



---

Cour V  
E-5094/2012

## Arrêt du 10 décembre 2012

---

Composition

Jenny de Coulon Scuntaro (présidente du collège),  
Jean-Pierre Monnet, Walter Stöckli, juges,  
Astrid Dapples, greffière.

---

Parties

A. \_\_\_\_\_,  
Erythrée,  
représenté par  
Mélanie Müller-Rossel, Centre Social Protestant (CSP),  
(...),  
recourant,

contre

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

---

Objet

Asile (non-entrée en matière) et renvoi (Dublin) ;  
décision de l'ODM du 31 août 2012 / N (...).

**Fait :****A.**

Le 9 juillet 2012, le recourant a déposé une demande d'asile en Suisse.

**B.**

Le 10 juillet 2012, l'Office fédéral de la police a communiqué à l'ODM qu'il résultait de la comparaison des données dactyloscopiques du recourant avec celles enregistrées dans la banque de données Eurodac que celui-ci avait déposé plusieurs demandes d'asile en Europe, soit deux au Royaume-Uni, les 3 octobre 2005 et 12 juillet 2006, et deux en Italie, les 12 décembre 2005 et 10 janvier 2006.

**C.**

Lors de l'audition sommaire, le 17 juillet 2012, le recourant a déclaré, en substance, être de nationalité érythréenne, d'ethnie tygrinya et être marié selon la coutume depuis novembre 2009. Il a déclaré qu'il avait fait la connaissance de sa partenaire en Erythrée, à B.\_\_\_\_\_, vers l'an 2000. Durant son service militaire, où il servait en qualité d'opérateur-radio, il aurait été emprisonné, ayant été accusé d'avoir volontairement abandonné son matériel au cours d'un repli des troupes. En l'absence d'un jugement, et ignorant la durée de sa détention, il aurait pris la décision de s'enfuir au C.\_\_\_\_\_, où il aurait pu contacter sa partenaire. Il se serait ensuite rendu en D.\_\_\_\_\_, puis en Italie, d'où il aurait poursuivi sa route à destination de l'Angleterre. Renvoyé en Italie une première fois, il serait retourné en Angleterre avant de revenir en Italie. Selon ses déclarations, les autorités italiennes lui ont délivré un permis humanitaire en 2005, pour une durée de trois ans et renouvelable. En 2011, l'intéressé aurait à nouveau déposé son permis en vue de son renouvellement, mais n'aurait pas reçu de réponse. Il aurait retrouvé sa compagne en Italie, en 2009, et lorsqu'elle lui aurait annoncé attendre un enfant, il lui aurait demandé d'avorter. Sa compagne aurait refusé et aurait attendu son départ au travail pour disparaître et se rendre en Suisse, où elle a déposé une demande d'asile en date du 22 juin 2011. Son enfant est né le (...). L'intéressé a justifié sa présence en Suisse par l'envie de vivre aux côtés de sa compagne et de leur enfant, précisant que sa compagne avait repris contact avec lui depuis la Suisse et que leur relation avait évolué favorablement après la naissance de leur enfant.

**D.**

Le 10 août 2012, l'ODM a adressé aux autorités italiennes une requête

aux fins de reprise en charge du recourant fondée sur l'art. 16 par. 1 point c du règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers (J.O. L 50/1 du 25.2.2003, ci-après : règlement Dublin II). Les autorités italiennes n'ont pas fait connaître leur réponse dans le délai prévu à cet effet.

#### **E.**

Par décision du 31 août 2012 (notifiée le 25 septembre suivant), l'ODM, se fondant sur l'art. 34 al. 2 let. d de la loi du 26 juin 1998 sur l'asile (LAsi, RS 142.31), n'est pas entré en matière sur la demande d'asile du recourant, a prononcé son renvoi (transfert) en Italie, et ordonné l'exécution de cette mesure, le délai de départ ayant été fixé le jour suivant l'échéance du délai de recours.

L'ODM a considéré que le recourant n'avait pas rendu crédible son statut d'époux coutumier d'une ressortissante érythréenne, requérante d'asile en Suisse, n'ayant produit ni document d'identité, ni acte de mariage ni, encore, d'acte de reconnaissance de l'enfant, dont il se dit le père. Par ailleurs, il aurait répondu de façon hésitante à des questions portant sur l'identité de sa partenaire ainsi que sur leur mariage. Enfin, ils n'auraient vécu que quelques mois ensemble, avant de se séparer intentionnellement. Quant à l'art. 8 CEDH, il ne trouverait pas application dès lors que la compagne et l'enfant de l'intéressé n'ont pas de droit de présence assuré en Suisse.

