



Cour V
E-6457/2014

Arrêt du 14 décembre 2017

Composition

William Waeber (président du collège),
Gabriela Freihofer, Sylvie Cossy, juges,
Camilla Mariéthoz Wyssen, greffière.

Parties

A. _____, né le (...),
Erythrée,
représenté par Marisa Pardo, Elisa - Asile,
(...),
recourant,

contre

Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM),
Quellenweg 6, 3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Asile (non-entrée en matière) et renvoi ;
décision de l'ODM du 24 octobre 2014 / N (...).

Faits :**A.**

A._____ a déposé, le 26 juin 2014, une demande d'asile en Suisse.

B.

Le lendemain, l'Office fédéral des migrations (l'ODM, désormais et ci-après: le SEM) a procédé à une comparaison des empreintes du précité avec celles figurant sur la banque de données "Eurodac". Il en est ressorti qu'il avait déposé une demande d'asile en Allemagne, le (...) août 2012.

C.

Entendu au Centre d'enregistrement et de procédure (CEP) de Vallorbe, le 3 juillet 2014, le requérant a déclaré, pour l'essentiel, avoir déserté le camp de Sawa et s'être enfui vers le Soudan, le 27 mai 2008, laissant derrière lui son épouse, B._____, ainsi que leur fille, C._____ (née en [...] 2006). Il aurait séjourné un mois dans ce pays, puis se serait rendu en Libye, où son épouse l'aurait rejoint (sans leur fille). Le deuxième enfant du couple, D._____, serait né, le (...) décembre 2009, en Libye. En mars ou juillet 2011, la famille aurait été séparée en tentant d'embarquer sur un bateau à destination de l'Italie et se serait perdue de vue. Arrivé, seul, dans ce pays, le requérant y aurait obtenu l'asile. En août 2012, il aurait quitté l'Italie pour l'Allemagne. La demande de protection qu'il aurait déposée dans ce pays aurait été rejetée et les recherches entreprises afin de retrouver son épouse et son enfant seraient demeurées infructueuses. Après qu'un résident du foyer pour requérants d'asile, où il séjournait, lui aurait dit que son épouse se trouvait en Suisse, il aurait rejoint ce pays, le 20 juin 2014.

D.

Par courrier du 23 juillet 2014 et en réponse à la demande du SEM du 15 juillet précédent, les autorités italiennes ont indiqué que l'Italie avait admis la demande de protection internationale introduite par A._____ ("Italy granted Him/Her the international protection").

E.

Le 4 août 2014, le SEM a informé le requérant qu'il envisageait de ne pas entrer en matière sur sa demande d'asile en application de l'art. 31a al. 1 let. a de la loi sur l'asile du 26 juin 1998 (LAsi, RS 142.31). Faisant application de l'art. 36 al. 1 LAsi, il lui a donné la possibilité de faire valoir ses observations quant à un éventuel renvoi vers l'Italie.

F.

Par courrier daté du 18 août 2014 (sceau postal du 14 août 2014), le requérant a transmis ses déterminations au SEM. Après un rappel de sa situation personnelle, il a en particulier fait valoir s'opposer à un renvoi en Italie en raison, d'une part, de la situation de dénuement total dans laquelle il s'était retrouvé dans ce pays et, d'autre part, du fait que son renvoi aurait pour conséquence de le séparer de son épouse et de leur enfant, tous deux reconnus réfugiés et mis au bénéfice de l'admission provisoire en Suisse. A l'appui de sa prise de position, il a produit une demande de recherche du 6 juin 2011, adressée par son épouse à la Croix-Rouge.

Par envois des 23 septembre 2014 et 13 octobre 2014, le requérant a fait parvenir au SEM son certificat de mariage ainsi que la copie de la carte d'identité érythréenne de son père.

G.

Le 8 octobre 2014, les autorités italiennes ont accepté de réadmettre A. _____ sur leur territoire, donnant ainsi une suite favorable à une demande des autorités suisses, déposée le 28 août précédent. Elles ont mentionné à cette occasion que l'intéressé était titulaire d'un titre de séjour "asile", valable jusqu'au 30 juin 2016.

H.

