



Cour V
E-6479/2011

Arrêt du 22 août 2012

Composition

François Badoud (président du collège),
Yanick Felley, Kurt Gysi, juges,
Chrystel Tornare Villanueva, greffière.

Parties

A. _____, né le (...),
Gambie,
représenté par le Service d'Aide Juridique aux
Exilé-e-s (SAJE), en la personne de (...),
recourant,

contre

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

Objet

Exécution du renvoi (recours contre une décision
en matière de réexamen) ;
décision de l'ODM du 28 octobre 2011 / N (...).

Faits :**A.**

Le 2 décembre 2003, A._____ a déposé une demande d'asile au Centre d'enregistrement et de procédure de Vallorbe sous une fausse identité. Il a prétendu s'appeler B._____ et être ressortissant malien.

Par décision du 19 décembre 2003, l'ODR (Office fédéral des réfugiés, actuellement ODM), se fondant sur l'art. 32 al. 2 let. a de la loi sur l'asile du 26 juin 1998 (LAsi, RS 142.31), n'est pas entré en matière sur la demande d'asile de l'intéressé, a prononcé son renvoi de Suisse et ordonné l'exécution de cette mesure.

L'intéressé n'a pas recouru contre la décision précitée qui est entrée en force, le 22 janvier 2004.

B.

Le 13 octobre 2011, l'intéressé a déposé une demande de reconsidération de la décision précitée. Se fondant sur le principe de l'unité de la famille, il a conclu à l'octroi de l'admission provisoire. Il a invoqué, comme élément nouveau, qu'il s'était marié, le (...), avec C._____, ressortissante somalienne au bénéfice d'une admission provisoire, et qu'ils avaient deux enfants ensemble : D._____, née le (...) et E._____, née le (...). Il a précisé qu'il vivait avec son épouse et ses enfants. Il a ainsi estimé que l'exécution de son renvoi serait contraire aux engagements de la Suisse découlant de 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) et dès lors illicite ou, à tout le moins, inexigible.

C.

Par décision du 28 octobre 2011, l'ODM a rejeté la demande de réexamen de l'intéressé. Il a tout d'abord estimé que l'intéressé, son épouse et leurs enfants pouvaient s'installer en Gambie, aucun élément d'ordre légal ou personnel ne s'opposant, en l'état, à leur installation dans ce pays. Il a également considéré que l'intéressé avait gravement porté atteinte à la sécurité ainsi qu'à l'ordre public et qu'on se trouvait en présence d'une exception au principe de l'unité de la famille énoncé à l'art. 44 al. 1 LAsi, en raison du cumul important d'infractions à la loi fédérale du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants (LStup, RS 812.121), pour lesquelles il avait été condamné à un total de treize mois d'emprisonnement.

D.

Par acte du 29 novembre 2011, l'intéressé a recouru contre le rejet de sa demande de reconsidération. Il a conclu au prononcé d'une admission provisoire. Il a également requis l'assistance judiciaire partielle et l'octroi de mesures provisionnelles.

Il a rappelé qu'il faisait vie commune avec son épouse, C._____, au bénéfice d'une admission provisoire, et que de leur union étaient nés deux enfants. Il a soutenu que lui-même et sa famille se trouvaient sous la juridiction de la Suisse et qu'il pouvait donc se prévaloir de l'application de l'art. 8 CEDH.

Il a fait valoir qu'il ne pouvait pas se réinstaller en Gambie, afin d'y développer une vie de famille effective avec son épouse et ses enfants, dans la mesure où il avait quitté ce pays quand il était encore mineur, qu'il n'y avait plus aucun réseau et qu'il ne pourrait pas y trouver d'emploi. Il a souligné que son épouse étant somalienne il n'était pas réaliste, après tant d'années passées en Suisse, de lui demander d'aller s'installer en Gambie avec ses enfants issus d'une précédente relation et leurs deux enfants communs. Il a précisé qu'il n'y avait aucune garantie qu'elle soit mise au bénéfice d'une autorisation de séjour valable en Gambie. Il a par ailleurs estimé que, compte tenu des conditions de vie extrêmement précaires auxquelles les enfants seraient confrontés en cas de renvoi en Gambie, leur intérêt supérieur à demeurer en Suisse devait l'emporter sur l'intérêt public à son éloignement de Suisse.