#### **F.**

Par acte du 27 septembre 2012, le recourant a interjeté recours contre la décision précitée auprès du Tribunal administratif fédéral (ci-après : Tribunal). Il a conclu à l'annulation de cette décision, invitant le Tribunal à constater que son transfert est contraire au droit en vigueur, et, subsidiairement, à renvoyer son dossier à l'autorité inférieure, afin qu'elle se prononce sur sa demande d'asile. Il a sollicité l'assistance judiciaire partielle et l'octroi de l'effet suspensif au recours.

Dans son mémoire, l'intéressé a déclaré qu'il avait entrepris des démarches auprès de l'office d'état civil en vue de reconnaître son enfant, né le (...). Il a par ailleurs insisté sur la relation de couple, qu'il entretenait avec la mère de son enfant, alléguant la connaître depuis son adolescence et n'avoir jamais voulu mettre un terme à leur union, en dépit de leur séparation, en 2011. Aussi, il sollicite l'application à son cas de l'art. 8 du règle-

ment Dublin II, respectivement de l'art. 15, voire, à titre subsidiaire, de l'art. 3 al. 2 de ce règlement. En annexe au mémoire de recours, il a produit plusieurs courriers en copie, relatifs à son enfant et aux démarches officielles en vue de sa reconnaissance, un DVD relatif à la fête de mariage à distance, organisée en octobre 2011 en Italie, alors que sa compagne était déjà en Suisse, et réunissant leurs deux familles, ainsi qu'une copie de sa carte nationale d'identité.

Par courrier du 1er octobre 2012, il a produit l'original de l'attestation d'assistance ainsi qu'un courrier en copie relatif aux démarches entreprises en relation avec la reconnaissance de son enfant.

#### **G.**

Par décision incidente du 3 octobre 2012, le Tribunal a admis la demande d'effet suspensif et invité l'ODM à se déterminer sur le contenu du recours.

#### **H.**

Par détermination du 10 octobre 2012, l'ODM a requis le rejet du recours, soutenant qu'il ne contenait aucun élément ou moyen de preuve nouveau, susceptible de modifier son point de vue.

#### **I.**

Par courrier du 31 octobre 2012, l'intéressé a pris position sur la détermination de l'ODM. En annexe, il a joint la copie du procès-verbal de l'audition tenue le 6 juillet 2012, lors de son arrivée en Suisse, ainsi que des copies de courriers adressés par la mandataire (la même que la sienne) de sa compagne à l'ODM en avril 2012.

#### **J.**

Par courrier daté du 22 novembre 2012, l'intéressé a produit une attestation émise le 20 novembre 2012 par l'hôpital de (...), confirmant la grossesse de sa compagne.

### **Droit :**

#### **1.**

**1.1.** En vertu de l'art. 31 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), le Tribunal 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). En particulier, les décisions

rendues par l'ODM concernant l'asile et le renvoi peuvent être contestées devant le Tribunal conformément à l'art. 33 let. d LTAF et à l'art. 105 LAsi.

**1.2.** Le Tribunal est donc compétent pour connaître du présent litige. Il statue de manière définitive (cf. art. 83 let. d ch. 1 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]).

**1.3.** Le recourant a qualité pour recourir (cf. art. 48 al. 1 PA). Interjeté dans le délai (cf. art. 108 al. 2 LAsi) et la forme (cf. art. 52 PA) prescrits par la loi, son recours est recevable.

## **2.**

**2.1.** Aux termes de l'art. 34 al. 2 let. d LAsi, en règle générale, l'ODM n'entre pas en matière sur une demande d'asile lorsque le requérant peut se rendre dans un Etat tiers compétent, en vertu d'un accord international, pour mener la procédure d'asile et de renvoi.

**2.2.** La décision attaquée est une décision de non-entrée en matière sur la demande d'asile et de renvoi (transfert) en Italie, en tant qu'Etat responsable selon le règlement Dublin II. Partant, l'objet du litige ne peut porter que sur le bien-fondé de cette décision de non-entrée en matière (cf. Arrêts du Tribunal administratif fédéral [ATAF] 2011/9 consid. 5 p. 116 s. ; voir aussi ATAF 2010/45 consid. 8.2.3 et 10.2, ATAF 2009/54 consid. 1.3.3 p. 777).

**2.3.** En application de l'art. 1 ch. 1 de l'accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un Etat membre ou en Suisse (AAD, RS 0.142.392.68), l'ODM examine la compétence relative au traitement d'une demande d'asile selon les critères fixés dans le règlement Dublin II. S'il ressort de cet examen qu'un autre Etat est responsable du traitement de la demande d'asile, l'ODM rend une décision de non-entrée en matière après que l'Etat requis a accepté la prise ou la reprise en charge du requérant d'asile (cf. art. 1 et art. 29a al. 1 et al. 2 de l'ordonnance 1 sur l'asile du 11 août 1999 [OA 1, RS 142.311]).

