de pouvoir résider en Espagne, de sorte que leur situation relève du cas de rigueur, la relation avec son fils ne pouvant pas être vécue ailleurs qu'en Suisse. En outre, A._____ allègue être suivie pour un goitre multinodulaire. La recourante a sollicité le bénéfice de l'assistance judiciaire.

G.

Appelée à se prononcer sur le recours, l'autorité intimée a proposé le rejet du recours dans sa réponse du 21 juin 2006.

Par sa réplique du 11 août 2006, la recourante a, pour l'essentiel, persisté dans ses moyens et conclusions du 15 décembre 2005, précisant notamment que C._____, très attaché à B._____, entendait déposer une requête en attribution de l'autorité parentale conjointe.

H.

Par courrier du 29 mars 2007, la recourante a informé le Tribunal administratif fédéral que A._____ et C._____ s'étaient vus attribuer l'autorité parentale conjointe sur leur fils B._____ et que ce dernier mangeait tous les jours dans le café de son père, généralement accompagné de sa mère, et dormait chez son père lorsqu'il le souhaitait.

Agissant par acte du 29 novembre 2007, la recourante a produit une attestation du département genevois de l'instruction publique selon laquelle l'enfant B._____ est inscrit en première année d'école

enfantine. A cette occasion, il a également été allégué que l'enfant B._____ mangeait tous les soirs avec son père en compagnie de sa mère et que ces derniers passaient tous leurs week-ends ensemble, ayant repris leurs relations intimes, et envisageaient même de vivre dans le même appartement un jour, mais que cela n'était toutefois pas encore décidé.

Droit :

1.

1.1 Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), le Tribunal administratif fédéral, en vertu de l'art. 31 LTAF, 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 et l'art. 34 LTAF, dont l'ODM (art. 33 let. d LTAF).

Dans la mesure où le Tribunal administratif fédéral est compétent, il traite les affaires pendantes devant les commissions fédérales de recours ou d'arbitrage ou devant les services de recours des départements au 1^{er} janvier 2007 (art. 53 al. 2 phr. 1 LTAF).

En l'occurrence, le recours devant le Tribunal fédéral n'étant pas recevable en raison de la matière (art. 83 let. c ch. 5 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110] applicable mutatis mutandis), le Tribunal administratif fédéral statue en dernière instance (art. 1 al. 2 LTAF).

1.2 L'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2008 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr, RS 142.20) a entraîné l'abrogation de la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (aLSEE de 1931, RS 1 113), conformément à l'art. 125 LEtr, en relation avec le chiffre I de son annexe. De même, l'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2008 de l'art. 91 de l'ordonnance de Conseil fédéral du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA, RS 142.201) a eu pour conséquence l'abrogation de certaines ordonnances d'exécution de l'aLSEE, telle que l'ordonnance du Conseil fédéral du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (aOLE de 1986, RO 1986 1791), notamment. Dès lors que la demande

qui est l'objet de la présente procédure de recours a été déposée avant l'entrée en vigueur de la LEtr, l'ancien droit matériel reste toutefois applicable à la présente cause, conformément à la réglementation transitoire prévue à l'art. 126 al. 1 LEtr.

1.3 A moins que la LTAF n'en dispose autrement, la procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la PA (art. 37 LTAF).

A. _____ a qualité pour recourir (art. 48 PA), tant en son nom qu'en celui de son fils. Son recours, présenté dans la forme et les délais prescrits par la loi, est recevable (art. 50 et 52 PA).

2.

