

ATF 147 I 89 | TF, 24.03.2021, 2D\_34/2020\*

*Il n'existe pas de droit à obtenir une autorisation de séjour pour études (art. 27 LEI). Par conséquent, le recours en matière de droit public (art. 82 ss LTF) n'est pas recevable à ce sujet, ce qui ouvre la voie au recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 ss LTF).*

*La pratique consistant à ne pas accorder d'autorisation de séjour pour études aux étrangers de plus de trente ans viole l'interdiction de la discrimination ancrée à l'art. 8 al. 2 Cst. En effet, une telle pratique se fonde de manière déterminante sur le critère de l'âge sans qu'il n'y ait de raison objective justifiant l'utilisation de ce critère.*

#### Faits

En novembre 2019, l'Université de Fribourg admet un ressortissant du Togo, né en 1985, qui souhaite y suivre un master en théologie. Le ressortissant dépose à cette fin une demande d'autorisation d'entrée et de séjour en Suisse au Service de la population et des migrants de l'État de Fribourg. Le Service refuse la demande.

Le Tribunal cantonal fribourgeois rejette le recours du ressortissant togolais au motif que rien ne justifie de s'écarter de la pratique constante qui consiste à refuser l'octroi d'autorisations de séjour pour études aux étrangers de plus de trente ans.

Le ressortissant togolais interjette de ce fait un recours constitutionnel subsidiaire au Tribunal fédéral. Celui-ci doit déterminer, dans un premier temps, s'il existe un droit à l'obtention d'une autorisation de séjour pour études (art. 27 LEI) qui ouvrirait la voie du recours en matière de droit public (art. 82 ss LTF) et qui exclurait le recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 ss LTF). Dans un second temps, le Tribunal fédéral doit établir si la pratique, consistant à refuser toute autorisation au sens de l'art. 27 LEI aux étudiants étrangers de plus de trente ans, est conforme à l'interdiction de la discrimination (art. 8 al. 2 Cst.).

#### Droit

Au stade de la recevabilité, le Tribunal fédéral examine si le recourant a déposé un recours

constitutionnel subsidiaire à juste titre (art. 113 ss LTF). Cette voie de droit suppose que la décision attaquée ne puisse pas faire l'objet d'un recours ordinaire au sens des art. 72 ss LTF (art. 113 LTF a contrario), en l'occurrence d'un recours en matière de droit public (art. 82 ss LTF).

Selon l'art. 83 let. c ch. 2 LTF, le recours en matière de droit public est irrecevable contre les décisions qui relèvent du domaine du droit des étrangers concernant une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit. L'existence d'un droit potentiel à l'autorisation suffit néanmoins pour ouvrir ladite voie du recours.

En l'espèce, le Tribunal fédéral note que le recourant a requis une autorisation de séjour pour études au sens de l'art. 27 al. 1 LEI. De nature potestative, cette disposition ne confère aucun droit à l'obtention d'un permis de séjour. De même, aucun droit potentiel ne peut découler des violations alléguées du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) et de l'interdiction de la discrimination (art. 8 al. 2 Cst.). En effet, le droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) est uniquement une garantie procédurale et il ne peut dès lors en résulter un droit potentiel. Quant à l'interdiction de la discrimination (art. 8 al. 2 Cst.), le Tribunal fédéral juge que le seul fait d'appartenir à un groupe protégé risquant d'être discriminé ne fonde généralement pas de droit potentiel à obtenir une autorisation.

Partant, le Tribunal fédéral conclut que le recours en matière de droit public n'est pas envisageable en vertu de l'art. 83 let. c ch. 2 LTF. Le recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 LTF a contrario) peut donc entrer en ligne de compte.

Le Tribunal fédéral examine dès lors si le recourant dispose d'un intérêt juridiquement protégé au sens de l'art. 115 let. b LTF. Il rappelle qu'en principe tout justiciable a un intérêt à ce que la plus haute autorité judiciaire suisse puisse sanctionner les violations de l'interdiction de la discrimination (art. 8 al. 2 Cst.). Aussi, il constate que le Tribunal cantonal s'est expressément référé à un critère non prévu par l'art. 27 LEI, à savoir l'âge du recourant, pour refuser l'octroi du permis. Ne pouvant pas exclure d'emblée une discrimination, le Tribunal fédéral reconnaît par conséquent au recourant un intérêt juridique protégé à recourir. Les autres conditions de recevabilité étant remplies, le recours est donc recevable.