**2.4.** En vertu de l'art. 3 par. 1 2ème phr. du règlement Dublin II, la demande d'asile est examinée par un seul Etat membre, qui est celui que les critères énoncés au chap. III désignent comme responsable. Toutefois, en vertu de l'art. 3 par. 2 1ère phr. du règlement Dublin II ("clause de souveraineté"), par dérogation au paragraphe 1, chaque Etat membre

peut examiner une demande d'asile qui lui est présentée par un ressortissant d'un pays tiers, même si cet examen ne lui incombe pas en vertu des critères fixés dans le règlement. De même, le demandeur dépendant de l'assistance d'un membre de sa famille du fait d'une grossesse, d'un enfant nouveau-né, d'une maladie grave, d'un handicap grave ou de la vieillesse, peut, suivant les circonstances, être admis par dérogation dans l'Etat membre où réside ce parent (cf. "clause humanitaire" de l'art. 15 par. 2 du règlement Dublin II et art. 11 du règlement [CE] n° 1560/2003 de la Commission du 2 septembre 2003 portant modalités d'application du règlement Dublin II [JO L 222/3 du 5.9.2003, ci-après : règlement modalités d'application Dublin II]). Ainsi, un Etat a la faculté de renoncer à un transfert vers l'Etat responsable, notamment lorsque ce transfert serait contraire aux obligations du droit international public auquel il est lié, ou à son droit interne. En d'autres termes, comme la jurisprudence l'a retenu (cf. ATAF 2010/45 p. 630 ss ; voir aussi ATAF D 2076/2010 du 16 août 2011 consid. 2.5), il y a lieu de renoncer au transfert au cas où celui-ci ne serait pas conforme aux engagements de la Suisse relevant du droit international, ou encore pour des raisons humanitaires, en application de l'art. 29a al. 3 OA 1.

### **3.**

**3.1.** Conformément à l'art. 4 par. 1 du règlement Dublin II, le processus de détermination de l'Etat membre responsable en vertu du présent règlement est engagé dès qu'une demande d'asile est introduite pour la première fois auprès d'un Etat membre. Selon l'art. 5 par. 2 du règlement Dublin II, la détermination de l'Etat membre responsable en application des critères se fait sur la base de la situation qui existait au moment où le demandeur d'asile a présenté sa demande pour la première fois auprès d'un Etat membre.

**3.2.** Il ressort des troisième et quatrième considérants de la partie introductive du règlement Dublin II que celui-ci a pour objectif de prévenir l'abus des procédures d'asile que constituent les demandes multiples présentées dans différents Etats membres, en menant à bien la détermination d'un seul Etat responsable le plus rapidement possible, selon une méthode claire et opérationnelle afin de garantir un accès effectif à la procédure. Ce processus de détermination de l'Etat membre responsable doit avoir lieu sur la base de critères objectifs, sans que le demandeur d'asile puisse unilatéralement en influencer le résultat par le dépôt de demandes d'asile multiples. Lorsqu'un Etat membre de l'espace Dublin a été saisi pour la première fois d'une demande d'asile, cet Etat est compétent pour l'examen de la demande d'asile jusqu'au prononcé d'une déci-

sion définitive sur cette demande ; il importe peu à cet égard que le processus de détermination ayant abouti à la désignation de cet Etat soit ou non le résultat d'un transfert en application de l'un des critères des art. 5 à 14 du règlement Dublin II. En cas de décision négative ou de décision de classement suite à un retrait de la demande, cet Etat demeure encore compétent pour le renvoi de l'espace Dublin de l'intéressé (cf. Cour de justice de l'Union européenne, arrêt du 21 décembre 2011 dans les affaires jointes C 411/10 et C 493/10, par. 84 ; voir également Conclusions de l'avocat général Mme Verica Trstenjak présentées le 12 janvier 2012 dans l'affaire C-620/10 [demande de décision préjudicielle formée par la Suède], par. 24, 25 et 44ss). Dans ces conditions, dès lors qu'un Etat membre a déjà été saisi d'une première demande d'asile et qu'il a admis sa responsabilité pour l'examiner, il n'appartient pas à un autre Etat membre, saisi ultérieurement d'une deuxième demande d'asile, de procéder à une nouvelle détermination de l'Etat membre responsable en application des critères des art. 6 à 14 qui conduirait à désigner un Etat autre que celui du dépôt de la première demande d'asile comme étant compétent (cf. dans le même sens, ATAF 2012/4 consid. 3.2 p. 28 s ; FILZWIESER / SRUNG, Dublin II-Verordnung, Das Europäische Asylzuständigkeitssystem, 3e éd., Vienne / Graz 2010, commentaire no 2 ad art. 4 par. 1 p. 80).