A teneur de l'art. 49 PA, le Tribunal administratif fédéral examine les décisions qui lui sont soumises avec un plein pouvoir de cognition. Le recourant peut invoquer non seulement le grief de violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, ainsi que celui de la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents, mais aussi le moyen de l'inopportunité pour autant qu'une autorité cantonale n'ait pas statué sur le même objet en tant qu'instance de recours. Il en découle que le Tribunal administratif fédéral n'a pas seulement à déterminer si la décision de l'administration respecte les règles de droit, mais également si elle constitue une solution adéquate eu égard aux faits (ANDRÉ MOSER, in MOSER/UEBERSAX, *Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1998, ch. 2.59 ss). Dans sa décision, il prend en considération l'état de fait et de droit régnant au moment où il statue (ATF 129 II 215 consid. 1.2, publication partielle de l'arrêt du Tribunal fédéral 2A.451/2002 du 28 mars 2003), sous réserve du considérant 1.2 ci-dessus. Par ailleurs, le Tribunal administratif fédéral n'est en aucun cas lié par les motifs invoqués à l'appui du recours (art. 62 al. 4 PA). Il peut s'écarter des considérants juridiques de la décision attaquée aussi bien que des arguments des parties.

3.

A titre préliminaire, le Tribunal administratif fédéral précise que la présente procédure ne concerne que la question de l'assujettissement aux mesures de limitation du nombre des étrangers de la recourante et de son fils et non pas directement celle de l'octroi éventuel de titres de séjour. Au demeurant, la compétence d'accorder une autorisation

de séjour appartient aux seules autorités cantonales (art. 15 aLSEE en relation avec l'art. 51 aOLE). Partant, les conclusions de la recourante, en tant qu'elles tendent à l'octroi d'autorisations de séjour à elle-même et à son fils, s'avèrent irrecevables.

4.

En vue d'assurer un rapport équilibré entre l'effectif de la population suisse et celui de la population étrangère résidante, de créer des conditions favorables à l'intégration des travailleurs et résidents étrangers, d'améliorer la structure du marché du travail et d'assurer un équilibre optimal en matière d'emploi, le Conseil fédéral, vu l'art. 18 al. 4 et l'art. 25 al. 1 aLSEE, a adopté des dispositions restrictives d'admission tant en ce qui concerne les travailleurs étrangers que les étrangers n'exerçant pas d'activité lucrative (art. 1 aOLE).

4.1 Le Conseil fédéral fixe périodiquement des nombres maximums pour les résidents à l'année qui, pour la première fois, viennent exercer une activité lucrative ou en entreprennent une. Ces nombres maximums sont valables également pour les étrangers qui ont déjà exercé une activité en Suisse sans avoir été soumis à une telle limitation et qui ne remplissent plus les conditions pour bénéficier d'une exception. Ils ne sont cependant pas valables pour les personnes qui ont reçu une autorisation de séjour selon l'art. 3 al. 1 let. c ou l'art. 38 aOLE (art. 12 al. 1 et 2 aOLE). Ne sont pas comptés dans les nombres maximums les étrangers qui obtiennent une autorisation de séjour dans un cas personnel d'extrême gravité ou en raison de considérations de politique générale (art. 13 let. f aOLE).

4.2 A ce propos, il sied de relever que l'autorité fédérale n'est pas liée par l'appréciation émise par le canton de Genève dans sa proposition du 26 juillet 2004 s'agissant de l'exemption de la recourante et de son fils des nombres maximums fixés par le Conseil fédéral. En effet, en vertu de la réglementation au sujet de la répartition des compétences en matière de police des étrangers entre la Confédération et les cantons, si les cantons ont certes la faculté de se déterminer à titre préalable au sujet de la délivrance des autorisations de séjour hors contingent, la compétence décisionnelle en matière d'octroi d'exceptions aux mesures de limitation au sens de l'art. 13 let. f aOLE appartient toutefois à la Confédération, et plus particulièrement à l'ODM (cf. art. 52 let. a aOLE ; ATF 119 Ib 33 consid. 3a, traduit en français dans Journal des Tribunaux [JdT] 1995 I 226 consid. 3a; PETER

KOTTUSCH, Das Ermessen der kantonalen Fremdenpolizei und seine Schranken, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBI] 91/1990, p. 155) et au Tribunal administratif fédéral, en vertu de l'effet dévolutif du recours (art. 54 PA).

