



---

Cour III  
C-6876/2007  
{T 0/2}

## **Arrêt du 19 janvier 2009**

---

Composition

Jean-Daniel Dubey (président du collège), Blaise Vuille,  
Bernard Vaudan, juges,  
Susana Carvalho, greffière.

---

Parties

A. \_\_\_\_\_,  
agissant par l'entremise de ses co-curateurs,  
B. \_\_\_\_\_ et C. \_\_\_\_\_,  
représentée par Centre Social Protestant (CSP),  
rue du Village-Suisse 14, case postale 171,  
1211 Genève 8,  
recourante,

contre

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

---

Objet

Refus d'approbation à l'octroi d'une autorisation de  
séjour et renvoi de Suisse

**Faits :****A.**

C.\_\_\_\_\_, ressortissante malgache née en 1970, est arrivée en Suisse en 2001 pour y rejoindre B.\_\_\_\_\_, avec lequel elle avait contracté mariage en novembre 2000 à Madagascar. Ce dernier, né en 1968 et d'origine angolaise, est un ancien requérant d'asile au bénéfice d'une autorisation de séjour dans le canton de Genève depuis 2000.

Quelque temps plus tard, la fille de C.\_\_\_\_\_, T.\_\_\_\_\_, née en 1988, est arrivée en Suisse au bénéfice du regroupement familial pour vivre chez sa mère et le mari de celle-ci. Rapidement pourtant, des tensions ont surgi entre B.\_\_\_\_\_ et la jeune fille, laquelle a finalement emménagé chez ses grands-parents maternels, résidant également à Genève.

**B.**

**B.a** Le couple formé par C.\_\_\_\_\_ et B.\_\_\_\_\_ a vite connu des difficultés, l'épouse ne parvenant pas à tomber enceinte. Pour pacifier la situation, la famille de C.\_\_\_\_\_ a décidé que la soeur de celle-ci, mariée et mère au foyer à Madagascar, qui avait par ailleurs pris en charge T.\_\_\_\_\_ de 1998 à 2004, confierait son quatrième enfant, A.\_\_\_\_\_, née le 28 janvier 2004, au couple BC.\_\_\_\_\_ pour adoption. Selon les allégués de B.\_\_\_\_\_, l'enfant aurait même été conçue dans ce seul but. Aussi les parents biologiques de A.\_\_\_\_\_ lui ont-ils donné le nom de famille de son futur père adoptif.

**B.b** Le 6 mai 2004, le Tribunal de Première Instance d'Antananarivo, sur requête des parents de A.\_\_\_\_\_, a délégué leur autorité parentale aux époux BC.\_\_\_\_\_ pour soigner et s'occuper de leur fille durant son séjour en Suisse, lesquels ont ainsi été désignés tuteurs.

**C.**

A.\_\_\_\_\_ est arrivée à Genève le 14 mai 2004. L'Ambassade de Suisse à Madagascar avait préalablement délivré un visa d'entrée en bonne et due forme, dans la mesure où elle croyait que l'adoption de l'enfant avait été concrétisée, respectivement que les dernières démarches devaient être finalisées en Suisse. L'Office de la population

du canton de Genève (ci-après l'OCP) a même délivré une autorisation de séjour à A.\_\_\_\_\_ "en vue d'adoption". Par la suite pourtant, les époux BC.\_\_\_\_\_ n'ont entrepris aucune démarche pour régulariser la situation de A.\_\_\_\_\_.

#### **D.**

**D.a** En dépit de la présence de l'enfant, les difficultés relationnelles au sein du couple BC.\_\_\_\_\_ ont subsisté. Le 30 septembre 2004, B.\_\_\_\_\_ a informé l'OCP qu'il avait décidé de se séparer de son épouse. Il a même déposé le 22 octobre 2004 une plainte pour violences conjugales à l'encontre de son épouse, pour des faits survenus le 29 septembre 2004. C'est à la suite de la plainte pénale du 22 octobre 2004 que les services de protection de la jeunesse ont appris que A.\_\_\_\_\_ se trouvait à Genève en situation irrégulière. Les époux BC.\_\_\_\_\_ ont cependant poursuivi la vie commune et le 29 mars 2005, ils ont déposé une demande de placement en vue d'adoption de l'enfant auprès des autorités compétentes.

**D.b** L'Office de la jeunesse du canton de Genève (ci-après l'OJ), par sa section Evaluation des lieux de placement, a établi le 7 octobre 2005 un rapport d'évaluation sociale du milieu d'adoption. S'agissant des recommandations concernant l'enfant à adopter et l'adéquation du projet, l'OJ a retenu que les époux BC.\_\_\_\_\_ n'offraient pas un cadre stable et épanouissant pour le développement de A.\_\_\_\_\_, eu égard aux difficultés relationnelles à l'intérieur du couple et entre B.\_\_\_\_\_ et T.\_\_\_\_\_, à la situation financière instable du couple et à la prise en charge de l'enfant, qui se faisait principalement par des tiers auxquels elle pourrait s'attacher "sans garantie de continuité du lien". L'OJ a relevé en outre que l'enfant n'était pas orpheline, qu'elle avait à Madagascar ses parents, ses frères et soeurs, avec lesquels elle avait maintenu des contacts, et qu'en dépit des conditions économiques précaires, il existait sur place un réseau familial aimant et prêt à l'accueillir. Il a conclu que les époux BC.\_\_\_\_\_ ne remplissaient pas les conditions posées par l'ordonnance du 19 octobre 1977 réglant le placement d'enfants à des fins d'entretien et en vue d'adoption (OPEE, RS 211.222.338) et par la loi fédérale relative à la Convention de La Haye sur l'adoption et aux mesures de protection de l'enfant en cas d'adoption internationale (LF-CLaH, RS 211.221.31).