Par décision du 24 octobre 2014, notifiée le 3 novembre suivant, le SEM a refusé d'entrer en matière sur la demande d'asile du requérant, en application de l'art. 31a al. 1 let. a LAsi, au motif qu'il avait été reconnu réfugié en Italie, pays désigné par le Conseil fédéral comme un Etat tiers sûr au sens de l'art. 6a al. 2 let. b LAsi et que ce pays s'était déclaré prêt à le réadmettre sur son territoire. Par la même décision, il a prononcé le renvoi de Suisse de l'intéressé et a ordonné l'exécution de cette mesure.

Dans ce cadre, l'autorité de première instance a estimé que l'intéressé ne pouvait pas se prévaloir de l'art. 8 de la Convention du 4 novembre 1959 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, RS 0.101) pour s'opposer à son transfert vers l'Italie. Elle a relevé que le lien qu'il entretenait avec son épouse n'était pas suffisamment étroit, dès lors que les intéressés avaient été séparés pendant plus de trois ans, qu'ils avaient, lors de cette période de séparation, su vivre l'un sans l'autre, et que leur vie commune avait débuté après l'arrivée du requérant en Suisse, en juillet 2014. Partant, la condition de l'existence d'une relation étroite et effective n'était, selon elle, pas remplie. L'autorité a également relevé que l'épouse du recourant étant uniquement au bénéfice de

l'admission provisoire, elle ne disposait pas d'un droit de présence assuré en Suisse. S'agissant de la relation existant entre le requérant et son fils, le SEM a estimé que celle-ci était trop récente pour pouvoir être qualifiée d'étroite et effective, l'enfant ayant principalement développé une relation avec sa mère.

I.

A. _____ a interjeté recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral (ci-après: le Tribunal) par acte du 5 novembre 2014. Il a conclu à l'annulation de la décision du SEM du 24 octobre 2014 et à l'entrée en matière sur sa demande d'asile. Il a en particulier insisté sur le fait que son renvoi vers l'Italie, qui aurait pour conséquence de le séparer de son épouse, alors enceinte, et de leur fils, reconnus réfugiés en Suisse, violerait le principe de l'unité de la famille, l'art. 8 CEDH ainsi que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il a argué que, contrairement à ce qui était soutenu par l'autorité dans la décision entreprise, il entretenait avec son épouse et son enfant une relation devant être qualifiée d'étroite et effective, soulignant que les périodes durant lesquelles il avait été séparé de sa famille n'avaient jamais résulté d'un choix personnel, mais étaient dues à son départ forcé d'Erythrée et à son parcours migratoire. Lors de leur séparation entre 2011 et 2014, chacun des époux aurait tenté de retrouver l'autre, B. _____ en déposant un avis de recherche auprès de la Croix-Rouge et lui, en s'adressant aux autorités italiennes et allemandes. Par ailleurs, se référant à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après: CourEDH) M.P.E.V. et autres contre Suisse (requête n°3910/2013), il a reproché à l'autorité d'avoir retenu qu'il ne pouvait pas se prévaloir de l'art. 8 CEDH, au motif que son épouse et son enfant, admis provisoirement en Suisse, ne jouissaient pas d'un droit de présence assuré. A titre incident, il a demandé à être dispensé du paiement d'une avance et des frais de procédure.

J.

Par décision incidente du 7 novembre 2014, le Tribunal a renoncé à percevoir une avance sur les frais et a indiqué qu'il statuerait ultérieurement sur la demande d'assistance judiciaire partielle.

K.

Le 10 novembre 2014, le recourant a informé le Tribunal que son épouse était une nouvelle fois enceinte de ses œuvres. Le 26 mai 2015, il a déposé un "Certificat d'accouchement" attestant de la naissance, le (...) avril 2015, de l'enfant E. _____. Il a par ailleurs indiqué faire des efforts d'intégration et s'occuper régulièrement de son fils D. _____.

L.

Par courrier du 16 juin 2015, il a complété son recours, joignant à son envoi diverses photographies, prises apparemment en Erythrée, en Libye et en Suisse, sur lesquelles il apparaît aux côtés de son épouse.

M.