5.

L'exception aux nombres maximums prévue par l'art. 13 let. f aOLE a pour but de faciliter la présence en Suisse d'étrangers qui, en principe, seraient soumis au contingentement des autorisations de séjour, mais pour lesquels l'application du système des nombres maximums apparaît, par suite de circonstances particulières, comme trop rigoureuse.

5.1 Il découle de la formulation de l'art. 13 let. f aOLE que cette disposition dérogatoire présente un caractère exceptionnel et que les conditions pour une reconnaissance d'un cas de rigueur doivent être appréciées de manière restrictive. Il est nécessaire que l'étranger concerné se trouve dans une situation de détresse personnelle. Cela signifie que ses conditions de vie et d'existence, comparées à celles applicables à la moyenne des étrangers, doivent être mises en cause de manière accrue, c'est-à-dire que le refus de soustraire l'intéressé aux restrictions des nombres maximums comporte pour lui de graves conséquences. Lors de l'appréciation du cas d'extrême gravité, il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas particulier. La reconnaissance d'un tel cas n'implique pas forcément que la présence de l'étranger en Suisse constitue l'unique moyen pour échapper à une situation de détresse. D'un autre côté, le fait que l'étranger ait séjourné en Suisse pendant une assez longue période, qu'il s'y soit bien intégré socialement et professionnellement et que son comportement n'ait pas fait l'objet de plaintes ne suffit pas, à lui seul, à constituer un cas d'extrême gravité; il faut encore que sa relation avec la Suisse soit si étroite qu'on ne puisse exiger qu'il aille vivre dans un autre pays, notamment dans son pays d'origine. A cet égard, les relations de travail, d'amitié ou de voisinage que le requérant a pu nouer pendant son séjour ne constituent normalement pas des liens si étroits avec la Suisse qu'ils justifieraient une exemption des mesures de limitation du nombre des étrangers (ATF 130 II 39 consid. 3, 128 II 200 consid. 4, 124 II 110 consid. 2, 123 II 125 consid. 2 et 5b/aa; ALAIN WURZBURGER, La jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de police des étrangers, Revue de Droit administratif et de Droit fiscal [RDAF] I 1997, p. 267ss).

5.2 En référence à la jurisprudence du Tribunal fédéral, le Tribunal administratif fédéral a confirmé que, de manière générale, des séjours effectués sans autorisation idoine ne doivent pas être pris en compte dans l'examen d'un cas de rigueur et que la longue durée d'un tel séjour n'est donc pas un élément constitutif d'un cas personnel d'extrême gravité (Arrêts du Tribunal administratif fédéral suisse [ATAF] 2007/16 consid. 5.4 ; ATF 130 II 39 consid. 3). De même, dans l'examen d'un cas de rigueur, il n'y a pas lieu de définir à l'intention des personnes ayant séjourné illégalement dans ce pays des critères particuliers et de leur accorder un traitement de faveur – par rapport aux étrangers qui ont toujours séjourné en Suisse dans le respect de la réglementation de police des étrangers – dans l'appréciation de leur situation (ATF 130 II 39 consid. 5.4).

5.3 En outre, lorsqu'une famille demande à être exemptée des mesures de limitation au sens de l'art. 13 let. f aOLE, la situation de chacun de ses membres ne doit pas être considérée isolément, mais en relation avec le contexte familial global. En effet, le sort de la famille formera en général en tout; il sera difficile d'admettre le cas d'extrême gravité, par exemple, uniquement pour les parents ou pour les enfants. Ainsi le problème des enfants est un aspect, certes important, de l'examen de la situation de la famille, mais ce n'est pas le seul critère. En principe, il y a donc lieu de porter une appréciation d'ensemble, tenant compte de tous les membres de la famille (cf. ATF 123 II 125 consid. 4a). En l'occurrence, il apparaît en effet que le sort de A._____ et celui de son fils sont étroitement liés et que, partant, on ne saurait porter une appréciation sur ses seules conditions d'existence en ignorant les conséquences qu'un éventuel refus de l'exempter des mesures de limitation aurait sur son fils, compte tenu du fait qu'ils forment une communauté de destin.