Sur le fond, le Tribunal cantonal a refusé l'octroi du permis de séjour en se fondant sur la pratique qui consiste à refuser par principe toute autorisation de séjour pour études aux étrangers de plus de trente ans. Se pose ainsi la question de savoir si cette pratique est compatible avec l'interdiction de la discrimination (art. 8 al. 2 Cst.).

Le fait de se fonder sur un des critères prohibés par l'art. 8 al. 2 Cst. fait naître une présomption de différenciation inadmissible. Une justification qualifiée peut néanmoins renverser cette présomption. Il convient donc d'examiner les justifications apportées par l'autorité cantonale quant au bien-fondé de la pratique litigieuse.

Aux yeux du Tribunal cantonal, cette pratique permet premièrement d'appliquer une politique migratoire restrictive et d'assurer le départ des étudiants étrangers après la fin de leur formation.

Dans ce contexte, le Tribunal fédéral évoque que la Suisse ne privilégie pas la venue d'étrangers appartenant à une certaine classe d'âge. La LEI n'impose ainsi aucune limite d'âge générale, minimale ou maximale, en deçà ou au-delà de laquelle une autorisation de séjour déterminée n'entre plus en ligne de compte. La LEI et l'OASA prévoient néanmoins explicitement quelques cas exceptionnels justifiés par la nature même des autorisations en question. La pratique litigieuse ne s'inscrit pas parmi ces exceptions. En effet, les autorisations de séjour pour études s'adressent aussi aux personnes plus âgées souhaitant poursuivre une formation en Suisse. Cette idée se dégage clairement de l'art. 27 LEI qui ne distingue pas les cas d'autorisations de séjour en vue d'une première « formation » en Suisse de celles en vue d'une « formation continue ».

Aussi, le Tribunal fédéral note qu'à l'origine cette pratique visait à concrétiser l'une des conditions légales à l'octroi des autorisations de séjour pour études – actuellement abrogée – à savoir celle de l'assurance du départ de la Suisse au terme des études (art. 27 al. 1 let. d aLEtr). Cette condition supposait que le risque de vouloir rester en Suisse à la fin des études augmentait avec l'âge. Aux yeux du Tribunal fédéral, un tel postulat ne reste qu'une supposition qu'on ne peut généraliser.

En l'espèce, rien ne permet de conclure que le recourant ne rentrera pas au Togo au terme

de ses études. Il ne se justifie dès lors pas de lui refuser l'autorisation de séjour par crainte qu'il ne reparte pas à la fin de celles-ci.

Le Tribunal cantonal justifie la pratique litigieuse par un second motif : il estime qu'elle permet de donner la priorité aux jeunes étudiants désirant débiter ou mener à terme une première formation en Suisse.

Le Tribunal fédéral relève que le domaine de la formation contient de nombreuses distinctions du fait de l'âge. Ces dernières ne violent néanmoins pas le principe de l'interdiction de la discrimination si elles se fondent sur des objectifs légitimes. Dans ce sens, le Tribunal fédéral rappelle qu'il a admis une mesure dont l'objectif était de limiter les dépenses étatiques et d'utiliser les moyens disponibles avant tout pour les jeunes souhaitant débiter une première formation. Toutefois, cette justification n'est pas transposable au cas d'espèce. En effet, l'octroi d'autorisations de séjour pour études n'étant soumis à aucun contingentement, son refus à une personne étrangère de plus de trente ans n'empêche concrètement pas une personne étrangère de moins de trente ans à commencer ses études. L'Université de Fribourg ne semble pas non plus avoir mis en place un *numerus clausus* pour la formation en question. Il n'appartient dès lors pas aux autorités cantonales du droit des migrations d'imposer elles-mêmes aux hautes écoles et à leurs collectivités responsables une politique d'admission en fonction de l'âge que celles-ci ne souhaitent pas. Un tel droit relève de l'autonomie des hautes écoles et de leurs collectivités responsables (art. 63a Cst.).

Au vu de ce qui précède, le Tribunal fédéral admet le recours et annule l'arrêt cantonal attaqué. Il renvoie la cause à l'autorité précédente afin qu'elle réexamine l'affaire sans tenir compte de l'âge du recourant.

Proposition de citation : ELENA TURRINI, Pratique relative à l'autorisation de séjour pour études conforme à l'interdiction de la discrimination ?, in: <https://lawinside.ch/1066/>