Invité par le Tribunal à se prononcer sur le recours et ses compléments, le SEM en a proposé le rejet dans sa détermination du 4 août 2015. Il a, pour l'essentiel, relevé qu'il admettait l'existence du lien marital allégué, mais qu'il remettait en question "l'intensité de la relation" existant entre A._____ et B._____, dans la mesure où le couple avait vécu séparément durant plusieurs années. Il a dès lors maintenu son point de vue selon lequel le recourant n'avait pas de relation étroite et effective protégée par l'art. 8 CEDH, que ce soit avec son épouse ou avec ses enfants. Il a mis en évidence que le recourant avait obtenu le statut de réfugié en Italie et indiqué qu'il serait loisible à celui-ci, à son retour dans ce pays, de déposer une demande de regroupement familial. Dans l'intervalle, les contacts entre les intéressés pouvaient être maintenus entre l'Italie et la Suisse.

N.

Dans sa réplique du 24 août 2015, complétée le 10 février 2016, le recourant a contesté l'argumentation du SEM.

O.

Par courriers des 17 février 2016, 7 mars 2016 et du 9 septembre 2016, le recourant a complété son recours. Il a fait parvenir au Tribunal une copie de l'acte de naissance de l'enfant E._____, une copie de la décision du SEM du 3 mars 2016, incluant cette enfant dans le statut de réfugiée de sa mère, ainsi qu'un document attestant de son engagement au sein d'un programme d'occupation pour requérants d'asile.

Droit :**1.**

1.1. Le Tribunal, en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF.

1.2. En particulier, les décisions rendues par le SEM concernant l'asile peuvent être contestées, par renvoi de l'art. 105 LAsi, devant le Tribunal, lequel, sauf l'exception visée à l'art. 83 let. d ch. 1 LTF et non réalisée en l'espèce, statue définitivement.

1.3. Saisi d'un recours contre une décision de non-entrée en matière sur une demande d'asile, le Tribunal se limite à examiner le bien-fondé d'une telle décision (cf. ATAF 2012/4 consid. 2.2 et réf. cit.).

1.4. L'intéressé a qualité pour recourir (cf. art. 48 al. 1 PA). Par ailleurs, son recours, interjeté dans la forme (cf. art. 52 al. 1 PA) et le délai (cf. art. 108 al. 2 LAsi) prescrits par la loi, est recevable.

2.

2.1. Cela étant, il sied d'examiner si c'est à bon droit que le SEM a en l'occurrence fait application de l'art. 31a al. 1 let. a LAsi.

2.2. En vertu de cette disposition, le SEM n'entre, en règle générale, pas en matière sur une demande d'asile si le requérant peut retourner dans un Etat tiers sûr, au sens de l'art. 6a al. 2, let. b LAsi, dans lequel il a séjourné auparavant.

Il convient de mettre en évidence que, dans son Message du 26 mai 2010 concernant la modification de la loi sur l'asile (FF 2010 4035, spéc. 4075), le Conseil fédéral a rappelé que les Etats tiers qu'il désignait comme sûrs étaient présumés offrir des garanties de respect du principe de non-refoulement, raison pour laquelle l'exception prévue à l'art. 31a al. 2 LAsi (indices de non-respect du principe de non-refoulement par l'Etat tiers) n'englobait pas dans son champ d'application l'art. 31a al. 1 let. a LAsi. Il a toutefois précisé que l'expression "en règle générale" utilisée à l'art. 31a al. 1 LAsi (phrase introductive) indiquait "clairement que l'ODM [actuellement le SEM] [était] libre de traiter matériellement les demandes d'asile" par exemple lorsque, dans un cas d'espèce, le droit constitutionnel ou le droit international s'opposaient à un renvoi (cf. Message du Conseil fédéral du 26 mai 2010 concernant la modification de la loi sur l'asile, FF 2010 4035, spéc. 4075). Il a ajouté qu'il y avait lieu de vérifier systématiquement si l'exécution du renvoi était licite et raisonnablement exigible, conformément à l'art. 44 LAsi (qui renvoie aux art. 83 et 84 de la loi du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr, RS 142.20)).