Il sied en outre de relever que l'art. 8 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, RS 0.101), qui protège le droit au respect de la vie familiale, n'a aucune portée propre dans le cadre de la présente procédure. En effet, même dans l'hypothèse où A._____ pouvait déduire de cette disposition conventionnelle un droit à séjourner en Suisse, il n'en résulterait pas de manière impérative qu'elle dût échapper, en vertu de l'art. 13 let. f aOLE, aux mesures de limitation du nombre des étrangers. Inversement, l'art. 8 CEDH ne peut pas être directement violé dans une procédure relative à l'assujettissement aux

mesures de limitation (arrêts du Tribunal fédéral 2A.162/2006 du 1^{er} juin 2006 consid. 3.3 et 2A.542/2005 du 11 novembre 2005 consid. 3.2.3), puisque la décision qui est prise ne porte pas sur le droit de séjourner en Suisse (cf. supra consid. 3). En revanche, les critères découlant de l'art. 8 CEDH peuvent être pris en considération pour examiner si l'on est en présence d'un cas personnel d'extrême gravité, au sens de l'art. 13 let. f aOLE, dans la mesure où des motifs d'ordre familial seraient liés à cette situation (arrêts du Tribunal fédéral 2A.76/2007 du 12 juin 2007 consid. 5.1 et 2A.83/2007 du 16 mai 2007 consid. 3.2).

Un étranger peut, selon les circonstances, se prévaloir du droit au respect de sa vie privée et familiale au sens de l'art. 8 par. 1 CEDH pour s'opposer à une éventuelle séparation de sa famille s'il peut invoquer une relation avec une personne de cette famille disposant d'un droit de s'établir en Suisse et que cette relation soit étroite et effective (ATF 130 II 281 consid. 3.1, 129 II 193 consid. 5.3.1, 129 II 215 consid. 4.1). Les relations visées par l'art. 8 CEDH sont avant tout celles qui existent entre époux, ainsi que les relations entre parents et enfants mineurs vivant en ménage commun (ATF 120 Ib 257 consid. 1d). Du reste, 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. La question de savoir si, dans un cas d'espèce, les autorités de police des étrangers sont tenues d'accorder une autorisation de séjour fondée sur l'art. 8 CEDH doit être résolue sur la base d'une pesée de tous les intérêts publics et privés en présence (ATF 122 II 1 consid. 2, 120 Ib 22 consid. 4a). Il faut qu'il existe des liens familiaux particulièrement forts dans les domaines affectif et économique pour que l'intérêt public à une politique restrictive en matière de séjour des étrangers et d'immigration passe au second plan (ATF 120 Ib 1 consid. 3c).

6.

Se fondant sur les pièces du dossier et notamment sur les déclarations constantes de la recourante, le Tribunal administratif

