

## **BGer 2D\_12/2023 vom 6. Dezember 2023**

Bundesgericht, 2023-12-06, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2D\\_12\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2D_12_2023)

FR: TF 2D\_12/2023 du 6 décembre 2023

IT: TF 2D\_12/2023 del 6 dicembre 2023

### **Erwägungen**

#### **E. 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).

#### **E. 1.1**

Pour se prononcer sur la recevabilité d'un recours, il est nécessaire de définir dans un premier temps l'objet du litige qui en est à la base. Or, selon la jurisprudence, celui-ci est déterminé par la décision attaquée et par les conclusions des parties (cf. art. 107 al. 1 LTF , ainsi que, notamment, arrêts 2C\_16/2014 du 12 février 2014 consid. 1.1, non publié in ATF 141 I 49 , et 2C\_110/2019 du 9 décembre 2019 consid. 1.1).

#### **E. 1.1.1**

En l'occurrence, à l'instar de la décision du Département cantonal du 17 mars 2023, l'arrêt attaqué confirme avant tout la décision du Service des migrations du 25 octobre 2022 qui déclare irrecevable et, subsidiairement, rejette la demande de reconsidération de la décision de renvoi déposée par les recourants en date du 4 octobre 2022, étant précisé qu'il existe une certaine confusion sur la nature de cette décision de première instance qui peut valoir tant comme une décision d'irrecevabilité que comme une décision de rejet (cf., pour un cas similaire, arrêt 2C\_73/2023 du 27 juin 2023 consid. 1.5). Quoi qu'il en soit, il résulte de la motivation de l'arrêt attaqué, à la lumière duquel son dispositif doit être interprété (cf. arrêts 2C\_249/2021 du 28 juin 2021 consid. 1.2 et 4A\_561/2008 du 9 février 2009 consid. 2.6.4, non publié in ATF 135 III 259 ), que le Tribunal cantonal s'est également prononcé sur le fond de la demande de reconsidération des recourants. Dès lors que l'instance précédente a procédé à un examen au fond, la procédure devant le Tribunal fédéral n'est en soi pas limitée à la validité du refus d'entrée en matière, mais peut concerner le fond (cf. arrêts 2C\_73/2023 du 27 juin 2023 consid. 1.5; 2C\_249/2021 du 28 juin 2021 consid. 1.2; 2C\_959/2020 du 28 décembre 2020 consid. 5.3; 2C\_176/2019 du 31 juillet 2019 consid. 1.3 et 5.2 et les arrêts cités). Pour le reste, l'arrêt attaqué rejette également la requête d'assistance judiciaire que les recourants ont formulée devant le Tribunal cantonal, tout en accordant rétroactivement une telle assistance pour la procédure de recours précédente devant le Département cantonal, qui l'avait pour sa part refusée dans sa décision du 17 mars 2023.

#### **E. 1.1.2**

Quant aux recourants, qui n'ont, dans le cadre de leur demande de réexamen litigieuse, jamais contesté la perte de leurs titres de séjour définitivement confirmée par arrêt du Tribunal cantonal du 15 mars 2022, ils concluent formellement dans leur recours au Tribunal fédéral à l'annulation de la décision du Service de migrations du 25 octobre 2022 et au constat que leur renvoi n'est pas possible, licite et raisonnablement exigible. Ces

conclusions doivent toutefois être interprétées à la lumière de la motivation du recours (cf. notamment arrêts 2C\_16/2014 du 12 février 2014 consid. 1.; 2C\_1036/2013 du 5 novembre 2014 consid. 1.4, non destiné à la publication; 8C\_466/2013 du 3 juin 2014 consid. 2). Or, il ressort clairement de celle-ci que les recourants reprochent en réalité à l'autorité précédente d'avoir non seulement refusé de renoncer à leur renvoi, qu'ils estiment contraire à l'art. 3 CEDH, mais aussi d'avoir rejeté leur requête d'assistance judiciaire en tant qu'elle portait sur la procédure de recours ouverte devant le Tribunal cantonal. On peut ainsi comprendre que les intéressés demandent en réalité au Tribunal fédéral, d'une part, de reconsidérer et d'annuler la décision de renvoi qui les frappe et, d'autre part, de leur octroyer le bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure de recours précédente.

