

Urteilkopf

147 I 89

6. Extrait de l'arrêt de la IIe Cour de droit public dans la cause A. contre Service de la population et des migrants du canton de Fribourg (recours constitutionnel subsidiaire) 2D_34/2020 du 24 mars 2021

Regeste (de):

Art. 8 Abs. 2 BV; Art. 27 AIG; Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung zu Studienzwecken; Diskriminierung aufgrund des Alters.

Zusammenfassung der Rechtsprechung zum Schutzbereich von Art. 8 Abs. 2 BV betreffend Diskriminierung aufgrund des Alters (E. 2.1 und 2.2). Darstellung der bestehenden Verwaltungspraxis, wonach grundsätzlich keine Aufenthaltsbewilligungen zu Studienzwecken an ausländische Personen über 30 Jahre erteilt werden (E. 2.3 und 2.4). Soweit die vorliegende Weigerung, dem Beschwerdeführer eine solche Bewilligung zu erteilen, nur auf dieser Praxis beruht, rechtfertigt sie sich weder durch den Willen, eine restriktive Migrationspolitik zu verfolgen und sicherzustellen, dass ausländische Studierende nach Ende ihrer Ausbildung die Schweiz wieder verlassen (E. 2.5 und 2.6), noch durch das Interesse an der Ankunft junger Studierender zu privilegieren (E. 2.7 und 2.8). Es liegt daher eine Verletzung von Art. 8 Abs. 2 BV vor (E. 2.9).

Regeste (fr):

Art. 8 al. 2 Cst.; art. 27 LEI; refus d'autorisation de séjour pour études; discrimination en raison de l'âge.

Rappel de la jurisprudence sur la protection offerte par l'art. 8 al. 2 Cst. lors de discriminations du fait de l'âge (consid. 2.1 et 2.2). Présentation de la pratique administrative consistant à n'accorder en principe aucune autorisation de séjour pour études aux personnes étrangères de plus de 30 ans (consid. 2.3 et 2.4). En l'occurrence, le refus d'octroyer une telle autorisation au recourant, en tant qu'il se fonde uniquement sur cette pratique, ne se justifie ni par la volonté d'appliquer une politique migratoire restrictive et d'assurer le départ des étudiants étrangers à la fin de leur formation en Suisse (consid. 2.5 et 2.6), ni par l'intérêt à privilégier la venue de jeunes étudiants (consid. 2.7 et 2.8). Il viole partant l'art. 8 al. 2 Cst. (consid. 2.9).

Regesto (it):

Art. 8 cpv. 2 Cost.; art. 27 LStrl; rifiuto di un'autorizzazione di soggiorno per motivi di studio; discriminazione in ragione dell'età.

Richiamo della giurisprudenza sulla protezione offerta dall'art. 8 cpv. 2 Cost. in relazione a discriminazioni in ragione dell'età (consid. 2.1 e 2.2). Presentazione della prassi amministrativa consistente nel non accordare di principio nessuna autorizzazione di soggiorno per motivi di studio alle persone straniere di più di 30 anni (consid. 2.3 e 2.4). Nella misura in cui si fonda solo su questa prassi, il rifiuto di accordare una simile autorizzazione al ricorrente non si giustifica né con la volontà di applicare una politica migratoria restrittiva e di assicurare la partenza di studenti stranieri alla fine della loro formazione in Svizzera (consid. 2.5 e 2.6), né con l'interesse a privilegiare l'arrivo di studenti giovani (consid. 2.7 e 2.8). Esso viola pertanto l'art. 8 cpv. 2 Cost. (consid. 2.9).

Sachverhalt ab Seite 90

BGE 147 I 89 S. 90

A. A., ressortissant du Togo, né en 1985, est titulaire d'un bachelor en théologie obtenu en juin 2017

dans son pays d'origine. Depuis son ordination en tant que prêtre le 15 juillet 2017, il exerce comme vicaire auprès de la Paroisse de Tokpli, au Togo. Le 14 novembre 2019, il a été admis à l'Université de Fribourg afin de pouvoir suivre un master en théologie. Le 16 décembre 2019, l'Oeuvre Saint-Justin lui a octroyé une bourse valable du 1^{er} janvier 2020 au 31 décembre 2021, s'engageant à prendre en charge ses frais d'études, de pension complète, d'assurance-maladie et le matériel d'études.