Le 11 octobre 2005, le directeur de l'OJ a refusé d'autoriser le placement de A.\_\_\_\_\_ en vue d'adoption, se fondant pour l'essentiel sur le rapport du 7 octobre 2005.

**D.c** B.\_\_\_\_\_ et C.\_\_\_\_\_ ont recouru contre cette décision.

Au vu des arguments développés dans le mémoire et se basant sur des documents produits par les époux BC.\_\_\_\_\_, l'OJ a procédé à un nouvel examen du dossier. Il a toutefois maintenu sa position dans ses observations du 24 avril 2006, compte tenu de l'inaptitude des recourants à adopter et du fait que la preuve n'avait pas été rapportée que les parents de l'enfant l'avaient confiée pour adoption.

**D.d** Par décision du 22 novembre 2006, l'Autorité de surveillance des tutelles du canton de Genève a rejeté le recours et confirmé la décision du 11 octobre 2005. En substance, elle a considéré qu'indépendamment de la question de la qualité et de l'aptitude des recourants à adopter, une adoption ne pouvait être prononcée selon le droit suisse, compte tenu des circonstances de la conception et de l'accueil de l'enfant, qui s'apparentait à une maternité de substitution, et compte tenu du fait que le consentement des père et mère à l'adoption n'avait pas été valablement donné.

**E.**

**E.a** En dépit de la décision du 22 novembre 2006, A.\_\_\_\_\_ est restée chez les époux BC.\_\_\_\_\_. L'OJ a établi un deuxième rapport le 21 mars 2007. Il a relevé la bonne évolution du milieu d'accueil et de l'enfant et le fait que des liens entre les membres de la famille étaient maintenus, dans la mesure où les époux BC.\_\_\_\_\_ avaient tenu compte des remarques du premier rapport pour adapter la situation. Selon le rapport, les parents se montraient collaborants et avaient aménagé la prise en charge de l'enfant de manière adéquate. Dans la mesure où les conditions d'accueil étaient suffisantes, les chargées d'évaluation ont estimé qu'il était de l'intérêt de A.\_\_\_\_\_ de pouvoir rester auprès des époux BC.\_\_\_\_\_, "puisque'ils représent[aient] l'image parentale et [avaient] investis leur rôle d'éducateurs, tout en favorisant les relations avec sa famille d'origine et élargie".

Par décision du 11 avril 2007, la section Evaluation des lieux de placement a décidé que B.\_\_\_\_\_ et C.\_\_\_\_\_ étaient autorisés à

accueillir A.\_\_\_\_\_ à leur domicile, sous réserve de l'octroi d'une autorisation de séjour.

**E.b** Le 9 mai 2007, l'OCP a informé les époux BC.\_\_\_\_\_ qu'il était disposé à autoriser le séjour de A.\_\_\_\_\_ sous l'angle de l'art. 35 de l'ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (OLE, RO 1986 1791), sous réserve de l'approbation de l'ODM.

**F.**

Envisageant de refuser son aval à l'octroi de l'autorisation de séjour, l'ODM a invité les époux BC.\_\_\_\_\_ à se déterminer, le 15 juin 2007.

**G.**

Le 19 juin 2007, le Tribunal tutélaire du canton de Genève a instauré une curatelle de représentation en faveur de A.\_\_\_\_\_ et a désigné B.\_\_\_\_\_ et C.\_\_\_\_\_ aux fonctions de co-curateurs.

**H.**

Par écrit du 12 juillet 2007, à la suite de l'avis négatif de l'ODM, B.\_\_\_\_\_ a relevé que le séjour de A.\_\_\_\_\_ en Suisse, depuis trois ans, avait créé des liens forts entre elle et ses parents nourriciers, qu'elle considérait par ailleurs comme ses vrais parents, puisqu'elle n'avait revu ses parents biologiques qu'à une occasion depuis son départ de Madagascar en 2004, et que dès lors une rupture de ce lien serait vécu de manière extrêmement traumatisante. Il a ajouté que l'enfant souffrait d'un problème de santé qui serait très délicat à prendre en charge dans son pays d'origine. B.\_\_\_\_\_ a ainsi estimé que le départ de A.\_\_\_\_\_ la soumettrait à un cas de rigueur au sens des art. 13 let. f et 36 OLE et qu'il n'était donc pas adéquat.

Le 16 juillet 2007, il a fait parvenir à l'ODM un certificat médical de la pédiatre qui avait suivi A.\_\_\_\_\_ dès son arrivée en Suisse jusqu'en avril 2007, qui précisait, outre que l'enfant recevait amour et attention de ses parents nourriciers, qu'elle souffrait de convulsions fébriles fréquentes et que son retour à Madagascar mettrait en danger sa santé physique et psychique.