2.3. A l'instar des autres pays de l'Union européenne (UE) et de l'Association européenne de libre-échange (AELE), l'Italie a été désignée par le Conseil fédéral, en date du 14 décembre 2007, comme un Etat tiers sûr au sens de l'art. 6a al. 2 let. b LAsi.

2.4. Lorsque les autorités suisses renvoient un requérant d'asile dans un Etat tiers désigné comme sûr par le Conseil fédéral, elles partent de la présomption selon laquelle celui-là ne sera pas exposé à l'irrespect du principe de non-refoulement et que les motifs s'opposant à l'exécution du renvoi au sens de l'art. 44 LAsi seront pris en compte. Le fardeau de la preuve du contraire, soit la réfutation de cette présomption, incombe au requérant.

Par ailleurs, la possibilité pour ce dernier de retourner dans l'Etat tiers sûr, ici l'Italie, conformément à l'art. 31a al. 1 let. a LAsi présuppose que sa réadmission par cet Etat soit garantie (cf. FF 2002 6359, spéc. 6399).

3.

3.1. En l'occurrence, le 8 octobre 2014, les autorités italiennes ont donné leur accord pour la réadmission sur leur territoire de l'intéressé, lequel y a été mis au bénéfice de l'asile.

Le recourant pouvant retourner dans un Etat tiers désigné comme sûr par le Conseil fédéral, à savoir dans un Etat dans lequel ce dernier estime qu'il y a effectivement respect tant du principe de non-refoulement au sens de l'art. 5 al. 1 LAsi que du principe de l'interdiction de la torture consacré à l'art. 3 CEDH et à l'art. 3 de la Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants (Conv. torture, RS 0.105), son retour en Italie est présumé ne pas contrevenir aux engagements de la Suisse relevant du droit international.

3.2. Le recourant n'a du reste fourni aucune indication ni aucune preuve selon lesquelles les autorités italiennes failliraient à leurs obligations internationales en le renvoyant dans son pays d'origine, au mépris du statut de réfugié qu'elles lui ont accordé. Un tel risque ne ressort pas non plus d'un examen d'office des pièces du dossier de la présente cause.

Partant, c'est à juste titre que le SEM a retenu que les conditions énoncées à l'art. 31a al. 1 let. a LAsi l'enjoignant de ne pas entrer en matière sur la demande d'asile de l'intéressé étaient remplies.

Cela dit, au vu des considérants qui suivent (cf. consid. 7 et 8), il n'est plus garanti que celui-ci puisse être effectivement renvoyé en Italie. La question de savoir si les obstacles au renvoi sont de ceux pris en compte par le législateur pour contraindre le SEM à entrer en matière sur une demande d'asile (cf. consid. 2.2 ci-dessus) n'a cependant pas à être tranchée. In casu, apparaît comme déterminant le constat selon lequel, manifestement, le recourant n'est pas venu en Suisse dans le but d'y obtenir une protection, celle-ci lui ayant déjà été octroyée par l'Italie, mais pour y retrouver sa famille. Dans ces conditions, le SEM aurait donc même été légitimé à considérer que le recourant n'avait pas déposé en Suisse une demande d'asile fondée sur un risque de persécution. Quoi qu'il en soit, et compte tenu de ce qui précède, le Tribunal confirme la décision du SEM en tant qu'elle n'entre pas en matière sur la demande d'asile de l'intéressé.

4.

4.1. Lorsqu'il rejette la demande d'asile ou qu'il refuse d'entrer en matière, le SEM prononce, en règle générale, le renvoi de Suisse et en ordonne l'exécution. Il tient compte du principe de l'unité de la famille (cf. art. 44 LAsi).

4.2. Dans son recours, A. _____ fait notamment valoir que le prononcé de son renvoi vers l'Italie serait contraire au principe de l'unité de la famille dans la mesure où son épouse et ses enfants (inclus dans le statut de celle-ci) ont été reconnus réfugiés et admis provisoirement en Suisse.