B. Le 8 janvier 2020, A. a déposé une demande d'autorisation d'entrée et de séjour en Suisse, afin d'effectuer le master en théologie précité. Par décision du 13 février 2020, le Service de la population et des migrants de l'Etat de Fribourg (ci-après: le Service cantonal) a refusé de délivrer l'autorisation requise. Par mémoire du 13 mars 2020, A. a recouru auprès du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg (ci-après: le Tribunal cantonal) contre la décision du Service cantonal. Il concluait, principalement, à l'octroi d'une autorisation de séjour pour études et, subsidiairement, au renvoi du dossier à l'autorité intimée pour nouvelle décision. Le Tribunal cantonal a rejeté le recours de A. par arrêt du 8 juin 2020. Il a considéré, en substance, qu'il n'existait aucune raison de déroger à la pratique constante de refuser toute autorisation de séjour pour études aux étrangers de plus de 30 ans, étant précisé que l'intéressé avait en l'occurrence 35 ans et qu'il exerçait déjà une activité lucrative dans son pays au bénéfice d'un bachelor en théologie.

C. En date du 28 juillet 2020, A. (ci-après: le recourant) dépose un recours constitutionnel subsidiaire auprès du Tribunal fédéral contre l'arrêt du Tribunal cantonal du 8 juin 2020. Il conclut à l'annulation de celui-ci et au renvoi de la cause à l'autorité précédente, afin que celle-ci procède à "une pesée globale et minutieuse des intérêts en présence, en vue de rendre une nouvelle décision dûment motivée". Le Service cantonal comme le Tribunal cantonal ont renoncé à formuler des observations sur le recours, se référant entièrement aux considérants de l'arrêt attaqué. Invité à se déterminer en la cause par ordonnance du 11 janvier 2021, le Secrétariat d'Etat aux migrations n'a pas déposé d'observations sur le recours.

BGE 147 I 89 S. 91

Erwägungen

Extrait des considérants:

1. Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence (art. 29 al. 1 LTF). Il contrôle librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 141 II 113 consid. 1).

1.1 Le recourant a déposé un recours constitutionnel subsidiaire à l'encontre d'un arrêt du Tribunal cantonal fribourgeois qui lui refuse une autorisation de séjour pour études en Suisse. Cet arrêt cantonal constitue une décision finale (art. 90 LTF en lien avec l'art. 117 LTF) rendue par une autorité cantonale supérieure de dernière instance (art. 86 al. 1 let. d et al. 2 LTF en lien avec l'art. 114 LTF) contre laquelle un recours constitutionnel subsidiaire peut être formé sur le principe. Cette voie de droit suppose toutefois que la décision attaquée ne puisse faire l'objet d'aucun recours ordinaire au Tribunal fédéral au sens des art. 72 à 89 LTF (cf. art. 113 LTF a contrario). Comme la décision attaquée relève en l'espèce du droit des migrations, il convient d'examiner si la voie du recours en matière de droit public est ouverte en la cause.

1.1.1 En l'occurrence, d'après l'art. 83 let. c ch. 2 LTF, le recours en matière de droit public est irrecevable contre les décisions dans le domaine du droit des étrangers qui concernent une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit. Cela signifie a contrario que cette voie de recours est ouverte si l'intéressé peut se prévaloir d'un droit à l'obtention de l'autorisation sollicitée. Selon la jurisprudence, il suffit qu'il existe un droit potentiel à l'autorisation, étayé par une motivation soutenable, pour que l'art. 83 let. c ch. 2 LTF ne s'applique pas et, partant, qu'un recours en matière de droit public soit envisageable (ATF 139 I 330 consid. 1.1 et références citées).

1.1.2 L'autorisation de séjour pour études réclamée par le recourant est réglée à l'art. 27 al. 1 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (LEI; RS 142.20). Cette disposition prévoit qu'un étranger "peut", à certaines conditions, être admis à séjourner en Suisse en vue d'une formation ou d'une formation continue. De nature potestative, cette norme ne confère toutefois aucun droit à l'obtention d'un permis de séjour pour études, de sorte que le refus d'un tel permis ne peut en principe pas faire l'objet d'un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral en application de l'art. 83 let. c ch. 2 LTF (cf. notamment arrêt 2D_64/2014 du

BGE 147 I 89 S. 92

2 avril 2015 consid. 4). Le recourant, qui n'invoque aucune violation de l'art. 27 LEI dans son recours, ne prétend pas le contraire.

1.1.3 Dans son mémoire, le recourant affirme uniquement que l'arrêt cantonal attaqué aurait été rendu

en violation de son droit d'être entendu garanti à l'art. 29 al. 2 Cst. et qu'il violerait également l'art. 8 al. 2 Cst., qui interdit toute discrimination du fait de l'âge. L'intéressé ne peut manifestement tirer aucun droit potentiel à l'obtention d'une autorisation de séjour de son droit d'être entendu protégé par l'art. 29 al. 2 Cst., qui constitue uniquement une garantie de nature procédurale. Reste à déterminer si un tel droit peut être déduit de l'interdiction de la discrimination ancrée à l'art. 8 al. 2 Cst.