**I.**

Par décision du 5 septembre 2007, l'ODM a refusé d'approuver l'octroi d'une autorisation de séjour à A.\_\_\_\_\_ et lui a imparti un délai de départ de Suisse. En substance, il a retenu que l'enfant avait encore

ses parents dans son pays natal, qu'aucune solution de rechange n'y avait été envisagée et que le manque de moyens financiers des parents ne constituait pas à lui seul un motif important permettant d'accorder une autorisation de séjour à l'enfant, étant donné qu'une contribution matérielle pouvait être apportée depuis la Suisse. L'ODM a relevé que les éventuelles difficultés familiales de ses parents, de même que de meilleures possibilités de soins en Suisse par rapport à Madagascar, ne suffisaient pas à justifier un placement de A.\_\_\_\_\_ auprès de sa tante et de son oncle à Genève, au sens de l'art. 35 OLE, la seule déclaration des parents biologiques de confier l'enfant aux époux BC.\_\_\_\_\_ n'étant pas déterminante. Il a également refusé de donner son approbation à une admission sous l'angle de l'art. 36 OLE, dès lors que l'intéressée ne se trouvait pas dans une situation de détresse, au vu également de son âge et de sa faculté d'adaptation. Il a finalement estimé que l'exécution du renvoi de Suisse était possible, licite et raisonnablement exigible.

**J.**

A.\_\_\_\_\_, agissant par ses co-curateurs, a interjeté recours contre cette décision le 10 octobre 2007 (date du sceau postal), concluant à son annulation et à l'octroi d'une autorisation de séjour. Elle a exposé les circonstances de sa naissance, à savoir que sa mère s'était retrouvée enceinte d'un quatrième enfant qu'elle et son mari ne souhaitaient pas assumer, tandis que C.\_\_\_\_\_ et B.\_\_\_\_\_, dans l'impossibilité d'avoir des enfants naturellement, formaient le projet d'adopter un enfant, et que dès lors, conformément à une coutume très répandue sur le continent africain, ses parents avaient proposé aux époux BC.\_\_\_\_\_ de l'adopter. Elle s'est prévalu de l'art. 3 de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (RS 0.107), disposition que la décision attaquée violait, en l'absence de tout examen minutieux de son intérêt primordial. Elle a estimé que sa situation était constitutive d'un cas de rigueur au sens de l'art. 36 OLE, et ce bien que l'ODM n'ait pas jugé nécessaire de faire examiner cette question par l'OCP, qui s'était uniquement prononcé sous l'angle de l'art. 35 OLE. Elle a souligné que vu son jeune âge, trois ans et demi, son attachement aux personnes qui représentaient pour elle l'image parentale était particulièrement fort et constituait l'un des aspects principaux de sa personnalité, et qu'une séparation serait perçue comme une déchirure extrêmement traumatisante, qui aurait sans aucun doute des conséquences graves sur son développement psychique et sur toute sa personnalité, ce dont attestaient les

collaborateurs de l'OJ ainsi que ses pédiatres. Elle a finalement rappelé qu'elle souffrait d'un problème de santé qui ne pourrait pas être pris en charge de manière adéquate à Madagascar. Elle a produit plusieurs pièces justificatives à l'appui de son recours.

**K.**

Le 8 novembre 2007, le Tribunal tutélaire a autorisé les co-curateurs de A.\_\_\_\_\_ à plaider devant le Tribunal administratif fédéral (ci-après : le TAF ou le Tribunal) et a ratifié en tant que de besoin le recours qu'ils avaient interjeté.

**L.**

Dans sa prise de position du 21 décembre 2007, concluant au rejet du recours, l'ODM a rappelé que la mère biologique de A.\_\_\_\_\_ avait eu avant elle trois enfants et avait également pris en charge T.\_\_\_\_\_ et que par conséquent, elle était en principe capable d'élever A.\_\_\_\_\_, ce qui n'était en revanche pas le cas des époux BC.\_\_\_\_\_, compte tenu du rapport d'évaluation du 7 octobre 2005. Il a ajouté qu'en dépit du nouveau rapport d'évaluation intervenu en 2007, A.\_\_\_\_\_ ne se trouvait pas dans une situation de détresse personnelle au sens de l'art. 36 OLE, l'octroi d'un permis de séjour sur cette base n'étant pas compatible avec les doutes et les manquements qui caractérisaient le cas d'espèce, dans la mesure où les dispositions légales qui visaient précisément à s'assurer que l'intérêt et les droits de l'enfant étaient respectés avaient été violées, et les diverses autorités compétentes en matière de placement et d'adoption mises devant le fait accompli.

**M.**

Répliquant le 8 février 2008, la recourante a prétendu que l'ODM méconnaissait la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, en faisant totalement abstraction des avis des différents intervenants, tels l'OJ et les pédiatres, et que si le souci du respect des procédures en matière d'adoption internationale présentait un intérêt général pour éviter des abus, il ne répondait pas à la question de son intérêt concret et actuel à pouvoir rester auprès des personnes qu'elle considérait comme ses vrais et uniques parents. Elle a joint un courrier de l'OJ qui relatait qu'en dépit de multiples tentatives du Service social international sur place à Madagascar, personne ne voulait prendre la responsabilité de communiquer quelque information que ce fût et que dès lors, la

situation sociale et matérielle de la famille de A. \_\_\_\_\_ à Madagascar était inconnue.