Il a reproché à l'ODM d'avoir retenu, de façon inexacte, qu'il avait gravement porté atteinte à la sécurité ainsi qu'à l'ordre public et qu'il fallait lui appliquer l'exception au principe de l'unité de la famille énoncé à l'art. 44 al. 1 LAsi. Il a relevé que ses condamnations en lien avec la LStup se limitaient à 40 jours d'emprisonnement et remontaient à 2004, époque à laquelle il était encore jeune et en proie à de mauvaises influences. Il a précisé que les autres condamnations concernaient des infractions à la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931 (LSEE de 1931, RS 1 113), respectivement à la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr, RS 142.20).

Dans ces conditions, se référant aux art. 44 al. 1 LAsi et 8 CEDH, il a estimé qu'en vertu du principe de l'unité de la famille, il devait être mis au bénéfice de l'admission provisoire, tout comme son épouse et leurs enfants.

E.

Par ordonnance du 7 décembre 2011, le Tribunal administratif fédéral (le Tribunal) a accordé des mesures provisionnelles au recours et a invité l'intéressé a produire un extrait actualisé de son casier judiciaire ainsi qu'une attestation d'indigence.

F.

Le 22 décembre 2011, l'intéressé a transmis au Tribunal un extrait du casier judiciaire sous le nom de A._____ ; le document, établi le 15 décembre 2011, ne mentionne aucune inscription. Il a également remis divers documents attestant de son indigence.

G.

Le 10 juillet 2012, le Tribunal a transmis pour information à l'intéressé un extrait du casier judiciaire suisse concernant l'intéressé, alors qu'il était connu des autorités suisse sous le nom de B._____.

Il ressort de ce document ainsi que du dossier que l'intéressé a été condamné :

- le (...) 2004, à 45 jours d'emprisonnement avec sursis, pour délit contre la aLStup,
- le (...) 2004, à 30 jours d'emprisonnement, pour contravention et délit contre la aLStup,
- le (...) 2004, à 10 jours d'emprisonnement avec sursis, pour entrée illégale en Suisse,
- le (...) 2004, à trois mois d'emprisonnement avec sursis, pour violation d'une mesure de contrainte en matière de droit des étrangers et pour rupture de ban,
- le (...) 2004, à deux mois d'emprisonnement, pour rupture de ban, délit contre la LSEE, ainsi que pour délit et contravention et à la aLStup,
- le (...) 2006, à 40 jours d'emprisonnement, pour délit contre la aLStup,
- le (...) 2006, à deux mois d'emprisonnement, pour délit et contravention à la aLStup,
- le (...) 2006, à deux mois d'emprisonnement, pour rupture de ban,

- le (...) 2008, à une peine privative de liberté de trois mois, pour séjour illégal commis à réitérées reprises,
- le (...) 2008, à une peine privative de liberté de cinq jours et à une amende de 1000 francs, pour séjour illégal et contravention à la aLStup,
- le (...) 2010, à une peine privative de liberté de 30 jours et à une amende de 300 francs pour délit et contravention à la aLStup,

H.

Les autres faits et arguments de la cause seront évoqués, si nécessaire, dans les considérants en droit ci-dessous.

Droit :

1.

1.1 Le Tribunal, en vertu de l'art. 31 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF.

En particulier, les décisions rendues par l'ODM concernant l'asile et l'exécution du renvoi peuvent être contestées, par renvoi de l'art. 105 LAsi, devant le Tribunal, lequel statue alors définitivement, y compris en matière de réexamen, sauf demande d'extradition déposée par l'Etat dont le requérant cherche à se protéger (art. 83 let. d ch. 1 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]).

1.2 L'intéressé a qualité pour recourir. Présenté dans la forme et dans le délai prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 48 et 52 PA et 108 al. 1 LAsi).

2.

2.1 La demande de réexamen (aussi appelée demande de nouvel examen ou de reconsidération), définie comme une requête non soumise à des exigences de délai ou de forme, adressée à une autorité administrative en vue de la reconsidération de la décision qu'elle a prise