4.3. Le principe de l'unité familiale consacré à l'art. 44 LAsi (dont la portée est plus large que l'art. 8 CEDH consacrant le droit au respect de la vie privée et familiale ; cf. notamment l'arrêt du TAF D-6528/2014 du 10 mars 2015 consid. 4.3) vise à prévenir la séparation de différents membres d'une même famille de requérants d'asile, pour en renvoyer indûment certains et non d'autres, ou à procéder à des renvois d'ordre dispersé. En particulier, ce principe s'applique lorsqu'un requérant d'asile a obtenu, avant les autres membres de sa famille présents en Suisse et encore concernés par des procédures d'asile distinctes, une admission provisoire lui permettant de séjourner en Suisse, parce que l'exécution de son renvoi a été considérée comme illicite, inexigible ou impossible.

Cette disposition n'est toutefois, sur le principe, pas applicable lorsque le membre de la famille a obtenu l'admission provisoire avant l'arrivée en Suisse de celui qui se prévaut du principe ancré à l'art. 44 LAsi. Admettre le contraire reviendrait en effet à vider de leur sens les prescriptions légales

de la LEtr concernant le regroupement familial de personnes admises provisoirement, puisqu'il suffirait de déposer une demande d'asile, même manifestement infondée, pour les éluder (cf. notamment arrêt du TAF D-711/2017 du 19 juillet 2017 consid. 5.3).

4.4. En l'espèce, l'épouse du recourant a obtenu l'admission provisoire en Suisse, le 13 février 2014, alors que l'intéressé n'y a déposé une demande d'asile que le 26 juin 2014. Dès lors, il ne peut se prévaloir de l'unité familiale au sens de l'art. 44 LAsi, pour les raisons indiquées ci-avant.

4.5. Cela étant, aucune exception à la règle générale du renvoi prévue à l'art. 32 de l'ordonnance 1 sur l'asile du 11 août 1999 (OA 1, RS 142.311) n'étant en outre réalisée, en l'absence notamment d'un droit du recourant à une autorisation de séjour ou d'établissement, le Tribunal est tenu, de par la loi, de confirmer ladite mesure.

5.

L'exécution du renvoi est ordonnée si elle est licite, raisonnablement exigible et possible. Dans le cas contraire, le SEM règle les conditions de résidence conformément aux dispositions de la LEtr concernant l'admission provisoire (cf. art. 44 1^{ère} phrase LAsi et art. 83 al. 2 à 4 LEtr sur les notions de licéité, d'exigibilité et de possibilité).

6.

6.1. L'exécution du renvoi est illicite lorsque la Suisse, pour des raisons de droit international public, ne peut contraindre un étranger à se rendre dans un pays donné ou qu'aucun autre Etat, respectant le principe du non-refoulement, ne se déclare prêt à l'accueillir ; il s'agit d'abord de l'étranger reconnu réfugié, mais soumis à une clause d'exclusion de l'asile, et ensuite de l'étranger pouvant démontrer qu'il serait exposé à un traitement prohibé par l'art. 3 CEDH ou encore l'art. 3 Conv. torture.

6.2. En l'occurrence, pour les motifs retenus aux considérants 2 et 3 ci-avant, l'intéressé ne peut valablement se prévaloir ni de l'art. 5 LAsi ni des art. 3 CEDH et Conv. torture.

7.

7.1. Le recourant fait en l'occurrence valoir que l'exécution de son renvoi vers l'Italie emporte violation à son égard du droit au respect de la vie familiale garanti par l'art. 8 CEDH.