## **N.**

Invitée à faire part des derniers développements intervenus dans sa situation personnelle, la recourante a indiqué le 8 décembre 2008 qu'elle avait débuté l'école enfantine. Elle a joint un certificat médical actualisé, dont il ressort qu'elle souffre de convulsions fébriles et que son retour dans son pays d'origine "mettrait assurément en danger sa santé tant physique que psychique" et qu'"elle nécessite une attention et des soins à long terme difficilement disponibles à Madagascar, seuls ses parents actuels sont aptes à ces deux tâches".

## **Droit :**

### **1.**

**1.1** Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), le Tribunal administratif fédéral (ci-après le TAF ou le Tribunal), 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 aux art. 33 et 34 LTAF.

En particulier, les décisions en matière d'autorisation de séjour en Suisse et de renvoi prononcées par l'ODM - lequel constitue une unité de l'administration fédérale telle que définie à l'art. 33 let. d LTAF - sont susceptibles de recours au TAF, qui statue définitivement (cf. art. 1 al. 2 LTAF en relation avec l'art. 83 let. c ch. 2 et 4 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]).

**1.2** L'entrée en vigueur, le 1er 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 (LSEE, RS 1 113), conformément à l'art. 125 LEtr, en relation avec le chiffre I de son annexe, ainsi que celle de certaines ordonnances d'exécution (cf. art. 91 de l'ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative [OASA, RS 142.201]), telles que l'OLE, l'ordonnance du 20 avril 1983 sur la procédure d'approbation en droit des étrangers (OPADE, RO 1983 535) et le règlement d'exécution du 1er mars 1949

de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (RSEE, RO 1949 I 232).

**1.3** La demande qui est l'objet de la présente procédure de recours ayant été déposée avant l'entrée en vigueur de la LEtr, l'ancien droit matériel reste applicable à la présente cause, conformément à l'art. 126 al. 1 LEtr.

En revanche, la procédure est régie par le nouveau droit (art. 126 al. 2 LEtr).

**1.4** A moins que la LTAF n'en dispose autrement, la procédure devant le TAF est régie par la PA (art. 37 LTAF).

**1.5** A. \_\_\_\_\_ a qualité pour recourir (art. 48 al. 1 PA). Présenté dans la forme et les délais prescrits par la loi, son recours est recevable (art. 50 et 52 PA).

## **2.**

La recourante peut invoquer devant le TAF la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents ainsi que l'inopportunité de la décision entreprise, sauf lorsqu'une autorité cantonale a statué comme autorité de recours (art. 49 PA).

A teneur de l'art. 62 al. 4 PA, l'autorité de recours n'est pas liée par les motifs invoqués à l'appui du recours. Aussi peut-elle admettre ou rejeter le pourvoi pour d'autres motifs que ceux invoqués. Dans sa décision, elle prend en considération l'état de fait et de droit régnant au moment où elle statue, sous réserve du considérant 1.3 ci-dessus (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2A.451/2002 du 28 mars 2003 consid. 1.2, partiellement publié in ATF 129 II 215).

## **3.**

L'autorité statue librement dans le cadre des prescriptions légales et des traités avec l'étranger sur l'octroi de l'autorisation de séjour ou d'établissement... (art. 4 LSEE). Cette liberté demeure entière quelles que soient les dispositions prises par le requérant (art. 8 al. 2 RSEE).

Pour les autorisations, les autorités doivent tenir compte des intérêts moraux et économiques du pays, ainsi que du degré de surpopulation étrangère (cf. art. 16 al. 1 LSEE et art. 8 al. 1 RSEE) et veiller à

maintenir un rapport équilibré entre l'effectif de la population suisse et celui de la population étrangère résidante (cf. art. 1 let. a OLE).

#### **4.**

**4.1** Selon l'art. 99 LEtr, applicable en vertu de l'art. 126 al. 2 LEtr, le Conseil fédéral détermine les cas dans lesquels les autorisations de courte durée, de séjour ou d'établissement sont soumises à l'approbation de l'ODM. Celui-ci peut refuser son approbation ou limiter la portée de la décision cantonale (cf. art. 40 al. 1 LEtr).

Conformément à l'art. 85 al. 1 let. a et b OASA, l'ODM a la compétence d'approuver l'octroi et le renouvellement des autorisations de séjour et de courte durée, ainsi que l'octroi de l'établissement lorsqu'il estime qu'une procédure d'approbation est nécessaire pour certaines catégories de personnes afin d'assurer une pratique uniforme de la loi ou lorsqu'une procédure d'approbation se révèle indispensable dans un cas d'espèce. Tel est en particulier le cas lors de placements d'enfants (cf. également [www.bfm.admin.ch](http://www.bfm.admin.ch) > Thèmes > Bases légales > Directives et commentaires > Domaine des étrangers > Procédure et compétences > Procédure et répartition des compétences, version 01.01.2008, ch. 1.3.1.2.2 let. d).

Ces dispositions correspondent, dans l'esprit, aux dispositions abrogées (cf. art. 51 OLE, art. 18 al. 1 et 3 LSEE et art. 1 al. 1 let. c OPADE).