et qui est entrée en force, n'est pas expressément prévue par la PA. La jurisprudence et la doctrine l'ont cependant déduite de l'art. 66 PA, qui prévoit le droit de demander la révision des décisions, et de l'art. 29 al. 1 et de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst., RS 101) (ATF 127 I 133 consid. 6 p. 137). En principe, une demande de réexamen ne constitue pas une voie de droit (ordinaire ou extraordinaire). Partant, l'ODM n'est tenu de s'en saisir que dans deux situations : lorsqu'elle constitue une "demande de reconsidération qualifiée", à savoir lorsqu'une décision n'a pas fait l'objet d'un recours (ou que le recours interjeté contre celle-ci avait été déclaré irrecevable) et que le requérant invoque un des motifs de révision prévus à l'art. 66 PA, applicable par analogie (cf. ATAF 2010/4 consid. 2.1.1, p. 43) ou lorsqu'elle constitue une "demande d'adaptation", à savoir lorsque le requérant se prévaut d'un changement notable de circonstances depuis le prononcé de la décision concernée ou, en cas de recours, depuis le prononcé de l'arrêt sur recours (ATAF 2010/27 consid. 2.1 p. 367).

2.2 La demande d'adaptation tend à faire adapter par l'autorité de première instance sa décision parce que, depuis son prononcé, s'est créée une situation nouvelle dans les faits ou exceptionnellement sur le plan juridique, qui constitue une modification notable des circonstances. Conformément au principe de la bonne foi, le requérant ne peut pas, par l'intermédiaire d'une telle demande, invoquer des faits qu'il aurait pu faire valoir précédemment (cf. ATAF 2010/27 précité, consid. 2.1.1. p. 368 ; Jurisprudence et informations de la Commission suisse de recours en matière d'asile [JICRA] 2000 n° 5 p. 44 ss).

3.

3.1 Lorsqu'il rejette la demande d'asile ou qu'il refuse d'entrer en matière à ce sujet, l'ODM prononce, en règle générale, le renvoi de Suisse et en ordonne l'exécution ; il tient compte du principe de l'unité de la famille (art. 44 al. 1 LAsi).

3.2 L'office décide d'admettre provisoirement l'étranger si l'exécution du renvoi ou de l'expulsion n'est pas possible, n'est pas licite ou ne peut être raisonnablement exigée (art. 83 al. 1 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers [LEtr, RS 142.20]).

3.3 L'exécution de la décision peut ne pas être raisonnablement exigée si le renvoi ou l'expulsion de l'étranger dans son pays d'origine ou de

provenance le met concrètement en danger, par exemple en cas de guerre, de guerre civile, de violence généralisée ou de nécessité médicale (art. 83 al. 4 LEtr).

3.4 L'admission provisoire, justifiée par le caractère impossible ou non raisonnablement exigible de l'exécution du renvoi, n'est pas ordonnée lorsque l'étranger a été condamné à une peine privative de liberté de longue durée en Suisse ou à l'étranger (cf. art. 83 al. 7 let. a LEtr) ou lorsque l'étranger attend de manière grave ou répétée à la sécurité et à l'ordre publics en Suisse ou à l'étranger, les met en danger ou représente une menace pour la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse (cf. art. 83 al. 7 let. b LEtr).

4.

En l'occurrence, à l'appui de sa demande de réexamen, l'intéressé invoque le principe de l'unité de la famille consacré à l'art. 44 al. 1 LAsi. Il fait valoir que, compte tenu de son mariage avec une ressortissante de Somalie ayant obtenu une admission provisoire en Suisse et de la présence de leurs deux enfants communs, il doit être mis au bénéfice de la même mesure. Il soutient également que les condamnations le concernant, en lien avec la LStup, se limitent à 40 jours d'emprisonnement et remontent à 2004, époque à laquelle il était jeune et en proie à de mauvaises influences. Enfin, il estime qu'une installation en Gambie avec toute sa famille n'est pas réaliste, dans la mesure notamment où il n'existe aucune garantie que son épouse puisse y obtenir une autorisation de séjour.

5.

5.1 Ancré à l'art. 44 al. 1 LAsi, le principe de l'unité de la famille, en matière d'exécution du renvoi, implique avant tout pour les autorités compétentes de ne pas séparer les membres d'une même famille et interdit de renvoyer certains d'entre eux, mais pas d'autres, ou encore de procéder à des renvois en ordre dispersé, contre leur gré, de différents membres d'une même famille. Le principe de l'unité de la famille a ainsi pour conséquence que les membres d'une même famille ne doivent pas être séparés, mais puissent, de fait, vivre ensemble, et donc qu'à défaut de motifs justifiant de faire exception à ce principe (cf. consid. 5.2 et 5.3 ci-dessous), le même statut leur soit accordé. Dans ce sens, la portée de l'art. 44 al. 1 LAsi va au-delà de celle de l'art. 8 CEDH, qui ne peut être

invoqué, du moins selon la jurisprudence applicable à ce jour, que lorsque les autres membres de la famille ont un droit de présence assuré en Suisse (sur ces questions, cf. JICRA 2004 n°12 p. 76ss ; JICRA 1995 n° 24 p. 224ss).