### **E. 1.1.3**

Sur le vu de ce qui précède, l'objet de la contestation concerne à la fois le refus du Tribunal cantonal de reconsidérer la décision de renvoi des recourants, de même que le rejet de cette même autorité d'accorder l'assistance judiciaire pour la procédure menée devant elle en lien avec ce litige. Or, il se trouve que la voie du recours en matière de droit public est exclue lors d'un litige relatif à un renvoi, indépendamment de la nature et du contenu des décisions attaquées (cf. art. 83 let. c ch. 4 LTF; aussi, notamment, ATF 137 I 371 consid. 1.1; aussi arrêt 2D\_51/2019 du 4 octobre 2019 consid. 3). Il s'ensuit que seule la voie du recours constitutionnel subsidiaire est envisageable en la cause (cf. art. 113 LTF), étant précisé qu'il s'agit de celle expressément choisie par les recourants.

### **E. 1.2**

Selon l'art. 115 let. a LTF, a qualité pour former un recours constitutionnel subsidiaire quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de le faire (art. 115 let. a LTF) et a un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée, étant précisé que, selon l'art. 116 LTF, le recours constitutionnel subsidiaire ne peut être formé que pour violation des droits constitutionnels. Il en découle que, dans le cadre du recours constitutionnel subsidiaire dirigé contre une décision de renvoi (ou de refus de réexaminer le renvoi), seule peut être invoquée la violation de droits constitutionnels spécifiques (protection de la vie humaine, protection contre les traitements cruels, inhumains ou dégradants, etc.) ou la violation de droits de parties dont le manquement équivaut à un déni de justice (ATF 137 II 305 consid. 1 à 3; arrêts 2C\_564/2021 du 3 mai 2022 consid. 1.4; 2D\_14/2018 du 13 août 2018 consid. 1.2; 2C\_990/2017 du 6 août 2018 consid. 1.5).

En l'occurrence, les recourants font valoir que leur renvoi serait contraire à leur droit à la vie, ainsi qu'à l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants consacrée, notamment, aux art. 2 et 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH; RS 0.101). Ils affirment également que l'arrêt attaqué violerait leur droit à obtenir une assistance judiciaire gratuite déduit de l'art. 29 al. 3 de la Constitution fédérale suisse (Cst.; RS 101). Ils ont partant un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de l'arrêt attaqué et disposent de la qualité pour recourir.

### **E. 1.3**

Pour le reste, le présent recours constitutionnel subsidiaire, qui est dirigé contre une décision finale (art. 90 et 117 LTF) rendue par une autorité cantonale de dernière instance (cf. art. 86 al. 1 let. d et al. 2 et 113 LTF), a été déposé en temps utile (art. 100 al. 1 et 117 LTF) et dans les formes prescrites (art. 42 al. 1 et 2 LTF). Il est donc recevable.

## **E. 2**

En vertu de l' art. 106 al. 2 LTF , applicable par renvoi de l' art. 117 LTF , les griefs relatifs à la violation d'un droit constitutionnel, seuls admissibles dans le cadre d'un recours constitutionnel subsidiaire (cf. art. 116 LTF ), doivent être invoqués et motivés de façon détaillée en précisant en quoi consiste la violation, sans quoi le Tribunal fédéral n'a pas à les examiner ( ATF 138 I 232 consid. 3). Celui-ci les traite en se fondant sur les faits établis par l'autorité précédente ( art. 118 al. 1 LTF ). Il peut rectifier ou compléter les constatations de l'autorité précédente si les faits ont été établis en violation du droit au sens de l'art. 116 ( art. 118 al. 2 LTF ), ce que la partie recourante doit également démontrer d'une manière circonstanciée et précise ( art. 106 al. 2 LTF par renvoi de l' art. 117 LTF ).

En l'occurrence, les recourants, tout en déclarant expressément en préambule de leur mémoire se référer "aux faits, tels qu'établis par la Cour de droit public [du Tribunal cantonal]", remettent en cause quelques constatations de faits contenues dans l'arrêt attaqué comme devant une juridiction d'appel, sans démontrer en quoi - ni du reste prétendre que - le Tribunal cantonal aurait établi les faits de manière manifestement inexacte ou en violation du droit sur ces points, bien qu'une telle motivation s'impose au sens de l' art. 106 al. 2 LTF . Partant, le Tribunal fédéral statuera sur la base des seuls faits constatés dans l'arrêt attaqué.

## **E. 3**

Les recourants considèrent qu'en refusant de reconsidérer la décision de renvoi les concernant, l'arrêt attaqué violerait leur droit à ne pas être refoulés sur un territoire où ils risquent de subir un traitement ou une peine cruels et inhumains, ce en contravention avec les art. 3 CEDH et 10 al. 3 et 25 Cst., ainsi que, plus généralement, avec leur droit à la vie consacré aux art. 2 CEDH et 10 al. 1 Cst.