1.1.4 D'après l'art. 8 al. 2 Cst., nul ne doit subir de discrimination du fait, notamment, de son origine, de sa race, de son sexe, de son âge, de sa langue, de sa situation sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques, ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique. Selon la jurisprudence, le seul fait d'appartenir à un groupe protégé risquant d'être discriminé selon la Constitution fédérale ne fonde cependant pas un droit potentiel à l'obtention ou au maintien d'une autorisation de séjourner en Suisse (cf. ATF 126 II 377 consid. 6; arrêts 2D_34/2019 du 21 août 2019 consid. 3.2; 2D_13/2007 du 14 mai 2007 consid. 2.1; 2A.471/2001 du 29 janvier 2002 consid. 2c). Cela étant, le Tribunal fédéral n'a jamais exclu que l'interdiction de la discrimination - contrairement au principe d'égalité devant la loi inscrit à l'art. 8 al. 1 Cst. - puisse éventuellement, en fonction des circonstances, fonder un droit potentiel à l'obtention d'une autorisation de séjour ouvrant la voie du recours en matière de droit public (cf. ATF 133 I 185 consid. 6.2; aussi arrêts 2D_8/2010 du 29 mars 2010 consid. 2.1; 2C_738/2009 du 30 novembre 2009; 2D_66/2009 du 17 décembre 2009). Il n'a cependant encore jamais reconnu un tel droit, qu'il a toujours nié compte tenu des cas d'espèce (cf. arrêts précités).

1.1.5 En l'occurrence, dans son mémoire, le recourant se plaint du fait que son âge ait été "considéré de manière déterminante comme une circonstance personnelle ayant conduit au refus de lui accorder une autorisation de séjour [pour études]", alors même qu'il remplit toutes les conditions légales de base nécessaires prévues à l'art. 27 LEI. Ce faisant, il soutient que sa cause a fait l'objet d'un examen fondé sur un critère extra-légal discriminatoire ou, à tout le moins, suspect au sens de l'art. 8 al. 2 Cst. Il prétend ainsi avoir droit au
BGE 147 I 89 S. 93

réexamen de sa cause par l'autorité précédente à l'aune de critères non discriminatoires. En revanche, il n'affirme pas ni ne rend plausible qu'il jouirait d'un droit potentiel à l'obtention d'une autorisation de séjour pour études. A cela s'ajoute qu'il n'apparaît pas manifeste qu'un tel droit puisse être tiré de l'art. 8 al. 2 Cst. Il n'est pas exclu que l'autorité précédente puisse refuser toute autorisation de séjour pour études au recourant en tenant compte d'autres critères que son âge, en application de son large pouvoir d'appréciation en la matière. Dans ces circonstances, la voie du recours en matière de droit public se révèle fermée en application de l'art. 83 let. c ch. 2 LTF.

1.2 Dès lors que la voie du recours en matière de droit public n'est pas ouverte, celle du recours constitutionnel subsidiaire, choisie par le recourant, peut entrer en ligne de compte (art. 113 LTF a contrario). Il s'agit cependant de vérifier que le recours déposé remplit les autres conditions de recevabilité spécifiques à cette voie de droit, notamment celles relatives à la qualité pour recourir.

1.2.1 La qualité pour former un recours constitutionnel subsidiaire suppose non seulement que le recourant ait pris part, comme en l'espèce, à la procédure devant l'autorité précédente ou ait été privé de la possibilité de le faire, mais aussi que l'intéressé jouisse d'un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée (art. 115 let. b LTF).

1.2.2 En l'occurrence, le recourant ne peut pas invoquer de manière indépendante l'interdiction de l'arbitraire ni le principe d'égalité de traitement, qui, à eux seuls, ne fondent aucune position juridique protégée invocable dans le cadre d'un recours constitutionnel subsidiaire (ATF 138 I 305 consid. 1.3; ATF 133 I 185 consid. 6). Il ne le fait d'ailleurs pas. Il s'agit en revanche d'examiner si l'intéressé peut se prévaloir d'un intérêt juridiquement protégé lui conférant la qualité pour recourir au sens de l'art. 115 let. b LTF en lien avec l'un des droits constitutionnels dont il invoque la violation dans son mémoire, soit, en particulier, le principe de non-discrimination.