fédéral estime que les éléments portés à sa connaissance permettent de considérer qu'au moins depuis 1999, A._____ a résidé continuellement et travaillé en Suisse en toute illégalité, dans un premier temps, soit jusqu'au 26 juin 2002, à l'insu des autorités de ce pays. Depuis le dépôt de la demande de régularisation de ses conditions de séjour, le 29 août 2002, elle demeure en Suisse au bénéfice d'une simple tolérance cantonale. Or, un tel séjour, de par son caractère provisoire et aléatoire, ne saurait être considéré comme un élément constitutif d'un cas personnel d'extrême gravité (ATAF 2007/16 consid. 7, arrêt du Tribunal fédéral 2A.222/2006 du 4 juillet 2006 consid. 3.2 et 2A.540/2005 du 11 novembre 2005). Au demeurant, le simple fait pour un étranger de séjourner en Suisse pendant plusieurs années, y compris à titre légal, ne permet pas d'admettre un cas personnel d'extrême gravité sans que n'existent d'autres circonstances tout à fait exceptionnelles à même de justifier l'existence d'un cas de rigueur (arrêt du Tribunal fédéral 2A.565/2005 du 23 décembre 2005). Dans ces circonstances, l'intéressée ne saurait tirer parti de la simple durée de son séjour en Suisse pour bénéficier d'une exception aux mesures de limitation. Pour rappel, la recourante se trouve en effet, de ce point de vue, dans une situation comparable à celle de nombreux étrangers qui sont appelés à quitter la Suisse au terme d'un séjour autorisé ou non et qui, ne bénéficiant d'aucun traitement particulier, demeurent soumis aux mesures de limitation.

7.

Cela étant, il convient d'examiner les critères d'évaluation qui, autres que la seule durée du séjour en Suisse, pourraient justifier une exception aux mesures de limitation au sens de l'art. 13 let. f aOLE.

7.1 Ainsi que précisé ci-dessus (supra consid. 5.1), le fait que l'étranger ait séjourné en Suisse pendant une assez longue période, qu'il s'y soit bien intégré socialement et professionnellement et que son comportement n'ait pas fait l'objet de plaintes ne suffit pas, à lui seul, à constituer un cas d'extrême gravité (ATF 128 II 200 consid. 4 et les arrêts cités). En effet, faut-il encore que le refus de soustraire l'intéressé aux restrictions des nombres maximums comporte pour lui de graves conséquences. Autrement dit, il est nécessaire que ses conditions de vie et d'existence, comparées à celles applicables à la moyenne des étrangers, doivent être mises en cause de manière accrue.

7.2 Force est de constater que, comparée à la situation de la moyenne des étrangers qui ont passé autant d'années en Suisse, l'intégration socio-professionnelle de l'intéressée ne revêt aucun caractère exceptionnel. En effet, bien que le Tribunal administratif fédéral ne remette nullement en cause les efforts d'intégration qu'elle a accomplis, ni les contacts qu'elle a pu établir avec la population locale, il ne saurait pour autant considérer qu'elle se soit créé avec ce pays des attaches professionnelles ou sociales à ce point profondes et durables qu'elle ne puisse plus raisonnablement envisager un retour dans son pays d'origine. De plus, le Tribunal de céans relève que le comportement en Suisse de A._____ n'est pas exempt de tout reproche. En effet, lors de son séjour clandestin en Suisse et jusqu'au dépôt de la demande de régularisation de ses conditions de séjour, la prénommée a séjourné et travaillé dans ce pays de manière totalement illégale. Même s'il ne faut pas exagérer l'importance des infractions aux prescriptions de police des étrangers inhérentes à la condition de clandestin, il n'est néanmoins pas contradictoire de tenir compte de l'existence de telles infractions (ATF 130 loc. cit. consid. 5.2). En effet, ainsi qu'il a été précisé ci-dessus, l'attitude que la recourante a adoptée pendant le séjour clandestin dans ce pays contribue au marché condamnable du travail illégal.