**4.2** En vertu de la répartition des compétences qui prévaut dans le cas particulier, il appartient à l'ODM d'approuver ou de refuser l'autorisation de séjour en Suisse que l'OCP se propose de délivrer à A.\_\_\_\_\_. Il bénéficie en la matière d'une totale liberté d'appréciation, dans le cadre des prescriptions légales et des traités avec l'étranger (art. 4 LSEE).

Ni le TAF, ni l'ODM ne sont par conséquent liés par la position de l'OCP du 9 mai 2007 et peuvent parfaitement s'en écarter.

#### **5.**

**5.1** Un ressortissant étranger n'a, en principe, pas un droit à la délivrance d'une autorisation de séjour ou d'établissement, à moins qu'il ne puisse se prévaloir d'une disposition particulière du droit

fédéral ou d'un traité accordant un tel droit (cf. ATF 133 I 185 consid. 2.3, 131 II 339 consid. 1, ATF 130 II 281 consid. 2.1 et la jurisprudence citée).

**5.2** En l'espèce, dans la mesure où un placement éducatif en Suisse demeure envisagé, attendu que l'adoption a été refusée par les autorités genevoises, l'art. 35 OLE est seul applicable. Il s'agit là d'une disposition de nature purement potestative, de sorte qu'un ressortissant étranger ne saurait en déduire un droit de séjourner sur le territoire helvétique (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2P.18/2007 du 29 juin 2007 consid. 3.1).

**5.3** S'agissant de l'art. 36 OLE invoqué par la recourante, le Tribunal relève que l'OCP s'est déclaré disposé à accorder une autorisation de séjour uniquement sous l'angle de l'art. 35 OLE, à l'exclusion de l'art. 36 OLE. Aussi n'appartient-il pas à l'ODM, a fortiori au TAF, de se prononcer sur l'octroi d'une autorisation de séjour qui ne lui a pas été soumise pour approbation sur la base de l'art. 36 OLE (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral C-7491/2007 du 15 août 2008 consid. 7.1). De surcroît, eu égard à la systématique des art. 31ss OLE, qui permettent d'accorder des autorisations de séjour à des étrangers sans activité lucrative, il appert que l'art. 36 OLE, dont la note marginale est "autres étrangers sans activité lucrative", constitue une disposition subsidiaire, qui ne trouve en principe pas application lorsqu'un autre cas de figure est rempli. En l'espèce, il est patent que le cas de l'intéressée correspond à l'art. 35 OLE.

En tout état de cause, le Tribunal observe que l'art. 36 OLE, dans la mesure où il est formulé de manière plus générale, n'exclut pas les critères spécifiques de l'art. 35 OLE s'agissant de mineurs souhaitant être placés auprès de membres de leur famille (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral C-7481/2006 du 19 septembre 2008 consid. 6.1). Par conséquent, le refus d'une autorisation de séjour sur la base de l'art. 35 OLE empêche l'octroi d'un tel titre de séjour sous l'angle de l'art. 36 OLE.

## **6.**

**6.1** En vertu de l'art. 35 OLE, des autorisations de séjour peuvent être accordées à des enfants placés si les conditions auxquelles le Code civil suisse soumet l'accueil de ces enfants sont remplies (cf. à ce sujet, MARC SPESCHA, Handbuch zum Ausländerrecht, Berne/Stuttgart/

Vienne 1999, p. 101s.; PETER KOTTUSCH, Die Bestimmungen über die Begrenzung der Zahl der Ausländer, *Revue suisse de jurisprudence* [RSJ/SJZ] 1998 p. 42ss, spécialement p. 44).

**6.2** A cet égard, il sied de prendre en considération, outre l'art. 316 CC, les dispositions de l'ordonnance réglant le placement d'enfants à des fins d'entretien et en vue de l'adoption du 19 octobre 1977 (OPEE, RS 211.222.338).

**6.3** L'art. 6 al. 1 OPEE précise qu'un enfant de nationalité étrangère qui a vécu jusqu'alors à l'étranger ne peut être placé en Suisse chez des parents nourriciers qui n'ont pas l'intention de l'adopter que s'il existe un motif important. L'autorité doit déterminer de manière appropriée si les conditions d'accueil sont remplies, surtout en procédant à des visites à domicile et en prenant, s'il le faut, l'avis d'un expert (art. 7 OPEE).

En ce qui concerne le placement du mineur chez des parents nourriciers, c'est en principe l'autorité tutélaire du lieu de placement qui est compétente (art. 2 al. 1 ch. a OPEE). Toutefois, les cantons peuvent charger d'autres autorités ou offices d'assumer cette tâche (art. 2 al. 2 OPEE).

Les parents nourriciers doivent requérir l'autorisation avant d'accueillir l'enfant (art. 8 al. 1 OPEE). L'autorité transmet à la police cantonale des étrangers l'autorisation d'accueillir un enfant de nationalité étrangère qui a vécu jusqu'alors à l'étranger, accompagnée de son rapport sur la famille nourricière (art. 8a al. 1 OPEE).