1.2.3 De manière générale, le Tribunal fédéral entre en matière sur les recours constitutionnels subsidiaires dirigés contre des décisions cantonales ne pouvant faire l'objet d'aucun recours en matière de droit public au sens de l'art. 83 LTF, lorsqu'il leur est reproché de reposer sur une motivation contraire au principe d'interdiction de la discrimination ancré à l'art. 8 al. 2 Cst., étant précisé que cette
BGE 147 I 89 S. 94

disposition constitutionnelle offre une protection accrue par rapport au principe général de l'égalité de traitement consacré à l'art. 8 al. 1 Cst. (cf. sur ce dernier point ATF 147 I 1 consid. 5.2; ATF 138 I 217 consid. 3.3.5). Dans une telle hypothèse, le Tribunal fédéral reconnaît en effet l'existence d'un intérêt juridiquement protégé pour le recourant à faire vérifier que l'autorité inférieure n'a pas violé la disposition précitée en se laissant guider de manière déterminante par un critère potentiellement discriminatoire, et ce même si l'admission du recours sur ce point ne doit finalement conduire qu'au

renvoi de la cause pour réexamen (cf. arrêts 1D_19/2007 du 16 décembre 2008 consid. 1 et 7, non publiés in ATF 135 I 49, et 1D_11/2007 du 27 février 2008 consid. 1 et 6, non publiés in ATF 134 I 56). Considérant l'intérêt à ce que le Tribunal fédéral puisse sanctionner les violations de l'interdiction de la discrimination, la jurisprudence garantit ainsi à tout justiciable le droit de faire contrôler par la plus haute autorité judiciaire du pays qu'une décision cantonale le concernant ne se fonde pas sur des considérations discriminatoires (cf. ATF 147 I 1 consid. 3.2; ATF 129 I 217 consid. 1.1). Il s'ensuit qu'un étranger jouit de la faculté de se plaindre par la voie du recours constitutionnel subsidiaire qu'un refus d'autorisation de séjour en Suisse viole l'interdiction de la discrimination, lorsqu'il n'existe aucun droit à l'obtention de cette autorisation et que, pour ce motif, un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral est d'emblée exclu (cf. JEANNERAT/MAHON, in Code annoté de droit des migrations, Vol. II: Loi sur les étrangers [LEtr], Nguyen/Amarelle [éd.], 2017, n os 22 s. ad art. 112 LEtr).

1.2.4 En l'occurrence, le Tribunal cantonal s'est très clairement référé à un critère non prévu par la loi, s'avérant de prime abord discriminatoire - soit l'âge du recourant -, pour justifier son refus de délivrer une autorisation de séjour pour études au sens de l'art. 27 al. 1 LEI (cf. infra consid. 2.3). Il ne peut donc être d'emblée exclu que l'autorité précédente ait violé l'interdiction de la discrimination ancrée à l'art. 8 al. 2 Cst., de sorte qu'il faut reconnaître au recourant un intérêt juridique protégé à recourir auprès du Tribunal fédéral. Relevons que la présente cause se distingue d'autres cas où la Cour de céans a dénié tout intérêt juridiquement protégé à des étrangers qui se plaignaient de discrimination après un refus d'octroi ou de prolongation d'autorisations de séjour. Dans ces affaires, le grief d'une violation de l'art. 8 al. 2 Cst. apparaissait manifestement infondé, puisque le refus d'autorisation de séjour litigieux découlait

BGE 147 I 89 S. 95

en réalité de l'application d'un critère assurément non discriminatoire au sens de la Constitution fédérale (soit l'arrêt de toute activité lucrative; cf. arrêts 2D_34/2019 du 21 août 2019 consid. 4; 2D_13/ 2007 du 14 mai 2007 consid. 2.2) ou se fondait sur un critère certes suspect (en rapport avec la nationalité ou la situation sociale des intéressés ou de leurs proches), mais que le Tribunal fédéral était de toute façon tenu de respecter en raison de l'immunité constitutionnelle des lois fédérales (cf. art. 190 Cst.; arrêts 2D_22/2016 du 13 juin 2016 consid. 2.2 et 2.3; 2C_885/2016 du 22 septembre 2016 consid. 2.3 et 2.4), ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

1.2.5 Le présent recours a pour le reste été formé en temps utile compte tenu des fêtes estivales (art. 100 al. 1 en lien avec l'art. 46 al. 1 let. b et 117 LTF). Il respecte également les conditions de formes imposées à l'art. 42 LTF. Le recourant formule certes uniquement des conclusions en renvoi, alors que le recours constitutionnel subsidiaire, à l'instar du recours en matière de droit public, se caractérise comme un recours en réforme (art. 107 al. 2 en lien avec l'art. 117 LTF). De telles conclusions sont néanmoins admissibles car, en cas d'admission du recours, il conviendrait de se demander si les circonstances justifient la délivrance d'une autorisation de séjour au sens de l'art. 27 LEI, dans le respect des conditions posées par cette disposition, mais indépendamment de l'âge du recourant, ce à quoi il n'appartiendrait pas au Tribunal fédéral de procéder en première instance, afin, notamment, de préserver le pouvoir d'appréciation des autorités précédentes en la matière (cf. ATF 137 II 313 consid. 1.3; ATF 136 V 131 consid. 1.2).