Cela étant, le Tribunal administratif fédéral observe que même si c'est au Maroc que A._____ a vécu les trente-cinq premières années de sa vie – de sorte qu'un séjour de neuf ans Suisse ne saurait l'avoir déracinée complètement –, il n'en reste pas moins que la situation qu'elle connaîtrait en cas de retour dans son pays d'origine s'est modifiée de manière notable avec la naissance d'un enfant hors mariage. De ce point de vue, il est aussi légitime de prendre en considération le fait que c'est en Suisse, et plus particulièrement à Genève, que la recourante a construit sa vie de mère. En outre, selon les allégations de l'intéressée, elle connaîtrait l'opprobre au Maroc en raison de son statut de mère célibataire et ne pourrait trouver un emploi convenable. A cela s'ajoute qu'elle a déclaré qu'une partie de sa famille n'est plus disposée à l'accueillir en son sein compte tenu de sa situation et que elle ne peut plus que compter sur l'appui de ses soeurs, ce qui, selon elle, n'apparaîtrait pas comme étant une solution acceptable en considération de l'héritage patriarcal de la société civile marocaine. Dans sa décision, l'ODM écarte simplement ces arguments en soulevant que les difficultés auxquelles A._____ serait confrontée en cas de retour au Maroc n'ont pas été, de son avis,

démontrées à suffisance, n'instruisant aucunement cette question, par exemple au travers d'une demande de renseignements effectuée auprès de l'Ambassade de Suisse au Maroc. Selon les informations en possession du Tribunal administratif fédéral, les allégations avancées par la recourante au sujet de la condition des mères célibataires au Maroc paraissent pour le moins crédible et on ne saurait les écarter sans autre investigation ainsi que l'autorité intimée l'a fait dans la décision dont est recours.

En sus, il ne faut perdre de vue que la recourante entretient une relation suivie avec un ressortissant espagnol titulaire d'une autorisation d'établissement et que celui-ci est le père de son enfant. Si par le passé, A._____ et C._____ n'ont pas toujours vécu une relation répondant aux critères de la protection de l'art. 8 CEDH, le Tribunal administratif fédéral observe qu'on ne saurait en dire autant, sans autre instruction, de la situation actuelle telle qu'elle est décrite dans le courrier du SSI du 29 novembre 2007.

7.3 En ce qui concerne le fils de la recourante avec qui elle forme une communauté de destin, le Tribunal administratif fédéral observe que le 20 juillet 2004, l'OCP-GE s'est déclaré disposé à octroyer une autorisation de séjour annuelle à l'enfant B._____ en considération des liens existant entre cet enfant et son père de nationalité espagnole et bénéficiaire d'une autorisation d'établissement. Compte tenu des liens que père et fils entretiennent et de leur nationalités respectives, il apparaît que B._____ peut éventuellement prétendre à l'application de l'art. 3 de l'annexe I de l'ALCP (arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes [CJCE] du 17 septembre 2002 en l'affaire Baumbast et R. [C-413/1999, Rec. 2002, p. I-7091] et du 15 mars 1989 en l'affaire Echternach et Mortitz [389/87 et 390/87, Rec. 1989, p. 723] en relation avec l'arrêt du Tribunal fédéral 2A.475/2004 du 25 mai 2005 consid. 4 ainsi que ATF 130 II 113 consid. 7) ou à l'octroi d'un titre de séjour fondé sur une autre disposition de l'ALCP, voire sur l'art. 8 CEDH qui garantit le droit à protection de la vie privée et familiale (ATF 130 II 281 consid. 3.1, 129 II 215 consid. 4, 126 II 335 consid. 2a).

Or, pour les étrangers dont le séjour est régi par l'ALCP, la réglementation de l'aOLE n'est applicable que dans la mesure où elle prévoit un statut juridique plus avantageux ou lorsque l'ALCP ne prévoit pas de dispositions dérogatoires (art. 2 al. 2 aOLE). En l'occurrence, il appert que l'enfant B._____ est de nationalité