Aussi, la question de savoir s'il existe un motif important au sens de l'art. 6 al. 1 OPEE ou si les conditions liées à l'accueil des enfants sont remplies relève de la compétence des autorités désignée à l'art. 2 OPEE. Dans le cas présent, il s'agit de l'OJ, par sa section Evaluation des lieux de placement, qui a mené son enquête et rendu un rapport détaillé sur lequel l'ODM, a fortiori le TAF n'a pas à se prononcer. Il y a pourtant lieu de relever, à l'instar de l'autorité inférieure, que les parents nourriciers se sont vu refuser l'adoption de l'intéressée, en raison de capacités éducatives lacunaires et il est douteux que les quelques aménagements organisationnels auxquels ils ont procédé aient véritablement permis de résoudre les problèmes relationnels mis en exergue par le premier rapport.

**6.4** Dans l'examen de l'octroi d'une autorisation de séjour sur la base de l'art. 35 OLE, les autorités de police des étrangers devront tenir compte des intérêts moraux et économiques du pays ainsi que du degré de surpopulation étrangère (cf. art. 16 al. 1 LSEE et art. 8 al. 1 RSEE) et veiller à maintenir un rapport équilibré entre l'effectif de la population suisse et celui de la population étrangère résidente (cf. art. 1 let. a OLE, ATF 122 II 1 consid. 3a).

Elles ne peuvent ainsi accueillir tous les étrangers qui désirent venir dans ce pays, que ce soit pour des séjours de courte ou de longue durée, et sont donc tenues d'appliquer une politique restrictive d'admission. Confrontées de façon récurrente à des abus dans ce domaine, les autorités helvétiques ont le devoir de s'assurer, avant de délivrer une autorisation de séjour fondée sur l'art. 35 OLE, qu'aucune autre solution n'a pu être trouvée dans le pays d'origine de l'enfant placé. Il convient également de ne pas perdre de vue que l'Etat en provenance duquel est originaire le requérant ne saurait se soustraire aux devoirs qui lui incombent à l'égard de ses propres citoyens, notamment en matière d'assistance et d'éducation.

**6.5** Dans ce contexte, les autorités de police des étrangers, qui se fondent sur des critères d'application qui leur sont propres, ne sont pas liées par les décisions prises par les autorités de justice civile, en particulier par l'ordonnance de référé du 6 mai 2004 qui autorise les parents biologiques de la recourante à déléguer l'autorité parentale à B.\_\_\_\_\_ et C.\_\_\_\_\_ "pour soigner et s'occuper de ladite mineur pendant son séjour en Suisse", et pas davantage par la "déclaration de l'adoptante en présence de la mère de l'adoptée" du 8 mars 2004, ni par le contrat familial du 10 mars 2004, à l'authenticité par ailleurs douteuse, selon lequel les parents biologiques de A.\_\_\_\_\_ acceptent de la donner pour adoption aux époux BC.\_\_\_\_\_ (cf. art. 8 al. 2 RSEE; ANDRÉ GRISEL, *Traité de droit administratif*, vol. I, Neuchâtel 1984, p. 180ss). En effet, l'adoption, a fortiori l'attribution de l'autorité parentale, est une institution de droit civil déployant ses effets en premier lieu sur le plan civil et qui n'a pas d'effet contraignant en matière de police des étrangers, en ce sens qu'elle ne conduit pas automatiquement à l'octroi d'une autorisation de séjour ou d'établissement (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral C-419/2006 du 5 décembre 2008 consid. 7.5 et la référence).

**6.6** Partant, l'octroi d'une autorisation de séjour dans le cadre d'un placement auprès de parents nourriciers en Suisse ne se justifiera que lorsqu'un enfant est orphelin à la fois de père et de mère, ou qu'il a été abandonné, ou encore que les parents sont dans l'absolue incapacité de s'en occuper. Il faudra en outre que le placement en Suisse demeure la solution la plus appropriée.

## **7.**

**7.1** En l'espèce, la garde de l'intéressée est assumée par B.\_\_\_\_\_ et C.\_\_\_\_\_, lesquels envisageaient de l'adopter pour pallier l'absence d'enfants au sein de leur couple. Avec l'autorité inférieure et l'autorité de surveillance des tutelles, force est de constater que les conditions dans lesquelles A.\_\_\_\_\_ a été conçue, respectivement a été confiée à ses parents nourriciers, s'apparente à une maternité de substitution pour combler le désir des époux BC.\_\_\_\_\_ de devenir parents, et non pas à un placement visant à offrir un environnement stable à un enfant au parcours de vie chaotique et sans ressources familiales dans son pays d'origine, ce qui est pourtant l'un des objectifs du placement au sens de l'art. 35 OLE.

**7.2** Le dossier ne contient, il est vrai, que peu d'informations sur la situation actuelle de la famille biologique de la recourante à Madagascar, en l'absence de toute volonté de coopération des principaux acteurs sur place avec le Service social international, mandaté pour établir un rapport. Selon toute vraisemblance pourtant, l'intéressée a encore ses deux parents dans son pays d'origine, ainsi que ses trois frères et soeurs. Son père est gardien de sécurité et sa mère femme au foyer (cf. décision de l'Autorité de surveillance des tutelles du 22 novembre 2006, p. 6). Celle-ci, en plus de ses trois enfants aînés, a également pris soin durant de longues années de T.\_\_\_\_\_, la fille de C.\_\_\_\_\_. Il appert dès lors que les parents de A.\_\_\_\_\_ sont parfaitement capables de s'en occuper. Les allégués de la recourante selon laquelle ses parents ne souhaitaient pas assumer le fruit d'une nouvelle grossesse ne signifient pas qu'ils ne soient pas en mesure de la prendre en charge. En tout état de cause, une autorisation de séjour en Suisse ne saurait être délivrée à la recourante du simple fait que ses parents se soustraient à leurs responsabilités.