1.3 Sur le vu de ce qui précède, le recours constitutionnel subsidiaire est recevable.

2. Le litige suppose d'examiner sur le fond si le refus d'autorisation de séjour pour études signifié au recourant viole l'interdiction de la discrimination liée à l'âge ancrée à l'art. 8 al. 2 Cst., ainsi que le prétend le recourant dans son recours.

2.1 Selon l'art. 8 al. 2 Cst., nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, de son sexe, de son âge, de sa langue, de sa situation sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques, ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique. Une discrimination au sens de l'art. 8 al. 2 Cst. est réalisée lorsqu'une personne est juridiquement traitée de manière différente uniquement en raison de son

BGE 147 I 89 S. 96

appartenance à un groupe déterminé historiquement ou dans la réalité sociale contemporaine, mise à l'écart ou considérée comme de moindre valeur. La discrimination constitue une forme qualifiée d'inégalité de traitement de personnes dans des situations comparables, dans la mesure où elle produit sur un être humain un effet dommageable, qui doit être considéré comme un avilissement ou une exclusion, car elle se rapporte à un critère de distinction qui concerne une part essentielle de l'identité de la personne intéressée ou à laquelle il lui est difficilement possible de renoncer (ATF 143 I 129 consid. 2.3.1 et références citées). Toutefois l'interdiction de la discrimination au sens du droit constitutionnel suisse ne rend pas absolument inadmissible le fait de se fonder sur l'un des critères

prohibés énumérés de manière non exhaustive par l'art. 8 al. 2 Cst. L'usage d'un tel critère fait naître une présomption de différenciation inadmissible qui ne peut être renversée que par une justification qualifiée: la mesure litigieuse doit poursuivre un intérêt public légitime et primordial, être nécessaire et adéquate et respecter dans l'ensemble le principe de la proportionnalité (ATF 147 I 1 consid. 5.2; ATF 145 I 73 consid. 5.1; ATF 143 I 129 consid. 2.3.1).

2.2 Le Tribunal fédéral, à l'instar de la doctrine, admet que les critères susceptibles de fonder une discrimination prohibée au sens de l'art. 8 al. 2 Cst. n'ont pas exactement tous la même portée. Si des distinctions fondées sur le genre, la race et la religion sont interdites dans leur principe et nécessitent toujours une justification qualifiée, ainsi que cela vient d'être dit, il n'en va pas forcément de même des distinctions opérées en fonction de l'âge, qui présentent une nature quelque peu différente. Ce dernier critère ne se rattache pas à un groupe qui, historiquement, aurait été déprécié ou mis à l'écart de la vie sociale et politique (ATF 138 I 265 consid. 4.3; arrêt 8C_1074/2009 du 2 décembre 2010 consid. 3.4.3; voir les références doctrinales citées dans les arrêts précités). Il s'agit plutôt d'une forme de discrimination atypique, qui se rapproche en pratique des situations d'inégalité de traitement prohibées par l'art. 8 al. 1 Cst., étant précisé que l'ordre juridique connaît de nombreuses différences de traitement du fait de l'âge (ATF 147 I 1 consid. 5.2). La protection offerte par l'art. 8 al. 2 Cst. en cas de discrimination liée à l'âge n'en reste pas moins différente de celle que confère l'art. 8 al. 1 Cst. Elle implique un examen de proportionnalité plus strict que celui exigé par cette dernière disposition au moment de vérifier si
BGE 147 I 89 S. 97

la différence de traitement considérée repose sur des motifs objectifs suffisants, afin de tenir compte de la mention de l'âge dans le catalogue des critères discriminatoires (ATF 147 I 1 consid. 5.2; ATF 138 I 265 consid. 4.3; arrêt 8C_1074/2009 du 2 décembre 2010 consid. 3.4.3). En somme, le seuil de justification d'une différenciation fondée sur un critère visé par l'art. 8 al. 2 Cst. peut s'avérer plus ou moins haut selon le critère discriminatoire concrètement utilisé, mais il est en tous les cas plus élevé que lors d'une simple inégalité de traitement au sens de l'art. 8 al. 1 Cst. (ATF 147 I 1 consid. 5.2; ATF 138 I 217 consid. 3.3.5).