### **E. 3.1**

Selon l' art. 10 al. 3 Cst. , la torture et tout autre traitement ou peine cruels, inhumains ou dégradants sont interdits. L' art. 3 CEDH prévoit pour sa part que nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. A l'instar de l' art. 25 al. 3 Cst. , ces dispositions interdisent en particulier l'expulsion ou le refoulement de personnes étrangères vers des Etats où elles risquent d'être soumises à de tels traitements. Tel est le cas s'il existe des motifs sérieux et avérés de croire que la personne étrangère intéressée, si on l'expulse, courra un risque réel d'être soumise à un traitement contraire aux dispositions précitées dans son pays de destination. Dans ce cas, celles-ci impliquent l'obligation de ne pas expulser la personne en question vers ce pays (cf. arrêts 2C\_564/2021 du 3 mai 2022 consid. 6.3; 2C\_1004/2018 du 11 juin 2019 consid. 7.2; 2C\_136/2017 du 20 novembre 2017 consid. 6.2.1; 2C\_819/2016 du 14 novembre 2016 consid. 2.4 et 3.1, se fondant en particulier sur les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme [ci-après: la CourEDH]

F.G. c. Suède du 23 mars 2016, req. no 43611/11, § 111;

Hirsi Jamaa et autres c. Italie du 23 février 2012, req. no 27765/09, § 114). Il incombe à cet égard peu que le danger découle directement d'agissements étatiques ou émane d'acteurs non étatiques (cf. arrêts 2C\_564/2021 du 3 mai 2022 consid. 6.2; 2C\_136/2017 du 20 novembre 2017 consid. 6.2.1; 2C\_868/2016 du 23 juin 2016 consid. 5.2.2; ATF 111 Ib 68 ). Il incombe en revanche à la personne concernée de prouver - ou, du moins, de produire des éléments de nature à démontrer - qu'il existe un risque réel qu'elle soit soumise à un

traitement contraire à l' art. 3 CEDH (cf. arrêt de la CourEDH

Khasanov et Rakhmanov c. Russie du 29 avril 2022, req. no 28492/15, § 109; arrêt 2C\_819/2016 précité consid. 3.1; 2C\_87/2007 du 18 juillet 2007 consid. 4.2.3). Des considérations générales sont insuffisantes à cet égard (cf. arrêts 2C\_1004/2018 du 11 juin 2019 consid. 7.2 et 2C\_87/2007 du 18 juin 2007 consid. 4.2.3).

### **E. 3.2**

En l'occurrence, le Tribunal cantonal a retenu dans son arrêt que les recourants, qui soutiennent que leur sécurité serait menacée en cas de retour au Kosovo en raison, notamment, d'un prétendu risque d'enlèvement dans ce pays, n'avaient pu faire état d'aucun danger concret et étayé à leur encontre. Les juges cantonaux indiquent en particulier que les intéressés n'ont produit aucune pièce probante soutenant leur crainte et susceptible d'établir que des réseaux mafieux auraient véritablement l'intention d'exercer des représailles sur eux, ce afin de forcer, ainsi qu'ils l'affirment, leur mari et père à rembourser différentes dettes contractées dans le cadre d'un trafic de stupéfiants, pour lequel il a été arrêté en 2015 et en raison duquel il purge actuellement une peine privative de liberté de huit ans et neuf mois. L'autorité précédente a ce faisant souligné que les écrits des proches des recourants résidant au Kosovo se rapportaient à des événements indéterminés dans le temps et présentaient un contenu très vague. Quant à l'attestation relative au prétendu incendie criminel de la maison familiale située au Kosovo, elle indiquerait que les causes de cet incident sont inconnues et que l'immeuble appartient à un tiers. Le Tribunal cantonal s'est également étonné d'une autre incohérence dans le récit des recourants, à savoir que ceux-ci, bien que représentés par un avocat, n'aient jamais pensé à alléguer les menaces dont ils prétendent être victimes dans la cadre de la procédure de révocation, respectivement de refus de prolongation de leurs titres de séjour, laquelle s'était pourtant terminée quelques mois seulement avant le dépôt de leur demande de reconsidération. L'autorité précédente a enfin relevé que d'éventuels réseaux mafieux, s'ils avaient véritablement voulu s'en prendre aux recourants, auraient eu tout loisir de le faire depuis 2015, étant pour le reste précisé que ces derniers, s'ils devaient encore se sentir menacés au Kosovo, auraient la possibilité de s'adresser à la police kosovare ou à d'autres instances étatiques pour obtenir une protection.