Selon la jurisprudence du Tribunal, qui correspond à celle que le Tribunal fédéral a développée en relation avec le droit au respect de la vie privée et familiale consacré par l'art. 8 CEDH, la notion de famille au sens de l'art. 44 al. 1 LAsi comprend notamment les relations entre époux (ou les concubins formant une communauté durable) et leurs enfants mineurs vivant en ménage commun (cf. dans ce sens JICRA 1996 n° 18 consid. 14e p. 189 ss, JICRA 1995 n° 24 consid. 7 p. 227, JICRA 1993 n° 24 consid. 8 p. 162 ss et consid. 8e p. 170), mais aussi les liens entre un enfant et le parent ne possédant ni l'autorité parentale ni la garde de cet enfant, pour autant que les relations familiales soient intactes et sérieusement vécues ; un contact régulier entre un parent et l'enfant, par exemple par l'exercice du droit de visite, peut, le cas échéant, suffire (sur l'ensemble de ces questions cf. notamment ATF 136 I 285 consid. 5.2 p. 287 ; arrêt non publié du Tribunal fédéral 2C.617/2009 du 4 février 2010 ; ATAF 2008/47 consid. 4 p. 677 s. et jurispr. cit. ; JICRA 2004 n° 12 consid. 7b p. 77, JICRA 1995 n° 24 consid. 8 p. 228 et JICRA 1993 n° 24 consid. 7 et 8 p. 162 ss).

5.2 Le principe de l'unité de la famille n'est toutefois pas absolu. Comme l'a précisé la jurisprudence, l'expression "tient compte" indique que des exceptions peuvent être apportées à ce principe. Tel est le cas notamment lorsque la famille peut, sans problème particulier, s'installer dans un autre pays, ou lorsque le comportement délictueux d'un de ses membres s'oppose à ce que celui-ci soit mis au bénéfice du même statut que les autres ou encore dans certaines situations d'abus de droit (cf. en particulier JICRA 1995 n° 24 précitée consid. 11c p. 232s).

5.3 Pour déroger au principe de l'unité de la famille fondée sur le comportement délictueux de la personne qui se prévaut de ce principe, la jurisprudence a retenu qu'il fallait se baser sur les critères d'application de l'art. 14a al. 6 de l'ancienne loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE, RO 1990 938). Cette disposition a été reprise et complétée par l'art. 83 al. 7 LEtr, applicable depuis le 1^{er} janvier 2008 ; il convient donc désormais de se référer aux critères fixés par cette nouvelle disposition et par la jurisprudence y relative.

Certes, l'art. 83 al. 7 LETr a, en soi, été conçu par le législateur comme une clause d'exclusion de l'application de l'art. 83 al. 4 ou al. 2 LETr ; il n'est donc directement applicable que dans les cas où l'exécution du renvoi devrait être considérée comme inexigible ou impossible. Toutefois, la règle de l'art. 44 al. 1 LAsi conduit, comme rappelé ci-dessus, à étendre à celui qui s'en prévaut l'obstacle à l'exécution du renvoi d'un ou des autres membres de la famille (cf. JICRA 1995 n° 24 précitée consid. 11a bb). Aussi, il paraît légitime de conditionner l'octroi d'une admission provisoire, en application de l'art. 44 al. 1 LAsi, aux mêmes restrictions que celles opposables à la personne qui remplit elle-même les conditions de l'admission provisoire. L'art. 83 al. 7 LETr est donc applicable indirectement ou par analogie, en tant que clause dérogatoire au principe de l'unité de la famille.

5.4 En l'occurrence, le recourant, dont l'épouse et les enfants vivent en Suisse au bénéfice d'une admission provisoire, peut se prévaloir du principe de l'unité de la famille. En effet, le dossier ne fait apparaître aucun élément permettant de mettre en doute l'existence d'une relation étroite et effective entre le recourant et les membres de sa famille (sur la notion de famille, cf. JICRA 1995 n° 24 précitée consid. 7 p. 227ss).