2.3 En l'occurrence, il ressort de l'arrêt attaqué que le recourant, qui exerce actuellement une activité de prêtre dans un diocèse togolais, a requis une autorisation de séjour pour études en vue de suivre un master en théologie à l'Université de Fribourg et que ce cursus est censé compléter son bachelors obtenu dans la même matière au Togo. L'autorité précédente a laissé ouverte la question de savoir si l'intéressé remplissait toutes les conditions imposées à l'art. 27 LEI pour l'octroi d'une telle autorisation. Il a considéré qu'il convenait en tous les cas de refuser celle-ci compte tenu, avant tout, de la pratique développée en la matière par les autorités compétentes. A cet égard, le Tribunal cantonal a rappelé qu'il fallait donner la priorité aux jeunes étudiants désireux d'acquies une première formation en Suisse et, lorsque ces derniers étaient déjà au bénéfice d'une première formation, à ceux qui envisageaient d'accomplir un perfectionnement professionnel en prolongement direct de leur formation de base. La pratique était dès lors de refuser toute autorisation de séjour aux étudiants étrangers âgés de plus de 30 ans qui voulaient commencer une nouvelle formation en Suisse, sauf exceptions dûment motivées. Elle était en l'occurrence pleinement applicable au recourant qui était âgé de 35 ans et qui ne démontrait pas la nécessité qu'il avait de poursuivre ses études de théologie en Suisse. En définitive, il découle de l'arrêt attaqué que le Tribunal cantonal a rendu sa décision en se fondant uniquement - ou du moins de manière prépondérante - sur l'âge du recourant. Il apparaît en outre que cette autorité aurait pu envisager d'octroyer l'autorisation de séjour requise - devant permettre à ce dernier d'accomplir un master en théologie en prolongement de sa formation de base - si elle n'avait pas appliqué scrupuleusement la pratique administrative consistant à refuser toute autorisation de séjour pour études aux personnes étrangères de plus de 30 ans. Reste à déterminer si cette pratique,

BGE 147 I 89 S. 98

par ailleurs codifiée dans les directives et commentaires du Secrétariat du SEM relevant du domaine des étrangers (Directives LEI, Version remaniée et unifiée, octobre 2013, actualisé le 1^{er} novembre 2019, ch. 5.1.1.5), est conforme à l'art. 8 al. 2 Cst.

2.4 Dans son arrêt, le Tribunal cantonal fournit une double justification à la pratique litigieuse de ne pas accorder d'autorisations de séjour pour études aux requérants étrangers âgés de plus de 30 ans. Il explique tout d'abord que l'expérience démontrerait que les étudiants étrangers admis à séjourner sur sol helvétique ne saisiraient pas toujours l'aspect temporaire de leur séjour en Suisse et qu'ils chercheraient, une fois le but de leur séjour atteint, à demeurer dans le pays par tous les moyens. Afin de prévenir les abus, les autorités seraient donc tenues de faire preuve de rigueur, en particulier avec les personnes âgées de plus de 30 ans. A cet égard, l'arrêt attaqué se réfère à divers arrêts du

Tribunal administratif fédéral - sans en reprendre le contenu - dont il ressort notamment que le départ d'un étudiant étranger serait généralement mieux assuré lorsque celui-ci est encore relativement jeune à la fin de ses études en Suisse (cf. la référence particulière à l'arrêt du Tribunal administratif fédéral C-482/2006 du 27 février 2008). Le Tribunal cantonal soutient aussi que le fait de ne pas délivrer d'autorisations de séjour pour études aux étudiants de plus de 30 ans permettrait d'assurer de meilleures possibilités d'accueil pour les jeunes étudiants étrangers. Il s'agirait de réserver les autorisations et, partant, le peu de places disponibles aux personnes qui ne disposeraient pas encore d'une formation supérieure et dont les perspectives d'avenir seraient pleinement ouvertes. En résumé, le Tribunal cantonal motive sa pratique de refuser toute autorisation de séjour pour études aux étrangers de plus de 30 ans par un double intérêt: premièrement, celui d'appliquer une politique restrictive en matière de migration, assurant un départ de Suisse des étudiants étrangers après la fin de leur formation, et, secondement, celui de donner la priorité aux jeunes étudiants qui désirent débiter ou mener à terme une première formation en Suisse.

2.5 De manière générale, il est reconnu que la Suisse ne peut pas accueillir tous les étrangers qui souhaitent venir dans le pays, que ce soit pour des séjours de courte ou de longue durée, raison pour laquelle il peut être légitime d'appliquer une politique restrictive d'octroi d'autorisations de séjour (cf. notamment art. 3 al. 3 LEI et ATF 122 II 1 consid. 3a). Cela étant, dans le cadre de sa politique BGE 147 I 89 S. 99