**3.3.** En l'espèce, l'Italie est l'Etat membre auprès duquel le recourant a présenté sa demande d'asile pour la première fois, le 12 décembre 2005, puis, une seconde fois, le 10 janvier 2006. Par la suite, l'intéressé a vécu en Italie depuis 2006 jusqu'à son départ pour la Suisse au bénéfice d'un titre de séjour. Ainsi, il n'appartient pas à la Suisse, sur la base de la demande d'asile déposée, le 9 juillet 2012, de mener un nouveau processus de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen de la demande d'asile visant à vérifier si un autre Etat que l'Italie devrait être désigné comme responsable en application des critères prévus au chap. III du règlement Dublin II, puisque la responsabilité de l'Italie pour l'examen de la première demande d'asile introduite auprès d'elle est déjà connue. L'Italie est donc tenue de reprendre en charge le recourant dans les conditions prévues à l'art. 20 du règlement Dublin II.

**3.4.** Cela dit, l'intéressé considère qu'il doit pouvoir rester en Suisse, auprès de sa compagne et de leur enfant, dès lors que la demande d'asile introduite par ces derniers doit être conduite par la Suisse (décision de réouverture de la procédure d'asile, prise le 3 février 2012). De ce fait, il estime pouvoir lui aussi bénéficier d'un examen de sa demande d'asile par les autorités suisses plutôt qu'italiennes. De tels faits pourraient tout au plus être pertinents sous l'angle de l'application de la clause humani-

taire prévue à l'art. 15 par. 2 du règlement Dublin II. Aux termes de cette disposition, en présence d'un rapport de dépendance entre le demandeur d'asile concerné et un autre membre de sa famille présent sur le territoire de l'un des Etats membres, il convient en règle générale de les laisser ensemble ou de les rapprocher, à condition que les liens familiaux aient existé dans le pays d'origine.

**3.5.** Conformément à l'art. 2 point i ch. i du règlement Dublin II, le conjoint du demandeur d'asile ou, lorsque la législation ou la pratique de l'Etat membre concerné réserve aux couples non mariés un traitement comparable à celui réservé aux couples mariés, en vertu de sa législation sur les étrangers, son partenaire non marié engagé dans une relation stable, présent sur le territoire des Etats membres, est un "membre de la famille" du demandeur tel que défini par le règlement Dublin II, dans la mesure où la famille existait déjà dans le pays d'origine.

**3.5.1.** Il convient toutefois de préciser qu'à l'instar du par. 1 ("membres d'une même famille ainsi que d'autres parents à charge", "family members, as well as other dependent relatives"), le par. 2 de l'art. 15 vise non seulement les membres de la famille au sens de l'art. 2 point i ch. i, mais aussi d'autres parents (cf. dans son texte anglais, l'expression "another relative") ; toutefois, moins le lien de parenté sera proche, plus on sera exigeant sur l'étroitesse du lien de dépendance (cf. ATAF 2012/4 consid. 3.31 p. 30 et arrêt C-245/11 du 6 novembre 2012 de la Cour de justice de l'Union européenne, par. 41 ; voir aussi FILZWIESER / SRUNG, op. cit., commentaire no 14 ad art. 15 par. 2 p. 124 et renvois cités).

**3.5.2.** Aux termes de l'art. 1a let. e OA 1, dans la loi sur l'asile et dans son ordonnance précitée, on entend par famille: les conjoints et leurs enfants mineurs ; sont assimilés aux conjoints les partenaires enregistrés et les personnes qui vivent en concubinage de manière durable.

**3.5.3.** Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit civil, par concubinage stable, étroit ou qualifié, suivant la terminologie employée, il faut entendre une communauté de vie d'une certaine durée, voire durable, entre deux personnes de sexe opposé, à caractère en principe exclusif, qui présente une composante tant spirituelle que corporelle et économique, et qui est parfois également désignée comme une communauté de toit, de table et de lit ; le juge doit procéder à une appréciation de tous les facteurs déterminants, étant précisé que la qualité d'une communauté de vie s'évalue au regard de l'ensemble des circonstances de la vie commune (cf. ATF 124 III 52 consid. 2a/aa p. 54, ATF 118 II 253

consid. 3b p. 238, et arrêt du Tribunal fédéral 5A\_321/2008 du 7 juillet 2008 consid. 3.1).