Le recourant est cependant sous le coup d'une décision entrée en force, par laquelle l'exécution de son renvoi a été considérée comme possible, licite et raisonnablement exigible. Comme motif de sa demande de reconsidération, il n'a pas fait valoir l'existence d'une modification notable des circonstances par rapport à la situation qui serait la sienne en cas de retour dans son pays d'origine, ni invoqué d'élément nouveau de nature à le mettre concrètement en danger au Gambie. L'art. 83 al. 7 LETr ne lui est donc pas directement applicable. Cependant, parce qu'il prétend au même statut que son épouse et leurs enfants, cette disposition, sur laquelle s'est notamment implicitement fondé l'ODM pour rejeter la demande de reconsidération, lui est applicable par analogie. C'est donc tout d'abord sur ce point que le Tribunal entend porter son examen.

6.

6.1 Dans le cas d'espèce, il y a lieu de relever que l'art. 83 al. 7 let. a LETr ne saurait être applicable au recourant, dans la mesure où il n'a jamais été condamné à une peine privative de liberté de longue durée. En effet, selon la jurisprudence, il y a lieu de retenir l'existence d'une "peine privative de liberté de longue durée" dès le prononcé d'une peine

supérieure à un an de détention (cf. ATF 135 II 377 cons. 4.2. p. 380s. et ATAF E-2239/2008 du 14 juillet 2011). De plus, cette peine doit résulter d'une condamnation unique, et non de l'addition de plusieurs peines privatives de liberté (cf. arrêt 2C_415/2010 du 15 avril 2011 et ATAF E-2239/2008 précité).

6.2 Il y a toutefois lieu d'apprécier le comportement du recourant sous l'angle de l'art. 83 al. 7 let. b LEtr.

6.2.1 Selon cette disposition, l'admission provisoire n'est pas ordonnée lorsque l'étranger attend de manière grave ou répétée à la sécurité et à l'ordre publics en Suisse ou les met en danger, ou encore représente une menace pour la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse. Entré en vigueur le 1^{er} janvier 2008, l'art. 83 al. 7 let. b LEtr a remplacé l'ancien art. 14a al. 6 LSEE. Le contenu de la nouvelle disposition ne fait que reprendre la réglementation antérieure (cf. message du Conseil fédéral concernant la loi sur les étrangers du 8 mars 2002, FF 2002 p. 3573). Les modifications apportées étant d'ordre purement systématique et linguistique, il n'y pas lieu de s'écarter de la jurisprudence et de la pratique développées sous l'empire de l'ancien art. 14a al. 6 LSEE (cf. notamment JICRA 2004 n° 39 et références citées). Le Tribunal a de son côté précisé la notion d'atteinte à l'ordre public (cf. ATAF 2007/32 consid. 3.5 p. 388 s.).

Selon la jurisprudence de la Commission, l'ancien art. 14a al. 6 LSEE visait spécifiquement les criminels et asociaux qualifiés et sa mise en œuvre devait être réservée aux cas particulièrement graves. Dite autorité a ainsi eu l'occasion de préciser que cette disposition était notamment applicable lorsque l'étranger s'était rendu coupable d'une infraction passible d'une peine privative de liberté. Le fait toutefois qu'une condamnation à une telle peine ait été prononcée, mais assortie du sursis, ne permettait pas encore - en règle générale - d'appliquer l'art. 14a al. 6 LSEE. En revanche, la répétition d'infractions rapprochées dans le temps, la quotité particulièrement élevée de la peine ou encore l'atteinte à des biens juridiquement protégés particulièrement précieux pouvaient justifier l'application de cette disposition, même si le juge avait renoncé à une peine ferme. Conformément au principe de la proportionnalité, l'application de cette disposition supposait une pesée des intérêts en présence (celui du recourant à poursuivre son séjour en Suisse et celui de la Suisse à procéder à l'exécution du renvoi), dans le cadre de laquelle il y avait notamment lieu de tenir compte des

antécédents de l'intéressé et de comparer la peine prévue à la peine infligée (cf. JICRA 2004 n° 39 consid. 5.3 p. 267 s., JICRA 2003 n° 3 consid. 3a p. 26 s., JICRA 1997 n° 24 consid. 7b p. 193 et jurispr. cit., JICRA 1995 n° 10 p. 96 ss et n° 11 p. 102 ss).