migratoire, la Suisse ne privilégie pas la venue d'étrangers appartenant à une classe d'âge déterminée par rapport à une autre. La LEI n'impose en principe aucune limite d'âge générale au-delà de laquelle une autorisation de séjour déterminée n'entrerait plus en ligne de compte, ni un âge minimal avant lequel l'octroi d'une autorisation de séjour serait d'emblée exclu. Le droit interne ne fixe que quelques rares conditions d'âge en lien avec le regroupement familial d'enfants, ainsi que pour l'établissement de rentiers. Aucune autorisation pour regroupement familial ne peut ainsi être octroyée en règle générale aux enfants qui ont plus de 18 ans (cf. art. 42 ss LEI; respectivement 21 ans s'agissant d'enfants de ressortissants de l'Union européenne), ni aucune autorisation pour rentiers aux personnes de moins de 55 ans (cf. art. 28 let. a LEI en lien avec l'art. 25 al. 1 de l'ordonnance fédérale du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative [OASA; RS 142.201]). L'OASA ne fixe pour sa part aucune autre condition d'âge pour l'obtention d'une quelconque autorisation de séjour, sauf pour les jeunes personnes placées "au pair", qui doivent avoir entre 18 et 25 ans (cf. art. 48 al. 1 let. c OASA). Les rares limites d'âge susmentionnées, directement prévues par la LEI et l'OASA, ne peuvent être qualifiées de discriminatoires. Elles découlent de la nature même des autorisations auxquelles elles se rapportent. Tel n'est en revanche pas le cas de la pratique administrative litigieuse, consistant à n'octroyer des autorisations de séjour pour études qu'aux seules personnes étrangères de moins de 30 ans. Ce genre d'autorisations peut aussi viser des personnes plus âgées intéressées à suivre une formation en Suisse. L'art. 27 LEI part d'ailleurs clairement de cette idée, puisqu'il règle indifféremment le cas des autorisations de séjour en vue d'une première "formation" en Suisse et celui des autorisations en vue d'une "formation continue", laquelle s'adresse généralement à des personnes insérées dans la vie professionnelle et bénéficiant déjà d'une première formation aboutie (" Weiterbildung " et " formazione continua " dans les versions allemande et italienne; "perfectionnement" selon l'art. 27 LEtr en vigueur jusqu'au 31 décembre 2016 [RO 2007 5437]).

2.6 Comme on l'a déjà évoqué, la pratique de ne pas accorder d'autorisations de séjour pour études aux étrangers de plus de 30 ans n'a pas été développée afin de limiter le nombre d'étudiants étrangers en Suisse, mais plutôt dans le but d'éviter qu'un grand nombre de ceux-ci ne quittent pas le pays au terme de leurs études. A son BGE 147 I 89 S. 100

origine, cette pratique visait en effet à concrétiser l'une des conditions légales à l'octroi d'autorisations de séjour pour études - aujourd'hui abrogée - qui exigeait qu'une autorisation ne soit délivrée à un étranger que s'il paraissait "assuré qu'il quittera[it] la Suisse" (cf. art. 27 al. 1 let. d LEtr; RO 2007 5437). On considèrerait alors que le risque pour un étranger de vouloir rester en Suisse à la fin de ses études augmentait avec l'âge (cf. MARC SPESCHA, in Migrationsrecht, Spescha et al. [éd.], 5 e éd. 2019, n° 8 ad art. 27 LEI; MINH SON NGUYEN, in Code annoté de droit des migrations, Vol. II: Loi sur les étrangers [LEtr], Nguyen/Amarelle [éd.], 2017, n° 31 ad art. 27 LEtr). Dès lors que le législateur a décidé de supprimer l'exigence légale d'"assurance d'un départ" de l'art. 27 LEI avec effet au 1 er janvier 2011, on pourrait se demander s'il est toujours justifié de n'octroyer aucune autorisation de séjour pour études à des étudiants de plus de 30 ans par crainte qu'ils ne veuillent plus quitter la Suisse (dans ce sens, SPESCHA, op. cit., n° 8 ad art. 27 LEI; voir cependant aussi art. 27 al. 3 LEI et art. 23 al. 2 OASA; Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 5 novembre 2009 sur l'initiative parlementaire "Faciliter l'admission et l'intégration

des étrangers diplômés d'une haute école suisse", FF 2010 373, spéc. 385). La question peut toutefois rester ouverte. Le postulat selon lequel le retour d'un étudiant étranger de moins de 30 ans serait généralement mieux assuré que celui d'une personne plus âgée n'est rien d'autre qu'une supposition (cf. arrêts du Tribunal administratif fédéral C-1454/2009 du 7 décembre 2009 consid. 7.3 et C-482/2006 du 27 février 2008 consid. 7.2). En l'état, il faut dès lors convenir qu'elle se fonde sur un stéréotype dont on peut douter - si ce n'est de sa pertinence - qu'il soit généralisable (cf. dans ce sens NGUYEN, op. cit., n° 33 ad art. 27 LEI). En l'occurrence, le Tribunal cantonal a souligné dans son arrêt qu'il ne pouvait être reproché au recourant de chercher à éluder les prescriptions générales sur l'admission et le séjour des étrangers. Il a également indiqué que l'on ne pouvait aucunement douter de la ferme intention de l'intéressé de rentrer au Togo après son master, ce afin de mettre les connaissances qu'il aurait acquises au profit de son diocèse, lequel est à l'origine de sa démarche. Il ne se justifie ainsi aucunement de refuser une autorisation de séjour au recourant par crainte qu'il ne parte pas immédiatement de Suisse après ses études, ni partant de lui appliquer la pratique prévalant pour les étrangers de plus de 30 ans qui est précisément fondée sur cette crainte, au risque

BGE 147 I 89 S. 101

sinon de se laisser guider par des préjugés non seulement discriminatoires, mais également manifestement contraires au cas d'espèce.