7.2. Selon une jurisprudence bien établie du Tribunal fédéral, un étranger peut, selon les circonstances, se prévaloir de l'art. 8 par. 1 CEDH pour s'opposer à l'éventuelle séparation de sa famille. Pour qu'il puisse invoquer la protection de la vie familiale découlant de cette disposition, l'étranger doit, entretenir une relation étroite et effective avec une personne de sa famille ayant le droit de résider durablement en Suisse (cf. ATF 135 I 143 consid. 1.3.1 p. 145; 137 I 284 consid. 1.3 et les arrêts cités; 130 II 281 consid. 3.1 p. 286). Cette relation aura en principe préexisté (cf. notamment arrêts du Tribunal fédéral 2C_555/2011 du 29 novembre 2011 consid. 3.1 et 2C_537/2009 du 31 mars 2010 consid. 3 in fine). A cet égard, il est précisé que la CourEDH distingue les cas de migrants dont la famille existait déjà avant leur arrivée dans l'Etat concerné de ceux qui n'auraient contracté mariage que suite à leur entrée dans cet Etat (cf. arrêt de la CourEDH du 28 mai 1985 Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, requête n° 9214/80; 9473/81; 9474/81, par. 68). En outre, l'art. 8 CEDH ne confère en principe pas un droit à séjourner dans un Etat déterminé. Le fait de refuser un droit de séjour à un étranger dont la famille se trouve en Suisse peut toutefois entraver sa vie familiale et porter ainsi atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par cette disposition (cf. ATF 135 I 143 consid. 1.3.1 p. 145, 153 consid. 2.1 p. 154). En revanche, il n'y a pas atteinte à la vie familiale si l'on peut attendre des membres de la famille qu'ils réalisent leur vie de famille à l'étranger (cf. notamment l'arrêt du TAF D-711/2017 du 19 juillet 2017, consid. 8.2).

7.3.

7.3.1. Le requérant et B. _____ sont mariés depuis le (...) mai 2007. Le SEM a admis ce fait (cf. détermination du 4 août 2015) et le Tribunal ne voit aucune raison de s'éloigner de cette appréciation, étant précisé que le requérant a déposé son certificat de mariage en original. Dans ces conditions, le requérant remplit la première condition mise à la possibilité d'invoquer l'art. 8 CEDH (cf. ATF 127 II 60 consid. 1d/aa p. 65). Etant marié de longue date, il est admis ici qu'il entretient avec son épouse une relation devant être qualifiée d'étroite.

7.3.2. Il convient encore de déterminer si la relation entre les intéressés peut être qualifiée d'effective, ce que nie le SEM, étant donné que le requérant aurait passé plusieurs années séparé de son épouse. A cet égard, le Tribunal relève que pour juger de l'effectivité d'une relation, il y a notamment lieu de tenir compte de la relation familiale antérieure à ces séparations, aux causes de celles-ci ainsi qu'aux circonstances telles qu'elles se dessinent pour l'avenir. Il ressort du dossier que le requérant est

en couple avec B._____, depuis 2003, que les intéressés ont accueilli leur première enfant, C._____ (restée en Erythrée), en (...) 2006, qu'ils ont contracté mariage, en mai 2007, et fait ménage commun jusqu'à la fuite du recourant d'Erythrée, en mai de l'année suivante. Leur première séparation, causée par la nécessité, reconnue, du recourant de fuir son pays, ne saurait lui être reprochée. Aussi, après leurs retrouvailles en Libye, en avril 2009, le recourant et son épouse ont vécu sous le même toit pendant deux ans, avant de se perdre de vue dans le port de Tripoli, en 2011. Certes, des doutes peuvent être exprimés quant à l'allégation du recourant selon laquelle, ignorant qu'ils s'étaient réfugiés en Suisse, il n'aurait eu aucun contact avec son épouse et son fils pendant trois ans. Cela dit, vu le parcours des intéressés, le fait qu'ils formaient déjà un couple bien avant leur départ d'Erythrée et l'existence d'enfants communs, il doit être constaté que la relation entre A._____ et B._____ est effective. Le fait qu'ils aient, dès l'attribution cantonale du recourant, le 7 juillet 2014, repris une vie de famille, et même agrandi celle-ci un peu plus d'un an plus tard, ne fait que le confirmer.

7.3.3. Une relation familiale étroite et effective doit en l'espèce également, et surtout, être constatée entre le recourant et ses deux enfants, âgés aujourd'hui de respectivement huit et deux ans. Tous deux sont nés alors que le recourant et B._____ étaient déjà mariés depuis plusieurs années. Le recourant, a vécu avec son fils D._____ depuis sa naissance en Libye, le (...) décembre 2009, jusqu'à leur séparation dans le port de Tripoli, en mars 2011 (selon avis de recherche de la Croix-Rouge), puis, à nouveau, depuis son attribution au canton de Genève, le 4 juillet 2014. Il doit dès lors être admis que des liens ont pu être tissés entre les intéressés. Au surplus, d'après l'établissement scolaire fréquenté par l'enfant en Suisse, le recourant serait un père présent, inquiet et impliqué envers son enfant. Il conduirait régulièrement celui-ci à l'école et serait toujours présent aux entretiens sollicités par l'enseignante (cf. courriel de la directrice de l'établissement scolaire fréquenté par l'enfant D._____ du 20 août 2015). Le vécu d'une relation effective est aujourd'hui manifeste.