6.2.2 Il y a lieu de relever que, contrairement à ce que sous-entend l'ODM dans sa décision, l'intéressé n'a pas été condamné à un total de treize mois d'emprisonnement uniquement pour des infractions à la LStup. En effet, les infractions à la LStup concernent moins de la moitié du total des peines d'emprisonnement pour lesquelles l'intéressé a été condamné, le reste portant sur des infractions à la LEtr, respectivement à l'ancienne LSEE, notamment pour séjour illégal en Suisse. Toutefois, il est indéniable que, depuis son arrivée en Suisse, en 2004, l'intéressé a commis des délits à répétées reprises. Il a ainsi été condamné onze fois, dont la dernière, le 24 août 2010. Il y a donc lieu de considérer que l'intéressé est un récidiviste qui a commis des infractions sur une période relativement longue, à savoir six ans. La répétition durant toutes ces années d'actes délictueux démontre que le recourant n'était pas prêt à se conformer à l'ordre en vigueur. Partant, il doit être admis que son comportement constitue une violation, sinon grave, du moins répétée de l'ordre et de la sécurité publics.

6.2.3 Le fait que les conditions de l'art. 83 al. 7 let. b LEtr soient remplies ne conduit cependant pas automatiquement à faire application de cette disposition dans chaque cas d'espèce. L'autorité doit en effet veiller à ce que sa décision soit conforme au principe de proportionnalité (cf. ATAF 2007/32 p. 382ss). Selon l'art. 96 al. 1 LEtr, les autorités compétentes tiennent compte, en exerçant leur pouvoir d'appréciation, de la situation personnelle de l'étranger ainsi que de son degré d'intégration. Certes, cette disposition s'adresse plus spécifiquement aux autorités de police des étrangers compétentes en matière d'autorisations de séjour. Néanmoins, l'autorité compétente en matière d'asile, appelée à décider l'exécution du renvoi ou, si celle-ci s'avère illicite, inexigible ou impossible, à prononcer l'admission provisoire conformément aux dispositions de la LEtr, doit nécessairement statuer en conformité avec l'art. 96 al. 1 LEtr. Cette disposition est d'ailleurs une concrétisation, en matière de police des étrangers, du principe de la proportionnalité inscrit à l'art. 5 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (Cst., RS 101).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, relative à l'art. 63 al. 2 LEtr, la peine infligée par le juge pénal est le premier critère à prendre en considération pour évaluer la gravité de la faute et procéder à la pesée des intérêts. Il y a lieu ensuite de tenir compte des autres éléments entrant en ligne de compte, à savoir la durée du séjour en Suisse, l'intégration de l'intéressé, les désavantages résultant de la mesure pour celui-ci, voire ses proches. Plus la condamnation est lourde, plus il faudra des circonstances exceptionnelles pour contrebalancer les fautes reprochées. Une condamnation à deux ans de privation de liberté constitue cependant la limite à partir de laquelle, en général, il y a lieu de refuser l'autorisation, étant précisé que les années passées dans l'illégalité, en prison ou au bénéfice d'une simple tolérance ne sont pas déterminantes dans la pesée des intérêts. Si les peines infligées dépassent largement cette limite indicative de deux ans, seules des circonstances tout à fait exceptionnelles peuvent contrebalancer des fautes reprochées (cf. ATF 134 II 10 consid. 4.3. p. 23ss, et arrêt du Tribunal fédéral 2C_759/2009 du 17 mars 2010; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-2875/2010 du 14 janvier 2011).

6.2.4 Dans le cas particulier, le comportement de l'intéressé a certes démontré des difficultés à se conformer à l'ordre public. En effet, au cours des huit dernières années, les peines cumulées pour les délits et infractions à la LStup représentent environ six mois de détention et celles relatives à la LEtr, respectivement l'ancienne LSEE, environ 7 mois. Malgré la répétition des délits, il convient néanmoins d'en relativiser la portée. S'agissant des infractions à la LStup, si l'on se réfère aux quelques pièces figurant au dossier, il s'agit principalement de consommation et de petit trafic de marijuana qui n'ont d'ailleurs pas conduit à de lourdes peines de privation de liberté. De plus, bien qu'illégale, la présence en Suisse de l'intéressé a été en particulier motivée par la relation qu'il entretenait avec une personne bénéficiant d'une admission provisoire, puis par son mariage avec cette personne et par la naissance de deux enfants issus de cette union. Il y a également lieu de constater que la dernière condamnation concernant l'intéressé date du mois d'août 2010. Le recourant n'a manifestement plus commis d'actes punissables depuis lors, comme l'atteste d'ailleurs l'extrait du casier judiciaire qu'il a produit. Par ailleurs, il y a également lieu de tenir compte dans la pesée des intérêts de la présence en Suisse de ses deux enfants encore mineurs et de son épouse avec qui il vit.