**7.3** En outre, si tant est que les parents de A.\_\_\_\_\_ ne soient véritablement pas en mesure d'assumer son éducation, d'autres de

ses proches résident encore à Madagascar, puisque C.\_\_\_\_\_, sa tante et mère nourricière, est issue d'une famille de sept enfants, dont vraisemblablement quatre vivent encore dans leur pays d'origine. Le dossier ne contient en outre aucun renseignement quant à la famille paternelle de la recourante. Quoi qu'il en soit, il est manifeste qu'aucune solution de placement n'a été envisagée sur place, à Madagascar. Par ailleurs, si des considérations financières retiennent l'un ou l'autre des membres de la famille de A.\_\_\_\_\_ de la prendre en charge sur place, les époux BC.\_\_\_\_\_ pourront fournir une aide financière depuis la Suisse.

**7.4** La recourante est arrivée en Suisse alors qu'elle n'était qu'un nourrisson. Elle est toutefois encore très jeune, puisqu'elle est née en janvier 2004. Si elle fréquente le jardin d'enfants depuis la rentrée scolaire 2008, il n'apparaît pas qu'elle serait à ce point intégrée dans ce pays qu'elle ne pût envisager une réinsertion dans sa patrie, d'autant moins qu'elle est restée largement en contact avec sa culture d'origine en raison de ses liens avec sa mère nourricière, ses grands-parents maternels et sa cousine, tous installés à Genève et qui s'en occupent sinon quotidiennement, du moins régulièrement (cf. dans ce sens arrêt du Tribunal fédéral 2A.718/2006 du 21 mars 2007 consid. 3). Bien au contraire, son jeune âge lui permettra de s'y adapter relativement aisément, attendu également qu'elle y retrouvera ses parents biologiques et ses frères et soeurs et que l'intégration en milieu scolaire devrait lui permettre de lier de nouvelles connaissances avec des compatriotes.

**7.5** S'agissant des liens que l'intéressée a tissés avec ses parents nourriciers au fil des ans, il s'impose de rappeler que ces derniers conservent la possibilité d'aller lui rendre visite dans le cadre de séjours touristiques. Conjugué avec les technologies de communication modernes, ce mode de faire permettra la conservation de liens personnels entre A.\_\_\_\_\_ et les époux BC.\_\_\_\_\_, en dépit de la distance entre Genève et Madagascar.

## **8.**

Au vu de l'ensemble des éléments qui précèdent, il est patent qu'une solution sur place à Madagascar est envisageable, respectivement que toutes les possibilités de placement n'ont pas été tentées, dans la mesure où la venue en Suisse de la recourante répondait, comme cela

a déjà été mentionné, à un désir des parents nourriciers plutôt qu'à un besoin de l'enfant.

**9.**

S'agissant de la CDE, le Tribunal rappelle qu'elle ne confère aucun droit à une autorisation de séjour en Suisse (cf. ATF 126 II 377 consid. 5d). Au demeurant, au vu de la situation familiale de la recourante dans son pays d'origine et des conditions d'accueil que lui offrent ses parents nourriciers à Genève, il n'est pas contraire à ses intérêts de ne pas l'autoriser à séjourner en Suisse.

**10.**

L'autorisation de séjour n'ayant pas été délivrée, il reste encore à déterminer si l'exécution du renvoi est envisageable en l'espèce. A teneur de l'art. 14a al. 1 LSEE en effet, si l'exécution du renvoi n'est pas possible, n'est pas licite ou ne peut être raisonnablement exigée, l'ODM décide d'admettre provisoirement l'étranger. L'exécution n'est pas possible lorsque l'étranger ne peut être renvoyé ni dans son pays d'origine ou de provenance, ni dans un Etat tiers. Elle n'est pas licite lorsque le renvoi de l'étranger dans son pays d'origine ou de provenance ou dans un Etat tiers serait contraire aux engagements de la Suisse relevant du droit international. Elle n'est pas raisonnablement exigible si elle implique une mise en danger concrète de l'étranger (art. 14a al. 2, 3 et 4 LSEE).

**10.1** En l'occurrence, l'examen des pièces du dossier révèle que la recourante est en possession d'un passeport national valable jusqu'en 2014, de telle sorte que l'exécution de son renvoi est techniquement possible (art. 14a al. 2 LSEE).

**10.2** La recourante n'a pas allégué, ni a fortiori démontré, que son renvoi serait illicite et violerait les engagements internationaux de la Suisse, respectivement qu'elle encourrait un risque concret et sérieux d'être victime de tortures ou de traitements inhumains ou dégradants au sens de l'art. 3 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, RS 0.101) en cas de renvoi dans sa patrie. Une telle hypothèse apparaît pour le moins théorique, compte tenu du fait que l'intéressée est une enfant de cinq ans partie de Madagascar alors qu'elle était encore un nourrisson; il n'a par ailleurs nullement été fait état de telles menaces en raison de ses liens familiaux.