**3.5.4.** Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après : CourEDH) reprise par le Tribunal fédéral en matière de droit des étrangers, pour déterminer si une relation en dehors d'un mariage s'analyse en une "vie familiale", il y a lieu de tenir compte d'un certain nombre d'éléments, comme le fait de savoir si le couple vit ensemble, depuis combien de temps et s'il y a des enfants communs (CourEDH, arrêt Şerife Yigit c. Turquie, 2 novembre 2010, §§ 93, 94 et 96 et réf. cit.; CourEDH, arrêt Emonet et autres c. Suisse, 13 décembre 2007, no 39051/03, §§ 33 à 36 ; ATF 137 I 113 consid. 6.1; voir aussi arrêt du Tribunal fédéral 2C\_190/2011 du 23 novembre 2011 consid. 3.1, arrêt du Tribunal fédéral 2C\_661/2010 du 31 janvier 2011 consid. 3, et arrêt du Tribunal fédéral 2C\_97/2010 du 4 novembre 2010 consid. 3.2). Le Tribunal fédéral a estimé que, dans ces conditions, une relation entre concubins qui n'avaient pas établi l'existence d'indices concrets d'un mariage sérieusement voulu et imminent, ne pouvait pas être assimilée à une "vie familiale" au sens de l'art. 8 par. 1 CEDH, à moins de circonstances particulières prouvant la stabilité et l'intensité de leur relation, comme l'existence d'enfants communs ou une longue durée de vie commune (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2C\_97/2010 du 4 novembre 2010 consid. 3.2).

**3.5.5.** La question de l'application en l'absence d'une demande de l'Etat membre responsable de l'art. 15 du règlement Dublin II a fait l'objet d'une demande de décision préjudicielle présentée par l'Autriche le 23 mai 2011 à la Cour de justice de l'Union européenne (affaire C-245/11), laquelle s'est prononcée positivement, par arrêt du 6 novembre 2012. Le Tribunal administratif fédéral a toutefois déjà eu l'occasion de juger que le séjour à l'étranger du requérant ne constituait pas une condition d'application de l'art. 15 par. 2 du règlement Dublin II (contrairement au par. 1 de cette disposition) en lien avec l'art. 29a al. 3 OA 1 (cf. ATAF 2012/4 consid. 3.3.4 p. 31).

**3.5.6.** Ainsi, l'application de l'art. 15 par. 2 du règlement Dublin II par la Suisse suppose que des liens familiaux entre le recourant et sa compagne aient existé dans leur pays d'origine. Il convient donc de déterminer si, au moment de son départ d'Erythrée, le recourant formait déjà un concubinage avec sa partenaire actuelle.

**3.5.7.** Selon ses déclarations, l'intéressé aurait fait la connaissance de son amie vers l'an 2000. Ainsi que cela ressort du procès-verbal de l'audi-

tion du 9 juillet 2012, il a été incorporé dans l'armée et, de 2002 à 2009, il ne l'a plus revue (cf. procès-verbal d'audition, ad page 11 point 7.01). Ces indications ne permettent pas de retenir l'existence d'une vie commune de l'intéressé avec sa compagne, dans leur pays d'origine. A cela s'ajoute que l'adresse donnée par l'intéressé, relative à son dernier domicile en Erythrée, ne correspond pas à celle, donnée par sa compagne. Cette dernière a de surcroît indiqué avoir vécu avec ses parents et ses frères et sœurs jusqu'à son départ pour E. \_\_\_\_\_, en 2006.

Il ne ressort donc pas du dossier du recourant (ni au demeurant du dossier de sa partenaire) qu'ils auraient été engagés dans une relation de concubinage dans leur pays d'origine. A cela s'ajoute que si le recourant avait entretenu une communauté de vie avec sa compagne avant son départ d'Erythrée, ce qu'il n'a jamais prétendu, il lui aurait appartenu d'alléguer les faits ayant trait à cette relation de manière précise et circonstanciée lors de l'audition du 9 juillet 2012, ou, en dernier ressort, à l'appui de son recours, compte tenu de l'obligation qu'a la partie de collaborer à l'établissement des faits qu'elle est le mieux placée pour connaître (cf. JICRA 1995 n° 18 p. 183 ss et Message du Conseil fédéral à l'appui d'un arrêté fédéral sur la procédure d'asile [APA], du 25 avril 1990, FF 1990 II 579 s.) et des exigences de son devoir de motiver son recours. Or, force est de constater qu'il n'en est rien, l'intéressé s'étant surtout employé à démontrer qu'il avait entrepris des démarches en vue de reconnaître son enfant et qu'il vivait désormais auprès de sa compagne.

**3.6.** C'est donc à tort que l'intéressé sollicite l'application à son cas d'espece, de l'art. 15 par. 2 du règlement Dublin II.

#### **4.**

**4.1.** Il reste encore à examiner si le transfert du recourant en Italie est compatible avec l'art. 8 CEDH, avec l'art. 29a al. 3 OA 1 et avec l'art. 44 al. 1 in fine LAsi, en lien avec l'art. 3 par. 2 du règlement Dublin II.