espagnole, de sorte que l'on peut présumer à son sujet de l'existence d'un droit à séjourner en Suisse en vertu de l'ALCP et ce d'autant plus qu'il entretient une relation étroite et effective avec C._____ qui est également ressortissant espagnol. En effet, comme le Tribunal fédéral a eu l'occasion de le préciser, le seul fait de pouvoir se réclamer de la nationalité d'un Etat contractant de l'ALCP permet d'invoquer une disposition de l'Accord – et de son Annexe I – pour faire valoir un droit de séjour en Suisse (ATF 130 II 493 consid. 1.1), bien que cela ne démontre en rien l'existence effective d'un droit étendu conféré par l'ALCP (ATF 131 II 329 consid. 3.1 et arrêt du Tribunal fédéral 2A.169/2004 du 31 août 2004 consid. 6). De plus, le statut juridique que pourrait obtenir B._____ par le truchement de l'art. 13 let. f aOLE n'est pas plus avantageux que celui qu'il pourrait obtenir en application des dispositions de l'ALCP. Compte tenu de l'art. 2 al. 2 aOLE, il apparaît que le séjour en Suisse de cet enfant ne peut être réglé en application de l'aOLE, mais doit bien l'être en exécution des dispositions de l'ALCP ou des actes qui en sont dérivés, par exemple de l'ordonnance du Conseil fédéral sur l'introduction de la libre circulation des personnes du 22 mai 2002 (OLCP, RS 142.203), et cela quel que soit le statut envisagé en fin de compte pour lui. En tout état de cause, le sort de cet enfant n'est manifestement pas suffisamment déterminé pour être pris en considération dans l'examen de la situation de sa mère où il aura une influence directe et majeure (supra consid. 5.3 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-293/2006 du 27 août 2007 consid. 6) et cela d'autant plus que, le 29 août 2002 déjà, les intéressés ont invoqué le bénéfice de l'ALCP, en considération de la nationalité de l'enfant et de son père.

Le Tribunal administratif fédéral relève par ailleurs que l'ODM n'a pas examiné la question de savoir si l'enfant B._____ peut prétendre à la nationalité marocaine, ce que les recourants infirment, et sinon, à quelles conditions il pourrait éventuellement séjourner auprès de sa mère dans le pays d'origine de cette dernière.

7.4 Au vu des motifs exposés ci-devant, il appert que la décision entreprise doit être mise à néant tant en ce qu'elle concerne B._____ qu'en ce qu'elle vise A._____, les faits pertinents n'étant pas suffisamment établis notamment. L'affaire est renvoyée à l'ODM pour instruction et nouvelle décision après concertation avec l'autorité cantonale au sujet du statut envisagé pour l'enfant B._____.

8.

La décision dont est recours doit donc être annulée et l'affaire renvoyée à l'ODM pour instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants.

En conséquence, le recours est admis dans la mesure où il est recevable.

Compte tenu de l'issue de la cause, il n'y a pas lieu de mettre de frais de procédure à la charge de la recourante (cf. art. 63 al. 1 PA et art. 1 à 3 de la règlement du 11 décembre 2006 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]).

Obtenant partiellement gain de cause, la recourante a droit à des dépens (art. 64 al. 1 PA en relation avec l'art. 7 FITAF). Au vu de l'ensemble des circonstances du cas, de l'importance de l'affaire, du degré de difficulté de cette dernière et de l'ampleur du travail accompli par le SSI, le Tribunal administratif fédéral estime, au regard des art. 8ss FITAF, que le versement d'un montant de Fr. 1'600.-- à titre de dépens (TVA comprise) apparaît comme équitable en la présente cause.

Compte tenu de ce qui précède, la demande d'assistance judiciaire formulée dans le mémoire de recours devient sans objet.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est admis dans la mesure où il est recevable.

2.

La décision entreprise est annulée, l'affaire étant renvoyée à l'ODM pour instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants.

3.

Il n'est pas perçu de frais de procédure.

4.

L'autorité intimée versera à la recourante un montant de Fr. 1'600.-- à titre de dépens.

5.

Le présent arrêt est adressé :

- aux recourants (recommandé)
- à l'autorité inférieure, dossier ODM 2 113 457 en retour
- à l'Office cantonal de la population du canton de Genève, pour information.

La présidente du collège :

Le greffier :

Elena Avenati-Carpani

Oliver Collaud

Expédition :