Quant à l'art. 8 CEDH, si tant est qu'il puisse être applicable au vu des relations personnelles en cause, A. \_\_\_\_\_ ne peut pas s'en prévaloir ici, attendu qu'aucun de ses parents nourriciers n'est titulaire d'un droit de présence assuré en Suisse (cf. ATF 131 II 265 consid. 5 et la jurisprudence citée ; ALAIN WURZBURGER, La jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de police des étrangers, *Revue de Droit administratif et Fiscal [RDAF]* I 1997 p. 296). En effet, B. \_\_\_\_\_ a d'abord été admis provisoirement et il n'a ensuite obtenu un permis de séjour en 2000 qu'après avoir été excepté des mesures de limitation. Il n'a ainsi aucun droit au renouvellement de son permis de séjour, pas davantage que son épouse, qui réside en Suisse au bénéfice du regroupement familial.

Partant, l'exécution du renvoi de la recourante est licite (art. 14a al. 3 LSEE).

**10.3** Reste encore à examiner la question de savoir si l'exécution du renvoi de la recourante dans son pays d'origine peut raisonnablement être exigée au sens de l'art. 14a al. 4 LSEE.

Cette disposition, rédigée en la forme potestative, n'est pas issue des normes du droit international, mais procède de préoccupations humanitaires qui sont le fait du législateur suisse. Elle s'applique en premier lieu aux "réfugiés de la violence", soit aux étrangers qui, sans être individuellement victimes de persécutions, tentent d'échapper aux conséquences de guerres civiles, de tensions, de répressions ou à d'autres atteintes graves et généralisées aux droits de l'homme, et ensuite aux personnes pour qui un retour reviendrait à les mettre concrètement en danger, notamment parce qu'elles ne pourraient plus recevoir les soins dont elles ont besoin (cf. Message du Conseil fédéral à l'appui d'un arrêté fédéral sur la procédure d'asile [APA] et d'une loi fédérale instituant un Office fédéral pour les réfugiés du 25 avril 1990, in FF 1990 II 625; cf. également WALTER KAELIN, *Grundriss des Asylverfahrens*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1990, pp. 26 et 203ss).

**10.3.1** En l'occurrence, la recourante prétend qu'elle souffre de troubles convulsifs fébriles et que dès lors, son intégrité physique et psychique serait mise en danger en cas de retour dans son pays d'origine.

Un enfant sur vingt-cinq connaît une convulsion fébrile entre l'âge de trois mois et cinq ans, de tels épisodes pouvant survenir jusqu'à l'âge

de sept ans. La plupart des enfants ne présentent pas de récurrence après le premier épisode. Les convulsions fébriles, qui se déclarent en principe lorsque la température dépasse 38,8 °C, constituent la manifestation la plus spectaculaire associée à la fièvre. Elles sont toutefois habituellement bénignes et n'endommagent pas le cerveau. Concernant la prévention de ces crises lorsque l'enfant a déjà eu un épisode de convulsions fébriles, il est indiqué d'administrer régulièrement, selon la posologie du fabricant, de l'acétaminophène dès l'apparition de fièvre. Dans de rares cas, le médecin jugera peut-être utile de prescrire un médicament anticonvulsivant (source: <http://www.guidesante.gouv.qc.ca/fr/fiche/1679-01.shtml>, consulté le 10 décembre 2008).

Il n'est pas fait état de la fréquence des épisodes de convulsions fébriles. Il apparaît toutefois sur le vu de ce qui précède qu'ils ne mettent pas concrètement en danger l'intégrité physique de la recourante. Aucun des certificats médicaux produits ne fait par ailleurs allusion à la nécessité d'un traitement médicamenteux pour prévenir toute récurrence. Ces convulsions devraient en outre bientôt cesser, puisque l'intéressée aura prochainement cinq ans.

**10.3.2** Finalement, le Tribunal observe qu'en dépit des incidents réguliers qui s'y produisent, Madagascar ne se trouve pas en proie à une guerre, une guerre civile ou à des violences généralisées (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral E-1328/2008 du 8 mai 2008) et il a été admis que sur place, l'enfant pourrait retourner au sein de sa famille.

L'exécution du renvoi doit ainsi être considérée comme raisonnablement exigible au sens de l'art. 14a al. 4 LSEE.

## **11.**

Il appert ainsi que par sa décision du 5 septembre 2007, l'autorité de première instance n'a ni violé le droit fédéral, ni constaté des faits pertinents de manière inexacte ou incomplète. En outre, la décision attaquée n'apparaît pas inopportune (cf. art. 49 PA).

En conséquence, le recours est rejeté.

Vu l'issue de la cause, les frais de procédure doivent être mis à la charge de la recourante (cf. art. 63 al. 1 PA et art. 1 à 3 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]).

**Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :**

**1.**

Le recours est rejeté.

**2.**

Les frais de procédure, d'un montant de Fr. 700.-, sont mis à la charge de la recourante. Ce montant est compensé par l'avance de frais versée le 14 novembre 2007.

**3.**

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (recommandé)
- à l'autorité inférieure (annexe: dossier 2 086 691 en retour)
- à l'Office de la population du canton de Genève, en copie pour information (annexe: dossier cantonal en retour)

Le président du collège :

La greffière :

Jean-Daniel Dubey

Susana Carvalho

Expédition :