**4.2.** Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral applicable à ce jour, pour pouvoir invoquer le droit au respect de la vie familiale prévue à l'art. 8 CEDH et s'opposer à l'éventuelle séparation de sa famille, il faut non seulement que l'étranger puisse justifier d'une relation étroite et effective avec une personne de sa famille, mais en principe aussi que cette dernière possède un droit de présence assuré (ou durable) en Suisse (cf. ATF 135 I 143 consid. 1.3.1 p. 145 s., ATF 130 II 281 consid. 3.1). Le Tribunal fédéral a précisé que les réfugiés admis provisoirement ne disposaient pas d'un droit de présence assuré en Suisse au sens de l'art. 8 CEDH

(les cas de réfugiés admis provisoirement faisant toutefois l'objet d'une réglementation légale séparée qui devrait permettre une prise en considération des exigences de l'art. 8 CEDH, cf. ATF 126 II 335 consid. 2b/bb, 3b et 3c/dd), ni a fortiori les requérants d'asile, dont le statut est encore plus précaire (cf. arrêt 2A.137/2002 du 25 mars 2002 consid. 2.2 et arrêt 2P.57/2002 du 7 mai 2002 consid. 2.4). Dans un récent arrêt, il a toutefois admis que dans certaines circonstances exceptionnelles une personne pouvait se prévaloir de l'art. 8 CEDH quand bien même elle n'avait aucun droit de présence en Suisse, ceci pour tenir compte d'une présence effective et de longue durée en Suisse ou pour d'autres motifs objectifs (cf. ATF 2C\_459/2011 du 26 avril 2012 ; voir aussi ATAF 2012/4 consid. 4.4 et jurispr. cit.).

**4.2.1.** En l'espèce, la compagne du recourant est une requérante d'asile, dont la demande d'asile est en cours d'examen par l'ODM, et ne dispose donc pas d'un droit de présence assuré en Suisse ni n'est fondée à invoquer des circonstances exceptionnelles au sens de la jurisprudence précitée. Il en va de même de son enfant, inclus dans sa procédure d'asile. Par conséquent, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral exposée ci-avant, le recourant n'est pas fondé à invoquer le respect de sa "vie familiale" au sens de l'art. 8 par. 1 CEDH pour s'opposer à son transfert en Italie et à la séparation en résultant d'avec sa partenaire et l'enfant qui leur est commun.

**4.2.2.** Il ressort de la jurisprudence de la CourEDH relative à l'art. 8 CEDH que l'absence d'un droit de présence assuré (ou durable) n'est pas la seule circonstance décisive. La Cour a jugé que, dans le contexte des obligations positives comme dans celui des obligations négatives, l'Etat doit ménager un juste équilibre entre les intérêts concurrents de l'individu et de la communauté dans son ensemble ; il jouit toutefois, dans un cas comme dans l'autre, d'une certaine marge d'appréciation. L'art. 8 CEDH n'emporte pas une obligation générale pour un Etat de respecter le choix par des immigrants de leur pays de résidence et d'autoriser le regroupement familial sur le territoire de ce pays ; cela dit, dans une affaire qui concerne la vie familiale aussi bien que l'immigration, l'étendue des obligations pour l'Etat d'admettre sur son territoire des proches de personnes qui y résident varie en fonction de la situation particulière des personnes concernées et de l'intérêt général. Les facteurs à prendre en considération dans ce contexte sont la mesure dans laquelle il y a effectivement entrave à la vie familiale, l'étendue des liens que les personnes concernées ont avec l'Etat contractant en cause, la question de savoir s'il existe ou non des obstacles insurmontables à ce que la famille vive dans le pays

d'origine d'une ou plusieurs des personnes concernées et celle de savoir s'il existe des éléments touchant au contrôle de l'immigration (par exemple, des précédents d'infractions aux lois sur l'immigration) ou des considérations d'ordre public pesant en faveur d'une exclusion. Un autre point important est celui de savoir si la vie familiale en cause s'est développée à une époque où les personnes concernées savaient que la situation au regard des règles d'immigration de l'une d'elles était telle qu'il était clair immédiatement que le maintien de cette vie familiale au sein de l'Etat hôte revêtirait d'emblée un caractère précaire ; lorsque tel est le cas ce n'est que dans des circonstances particulièrement exceptionnelles que le renvoi du membre de la famille n'ayant pas la nationalité de l'Etat hôte constitue une violation de l'art. 8 CEDH (cf. CourEDH, arrêt Nunez c. Norvège du 28 juin 2011, no 55597/09, par. 68 et 70 et jurispr. cit. en particulier arrêt Rodrigues Da Silva et Hoogkamer c. Pays-Bas du 31 janvier 2006, no 50435/99, par. 39 ; voir aussi ATAF 2012/4 consid. 4.4 p. 3).