7.3.4. Au vu de ce qui précède, c'est donc à tort que le SEM a nié l'existence d'un lien familial entre le recourant, son épouse et leurs enfants, au sens de l'art. 8 al. 1 CEDH.

7.4.

7.4.1. Le SEM a soutenu, dans la décision querellée, que l'épouse du recourant étant uniquement au bénéfice de l'admission provisoire, elle ne

disposait pas d'un droit de présence assuré en Suisse. Dans son recours, A. _____ a contesté cette motivation, arguant que celle-ci n'était pas conciliable avec les obligations de droit international de la Suisse. Il y a lieu de donner raison au recourant sur ce point.

7.4.2. En effet, en application de la jurisprudence de la CourEDH (cf. arrêt de la CourEDH *Gezginci c. Suisse* du 9 décembre 2010, requête n° 16327/05, arrêt *Mengesha Kimfe c. Suisse* du 29 juillet 2010, requête n°24404/05, arrêt *Agraw c. Suisse* du 29 juillet 2010, requête n° 3295/06), le Tribunal fédéral a tempéré la condition du droit de présence assuré en Suisse (cf. ATF 139 I 37 et ATF 130 II 281 ainsi que les arrêts 2C_639/2012 du 13 février 2013 et 2C_195/2012 du 2 janvier 2013 ; cf. également MINH SON GUYEN, *Le séjour dans l'attente d'une décision, le droit de présence assuré et l'article 8 CEDH*, in *Actualité du droit des étrangers, jurisprudence et analyses*, 2013, volume I). Il a estimé qu'en fonction des circonstances du cas d'espèce, cette condition ne pouvait plus être considérée comme un préalable à l'application de l'art. 8 CEDH. Il a ainsi retenu que dans certains cas, l'application stricte du critère du droit de présence assuré devait s'effacer pour une application de cette disposition tenant plutôt compte de la situation familiale de la personne concernée et d'éventuelles autres circonstances particulières, plutôt que de sa situation du point de vue du droit de l'asile ou du droit des étrangers (cf. arrêt 2C_459/2011 du 26 avril 2012 ; cf. également ATAF 2012/4 consid. 4.4).

Dans son arrêt en l'affaire *Jeunesse c. Pays-Bas* du 3 octobre 2014 (requête n° 12738/10, par. 107 ss), la CourEDH a par ailleurs eu l'occasion de rappeler que, certes, en matière d'immigration, l'art. 8 CEDH ne saurait s'interpréter comme comportant l'obligation générale de respecter le choix, par les couples mariés, de leur pays de résidence et de permettre le regroupement familial sur le territoire de ce pays. Ainsi, l'étendue de l'obligation de 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 au contrôle de l'immigration. Les facteurs à prendre en considération dans ce contexte sont multiples. Il faut voir dans quelle mesure il y a effectivement entrave à la vie familiale et examiner l'étendue des attaches que les personnes concernées ont dans l'Etat. Il faut également déterminer s'il existe ou non des obstacles insurmontables à ce que la famille vive dans le pays d'origine de l'étranger concerné et s'il existe des éléments touchant au contrôle de l'immigration ou des considérations d'ordre public pesant en faveur d'une exclusion. Il importe encore de tenir compte du moment où la vie familiale a débuté et, lorsque des enfants sont concernés, de prendre en compte leur intérêt supérieur.

Sur ce point particulier, la CourEDH rappelle que l'idée selon laquelle l'intérêt supérieur des enfants doit primer dans toutes les décisions qui les concernent fait l'objet d'un large consensus, notamment en droit international. Il doit être accordé à cet intérêt un poids important (cf. en particulier l'arrêt de la CourEDH El Ghatet c. Suisse du 8 novembre 2016, requête n° 56971/10, par. 46, ainsi que les arrêts du Tribunal fédéral 2C_639/2012 du 13 février 2013 consid. 4.3, 2C_520/2016 du 13 janvier 2017 consid. 4.2 et 2C_76/2017 du 1er mai 2017 consid. 3.2.4).