6.2.5 Au vu de ce qui précède, une juste pesée des intérêts doit en l'occurrence conduire à privilégier l'intérêt privé du recourant et celui de sa famille à ce qu'il reste en Suisse, à celui de l'intérêt public à son éloignement. En conséquence, il ne se justifie pas de faire application de l'art. 83 al. 7 let. b dans le présent cas.

7.

7.1 Comme rappelé ci-dessus (cf. consid. 5.2), des exceptions à la prise en compte du principe de l'unité de la famille peuvent également s'avérer justifiées lorsque la famille peut, sans problème particulier, s'installer dans un autre pays. Dans sa décision, l'ODM a d'ailleurs considéré que le recourant et sa famille pouvaient s'installer en Gambie et qu'il lui appartenait d'entreprendre les démarches administratives nécessaires allant dans ce sens. L'ODM n'a toutefois donné aucune précision quant aux réelles possibilités pour l'épouse, de nationalité somalienne, et ses enfants, en particulier les deux plus âgés issus d'une précédente union, d'obtenir une autorisation de séjour dans ce pays. De plus, il convient de prendre en considération que dite épouse est au bénéfice d'une admission provisoire en Suisse depuis 1995, soit depuis environ 17 ans et que les enfants, dont les aînés ont aujourd'hui 12 et 9 ans, sont nés en Suisse et y ont toujours vécu.

7.2 Dans ces conditions, il paraît difficile, en l'état, d'admettre que l'épouse somalienne de l'intéressé et leurs enfants puissent, sans problème particulier, s'installer en Gambie. Dès lors, il n'y a pas lieu de faire application de cette exception, en l'état, et il se justifie de mettre le recourant au bénéfice de l'admission provisoire.

7.3 Si, par la suite, l'ODM devait estimer qu'il est raisonnablement exigible de renvoyer l'ensemble de la famille en Gambie, il devra le faire dans une procédure de levée de l'admission provisoire incluant tous les membres de cette famille et en prenant en considération les éléments relevés ci-dessus.

8.

Au vu de ce qui précède, la vie familiale du recourant constitue un élément nouveau et déterminant. Dès lors, il s'impose de reconsidérer la décision de l'ODM du 19 décembre 2003, en tant qu'elle prononce l'exécution du renvoi, et de mettre l'intéressé, en tant qu'époux de C._____ et père de D._____ ainsi que de E._____, au bénéfice

de l'admission provisoire, rien au dossier ne justifiant, comme développé plus haut, de déroger au principe de l'unité de la famille prévu à l'art. 44 al. 1 in fine LAsi.

9.

Le recourant pouvant à juste titre se prévaloir du principe de l'unité de la famille au sens de l'art. 44 al. 1 in fine LAsi aux fins d'en déduire la mise au bénéfice d'une admission provisoire, il y a lieu d'admettre le recours, d'annuler la décision de l'ODM sur réexamen du 28 octobre 2011 et d'inviter cet office à admettre provisoirement A._____.

10.

10.1 Vu l'issue de la cause, il n'y a pas lieu de percevoir de frais de procédure (art. 63 al. 1 et 2 PA). La demande d'assistance judiciaire partielle devient ainsi sans objet.

10.2 Par ailleurs, le recourant peut prétendre à l'allocation de dépens, conformément à l'art. 64 al. 1 PA.

10.3 Ceux-ci sont fixés sur la base du dossier, en l'absence de décompte détaillé de prestations du mandataire du recourant (cf. art. 14 al. 2 du règlement concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral du 21 février 2008 [FITAF, RS 173.320.2]) et arrêtés en l'occurrence à 500 francs.

(dispositif : page suivante)

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est admis.

2.

La décision de l'ODM du 28 octobre 2011 est annulée.

3.

L'ODM est invité à régler les conditions de séjour du recourant conformément aux dispositions relatives à l'admission provisoire des étrangers.

4.

Il n'est pas perçu de frais.

5.

La requête d'assistance judiciaire partielle est sans objet.

6.

L'ODM versera au recourant le montant de 500 francs à titre de dépens.

7.

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

Le président du collège :

La greffière :

François Badoud

Chrystel Tornare Villanueva

Expédition :