**4.2.3.** Se tournant vers les circonstances de la présente espèce, le Tribunal relève qu'en l'absence d'un mariage et d'une vie commune d'une certaine durée du recourant avec sa compagne avant leur entrée clandestine respective en Suisse, si le recourant pouvait former une cellule familiale avec elle, ce ne serait que grâce à la naissance, en Suisse, d'un enfant commun au couple. Il n'y a toutefois pas lieu d'examiner plus avant s'il y a ou non "vie familiale" au sens de l'art. 8 par. 1 CEDH entre le recourant, sa partenaire et leur enfant. En effet, même s'il fallait admettre qu'il y ait "vie familiale" du seul fait de la naissance d'un enfant commun au couple et de la volonté de chacune des personnes formant ce couple de vivre ensemble avec cet enfant, le transfert du recourant ne constituerait une ingérence ni illégitime ni disproportionnée emportant une violation de l'art. 8 CEDH. Ainsi que cela ressort du dossier, le recourant a déposé en Italie les 12 décembre 2005 et 10 janvier 2006 une demande d'asile et a vécu pendant de nombreuses années dans ce pays au bénéfice d'une autorisation de séjour et n'a, de plus, pas eu dans son pays d'origine de liens familiaux au sens de l'art. 2 point i ch. i du règlement Dublin II ni d'autres liens étroits avec sa compagne, laquelle a quitté l'Erythrée près de six ans après lui. Il ne pouvait donc manifestement pas s'attendre, en déposant une demande d'asile dans un Etat comme la Suisse, également membre de l'espace Dublin, à y voir sa demande examinée une nouvelle fois et donc à y être autorisé à séjourner auprès de sa compagne et de leur enfant, eu égard à l'accord d'association à Dublin et à l'un des objectifs principaux de cet accord ainsi que du règlement Dublin, visant à empêcher le dépôt de demandes d'asile multiples et l'"asylum shopping" ou "forum shopping" (cf. ATAF 2010/27 consid. 6.4.6.1 p. 382 s. et arrêt de la

Cour de justice de l'Union européenne du 21 décembre 2011 dans les affaires jointes C-411/10 et C-493/10 par. 79).

**4.2.4.** Dans ces circonstances, au moment où le requérant et sa compagne auraient commencé avec leur enfant une vie familiale en Suisse, ils ne pouvaient ignorer que le requérant risquait très sérieusement d'être transféré en Italie à brève échéance, que ce soit en application de l'art. 64a al. 1 LETr ou de l'art. 34 al. 2 let. d LAsi. Ainsi, la vie familiale potentiellement en cause s'est développée à une époque où les personnes concernées savaient que la situation au regard des règles d'immigration de l'une d'elles était telle qu'il devait être immédiatement clair que le maintien de cette vie familiale au sein de l'Etat hôte revêtirait d'emblée un caractère très précaire. Or, des circonstances particulièrement exceptionnelles faisant obstacle au transfert du requérant ne sont pas réunies. Ainsi, dès lors que, selon ses déclarations, il a vu ses conditions de séjour en Italie réglées par l'octroi d'un titre de séjour, en 2007, et qu'il y séjournait depuis 2005 déjà, le requérant a, en l'état, des liens plus étroits avec l'Italie que sa partenaire n'en a avec la Suisse, celle-ci ne séjournant en Suisse que depuis le 22 juin 2011 et au bénéfice d'un statut notablement moins favorable puisqu'elle est requérante d'asile. De plus, le requérant n'ayant pas établi être soumis à une décision des autorités italiennes de renvoi, une possibilité pour lui de faire venir sa partenaire et leur enfant commun en Italie par regroupement familial après son retour dans ce pays, ni celle de la conclusion en Italie d'un mariage subséquent, ne peuvent pas être exclues et ce, d'autant moins que la compagne de l'intéressé a elle-même séjourné plusieurs années en Italie avant de venir en Suisse. Enfin, il appartiendra à l'ODM de statuer rapidement sur la demande d'asile de la partenaire du requérant et de leur enfant. Si ces derniers devaient être admis en Suisse au titre de l'asile, de l'admission provisoire ou à un autre titre, sa compagne pourrait encore, à ce moment-là, introduire une demande de regroupement familial qui devrait alors être examinée à l'aune des dispositions légales et conventionnelles applicables à cette nouvelle situation. Mais dans l'immédiat, compte tenu des circonstances personnelles, il appartiendra au requérant de retourner en Italie et, le cas échéant, s'il s'estime fondé à le faire, d'y entreprendre toutes démarches utiles non seulement en vue de la poursuite de son séjour dans ce pays, mais aussi en vue d'un éventuel regroupement familial en Italie, voire d'un mariage subséquent. Aussi, un prochain regroupement familial d'abord en Italie ne pouvant pas être exclu, la séparation du requérant d'avec sa partenaire et de leur enfant, en faveur duquel il a introduit une démarche de reconnaissance de paternité mais sur lequel il n'a ni l'autorité parentale ni le droit de garde (cf. art. 298 al. 1 du Code civil

suisse du 10 décembre 1907 [CC, RS 210]) n'apparaît que temporaire. Inversement il n'apparaît pas clairement que la partenaire du recourant remplirait aujourd'hui les conditions d'une admission à séjourner en Suisse avec son enfant à l'issue de l'examen de sa demande d'asile, de sorte qu'il n'y a pas non plus de raison de prolonger le séjour du recourant en Suisse pour y vivre avec ces derniers.