2.7 Reste encore à déterminer si, comme l'avance le Tribunal cantonal, la fixation d'un âge limite de 30 ans en matière d'autorisations de séjour pour études et, partant, la décision attaquée peuvent se justifier par la volonté de privilégier la présence de jeunes étudiants étrangers dans les hautes écoles suisses par rapport à des personnes plus âgées. Relevons d'emblée que les distinctions du fait de l'âge sont effectivement légion dans le domaine de la formation en Suisse qui, sur ce point, se différencie nettement du droit des étrangers. Il n'est par exemple pas rare que des bourses et autres aides aux études et à la recherche, de même que certains types de postes au sein des hautes écoles, soient soumis à une limite d'âge oscillant entre 30 et 40 ans. Ces limites d'âge désavantagent les personnes qui présentent un cursus universitaire moins "classique", notamment celles qui entament des études après avoir exercé une activité lucrative ou assumé des tâches familiales (cf. BERNHARD PULVER, L'interdiction de la discrimination - Etude de l'article 8 alinéa 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, 2003, n. 321). Elles ne violent cependant pas nécessairement l'interdiction de la discrimination. Le Tribunal fédéral a ainsi admis qu'un canton pouvait refuser toute aide financière à la formation aux personnes de plus de 40 ans sans violer le principe précité. Une telle mesure répondait aux objectifs légitimes de limiter les dépenses étatiques et d'utiliser les moyens disponibles avant tout pour les jeunes voulant débiter une première formation (cf. arrêt 2C_139/2012 du 30 mai 2012 consid. 2.3).

2.8 La justification de l'arrêt précité n'est toutefois pas transposable à la présente cause. Le Tribunal cantonal a certes déclaré de manière abstraite que le fait de refuser toutes autorisations de séjour pour études aux personnes de plus de 30 ans tendait à favoriser les étudiants plus jeunes qui ne disposaient pas encore d'une formation supérieure. On ne voit toutefois pas en quoi un refus d'autorisation de séjour pour études à cette catégorie d'étudiants permettrait concrètement à un jeune étranger de moins de 30 ans de commencer ses études en Suisse. L'octroi d'une autorisation de séjour pour études n'est en effet soumis à aucun contingentement. La délivrance d'un permis au recourant n'empêcherait ainsi nullement un autre étudiant d'obtenir lui aussi une autorisation de séjour pour études en Suisse, même de façon indirecte ou par effet de ricochet. Rien n'indique par ailleurs que le recourant occuperait une place dans son cursus de master en théologie que ne pourrait plus occuper un autre

BGE 147 I 89 S. 102

étudiant. Il ne ressort pas de l'arrêt attaqué que l'Université de Fribourg ait mis en place un *numerus clausus* pour ce type de formation. Sous ces différents angles, la situation d'espèce diverge fondamentalement de celle d'un adulte âgé de plus de 30 ou 40 ans qui réclamerait une aide à la formation. L'octroi d'une telle aide complique par essence le versement d'un soutien financier à un autre étudiant plus jeune, compte tenu de l'enveloppe budgétaire limitée affectée aux bourses d'études par les cantons. On relèvera enfin qu'il incombe aux hautes écoles, dans l'exercice de leur autonomie, et à leurs collectivités responsables (cf. art. 63a al. 3 Cst.) de décider, dans le respect des règles et principes constitutionnels posés par la jurisprudence en la matière (cf. notamment ATF 125 I 173 consid. 4), si elles entendent limiter le nombre d'étudiants étrangers immatriculés chez elles et, le cas échéant, la manière dont elles souhaitent sélectionner ces derniers. Cette sélection peut avoir des implications concrètes sur le droit de séjour des étudiants concernés, en ce sens que les autorités cantonales de droit des migrations doivent attendre que la direction de l'établissement confirme que l'étudiant étranger peut véritablement suivre la formation envisagée avant de lui délivrer

une éventuelle autorisation de séjour pour études (cf. art. 27 al. 1 let. a LEI). Ces mêmes autorités ne sont en revanche pas habilitées à imposer d'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 forcément.

2.9 Sur le vu de ce qui précède, le refus d'octroyer une autorisation de séjour pour études au recourant viole l'interdiction de la discrimination ancrée à l'art. 8 al. 2 Cst. en tant qu'il se fonde de manière déterminante sur l'âge de l'intéressé, sans qu'il n'existe en l'espèce de motif objectif justifiant l'utilisation d'un tel critère.