8.

8.1. Au vu des considérations qui précèdent, le Tribunal ne saurait confirmer la décision attaquée, dans laquelle l'autorité de première instance a nié à tort l'existence d'une relation familiale étroite et effective entre le requérant, son épouse et leurs enfants, se dispensant d'examiner le critère de l'existence du droit de présence assuré de ceux-ci en Suisse.

8.2. Il ne peut toutefois être statué en l'état. Comme dit plus haut, le requérant est venu en Suisse dans le but de rejoindre sa famille. Dans certaines circonstances comparables à celles du cas d'espèce, le Tribunal a prononcé le renvoi vers un Etat tiers et requis de requérants la mise en œuvre des dispositions de droit des étrangers applicables. Il ne peut ici, comme exposé ci-dessus, être exigé d'un couple marié depuis plus de dix ans, vivant en ménage commun avec deux enfants depuis plus de trois ans, de se séparer. Il n'en demeure pas moins qu'un examen supplémentaire s'impose, qui n'a pas été effectué par le Tribunal dans le prolongement de la présente procédure, étant rappelé qu'au moment du prononcé de la décision querellée, le requérant pouvait déjà se prévaloir de la protection de sa vie familiale. Lui et son épouse bénéficient tous les deux d'une protection dans des Etats distincts et, de prime abord, il n'est pas exclu pour eux de poursuivre leur vie familiale dans chacun de ces Etats. Dans l'hypothèse où le SEM devrait, au terme de son examen, nier la possibilité pour les intéressés de poursuivre leur vie commune en Suisse, il lui reviendrait, avant de prononcer l'exécution du renvoi, de s'assurer de la réadmission par l'Italie, non seulement de l'intéressé, dont le titre de séjour s'est éteint en 2016, mais aussi de B. _____ et de ses enfants, étant souligné, encore une fois, qu'il ne peut aujourd'hui être exigé des intéressés qu'ils soient séparés, même temporairement.

8.3. Partant, le recours, en tant qu'il porte sur l'exécution de renvoi, doit être admis, la décision querellée annulée et la cause renvoyée au SEM

pour nouvelle décision sur ce point, prenant en considération tous les éléments de fait pertinents.

9.

9.1. A teneur de l'art. 63 al. 1 PA, les frais de procédure sont mis, dans le dispositif, à la charge de la partie qui succombe. Aucun frais n'est mis à la charge de l'autorité inférieure déboutée (cf. art. 63 al. 2 PA).

9.2. En l'espèce, le recourant n'a eu que partiellement gain de cause, de sorte qu'une partie des frais de procédure devrait être mise à sa charge. Toutefois, il a demandé à être mis au bénéfice de l'assistance judiciaire partielle. Les conditions légales étant réunies (cf. art. 65 al. 1 PA), cette demande est admise. Il n'est donc pas perçu de frais.

10.

10.1. Aux termes de l'art. 64 al. 1 PA, l'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause, une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (cf. également art. 7 ss FITAF).

10.2. Sur la base du décompte de prestations du 5 novembre 2014 joint au recours et tenant compte des activités ultérieures de la mandataire nécessaires à la défense de la cause, le montant des dépens est fixé à 1'300 francs.

(dispositif page suivante)

le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté, en tant qu'il porte sur la non-entrée en matière sur la demande d'asile et le principe du renvoi.

2.

Le recours est admis en tant qu'il porte sur l'exécution du renvoi. La décision attaquée est annulée sur ce point et la cause est renvoyée au SEM pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

3.

La demande d'assistance judiciaire partielle est admise.

4.

Il n'est pas perçu de frais de procédure.

5.

Un montant de 1'300 francs est versé au recourant à titre de dépens.

6.

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

Le président du collège :

La greffière :

William Waeber

Camilla Mariéthoz Wyssen

Expédition :