**4.3.** Enfin, dans le cadre de la pesée des intérêts en présence, l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'art. 3 par. 1 de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (CDE, RS 0.107) ne constitue pas un facteur prépondérant s'opposant au transfert du recourant puisque son fils est un enfant en bas âge pris en charge par sa mère et qu'il est encore trop jeune pour être sérieusement marqué par une séparation temporaire d'avec son père.

**4.4.** Au vu de ce qui précède, même s'il fallait admettre l'existence d'une "vie familiale" entre le recourant, sa fiancée et leur enfant commun et d'une ingérence, dû au transfert, dans le droit au respect de cette vie familiale, il demeurerait légitime et proportionné à la lumière de l'art. 8 par. 2 CEDH d'exiger du recourant qu'il retourne en Italie, Etat membre de l'espace Dublin compétent non seulement pour l'examen (le cas échéant, le réexamen) de sa demande, mais aussi le remettre au bénéfice de son titre de séjour en l'absence d'une éventuelle décision de renvoi dans son pays d'origine (cf. art. 34 al. 2 let. d LAsi, voir également art. 16 par. 1 et par. 4 du règlement Dublin II).

**4.5.** En définitive, le transfert du recourant en Italie est compatible avec l'art. 8 CEDH.

**4.6.** Enfin, et compte tenu de la pratique restrictive dans l'interprétation de la notion de "raisons humanitaires" au sens de l'art. 29a al. 3 OA 1 (cf. ATAF E 7221/2009 du 10 mai 2011 consid. 8.1 ; ATAF 2010/45 consid. 8.2.2), les raisons liées au respect de la vie familiale invoquées par le recourant ne constituent pas des raisons humanitaires au sens de l'art. 29a al. 3 OA 1 en lien avec l'art. 3 par. 2 du règlement Dublin II qui justifieraient de renoncer à son transfert en Italie. De même, le principe de l'unité de la famille ancré à l'art. 44 al. 1 LAsi (qui implique avant tout, pour les autorités compétentes, de ne pas séparer les membres d'une même famille de requérants d'asile et interdit de renvoyer certains, mais pas d'autres, ou encore de procéder à des renvois en ordre dispersé, contre leur gré, de différents membres d'une même famille de requérants d'asile, et cela même s'ils sont entrés en Suisse à des dates différentes) n'a pas de

portée propre, lorsque, comme en l'espèce, les dispositions du règlement Dublin II visant à rapprocher ou à éviter de séparer (cf. art. 4 par. 3, art. 6, art. 7, art. 8, art. 14 et art. 15 du règlement Dublin II, ainsi que l'art. 3 par. 2 dudit règlement en lien avec l'art. 8 CEDH ou encore avec l'art. 29a al. 3 OA 1) des membres d'une même famille ne trouvent pas application. Il appartient en effet à l'Etat tiers compétent de mener la procédure d'asile et de renvoi (cf. art. 34 al. 2 let. d LAsi, voir également art. 16 par. 1 et par. 4 du règlement Dublin II).

**4.7.** Au vu de ce qui précède, la conclusion du recourant tendant à l'annulation de la décision attaquée pour violation du droit fédéral et à l'examen en Suisse de sa demande d'asile doit être rejetée.

**5.**

En définitive, le recours doit être rejeté et la décision attaquée confirmée.

**6.**

Au vu de l'issue de la cause, il y aurait lieu de mettre les frais de procédure à la charge du recourant, conformément à l'art. 63 al. 1 PA et aux art. 2 et 3 let. b du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2). Toutefois, au vu des circonstances particulières de l'espèce, il est renoncé à la perception de ces frais (cf. art. 63 al. 1 in fine PA). La demande d'assistance judiciaire partielle devient ainsi sans objet.

(dispositif page suivante)

**le Tribunal administratif fédéral prononce :**

**1.**

Le recours est rejeté.

**2.**

Il est statué sans frais.

**3.**

La demande d'assistance judiciaire partielle est sans objet.

**4.**

Le présent arrêt est adressé au recourant, à l'ODM et à l'autorité cantonale compétente.

La présidente du collège :

La greffière :

Jenny de Coulon Scuntaro

Astrid Dapples