### **E. 3.3**

Sur le vu ce qui précède, il ne peut être reproché au Tribunal cantonal d'avoir violé l' art. 3 CEDH en refusant de renoncer au renvoi des recourants. Il ne découle en effet pas des constatations de fait contenues dans l'arrêt attaqué, lesquelles lient la Cour de céans (cf. supra consid. 2 et art. 105 al. 1 LTF ), que ces derniers courent un risque réel d'être soumis à un traitement inhumain et dégradant en cas de renvoi au Kosovo, ce qu'il leur incombait pourtant de démontrer dans la mesure où ils entendaient se plaindre d'une violation de l' art. 3 CEDH (cf. supra consid. 3.1). Ils n'ont en effet jamais produits d'éléments de nature à démontrer qu'il existerait des motifs sérieux de croire qu'ils seraient concrètement exposés à un tel risque. Ils ont au contraire déposé des pièces qui contredisent en partie leurs propres déclarations et qui concernent des faits très anciens qu'ils n'ont jamais jugé utiles d'alléguer lors de la procédure de révocation et de non-prolongation de leurs titres de séjour, même s'ils étaient alors déjà représentés par un avocat. Les critiques que les recourants formulent dans leur recours contre l'arrêt cantonal ne permettent pas davantage d'aboutir à une autre conclusion. Ne donnant aucune explication convaincante aux incohérences relevées par le Tribunal cantonal, les intéressés se contentent pour l'essentiel de soutenir qu'il existerait des

forts indices que les réseaux mafieux - qui, selon eux, ne délivreraient pas de "certificat de persécution", mais dont la puissance aurait été démontrée par l'important dispositif de sécurité mis en place lors du procès de leur mari et père - se vengeraient sur eux en raison de la dette contractée par celui-ci. S'il ne faut pas imposer des exigences de preuve exagérées aux étrangers qui prétendent être exposés à un risque de traitement contraire à l'art. 3 CEDH - ainsi qu'aux art. 10 al. 3 et 25 al. 3 Cst. - en cas d'éloignement de Suisse, ce type d'allégations ne suffit pas à fonder des motifs sérieux de croire à l'existence d'un tel risque.

#### **E. 3.4**

Pour les mêmes motifs, il ne peut pas non plus être reproché au Tribunal cantonal de violer le droit à la vie des recourants, garanti aux art. 2 CEDH et 10 al. 1 Cst., en refusant de renoncer à leur renvoi.

#### **E. 3.5**

Il s'ensuit que le recours est mal fondé en tant qu'il invoque une violation des art. 2 et 3 CEDH, ainsi que des art. 10 et 25 Cst.

#### **E. 4**

Les recourants affirment enfin qu'en leur octroyant rétroactivement l'assistance judiciaire pour la procédure de recours administratif menée devant le Département cantonal, mais en la leur refusant pour celle menée devant le Tribunal cantonal, celui-ci aurait violé le droit fondamental à l'assistance judiciaire gratuite prévu à l'art. 29 al. 3 Cst. Ils y voient également un comportement contradictoire et arbitraire contraire à l'art. 9 Cst.

#### **E. 4.1**

Selon l'art. 29 al. 3 Cst., toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes a droit, à moins que sa cause paraisse dépourvue de toute chance de succès, à l'assistance gratuite d'un défenseur, dans la mesure où la sauvegarde de ses droits le requiert. Il s'agit là d'une garantie minimale de procédure directement invocable en justice qui se voit en principe concrétisée et précisée en droit cantonal, lequel peut se montrer plus large que la Constitution fédérale s'agissant des conditions d'octroi de l'assistance judiciaire, ce qu'il n'y a toutefois pas lieu d'examiner en la cause, dès lors que les recourants ne se plaignent d'aucune application arbitraire du droit neuchâtelais (cf. supra consid. 2). Toujours est-il que, selon la jurisprudence relative à l'art. 29 al. 3 Cst., un procès est dénué de chances de succès lorsque les perspectives de le gagner sont notablement plus faibles que les risques de le perdre; il n'est en revanche pas dénué de chances de succès lorsque celles-ci et les risques d'échec sont à peu près égaux, ou lorsque les premières ne sont guère inférieures aux seconds. Est déterminante la question de savoir si une partie disposant des ressources financières nécessaires se lancerait ou non dans le procès après une analyse raisonnable. Il s'agit d'éviter qu'une partie mène un procès qu'elle ne conduirait pas à ses propres frais, uniquement parce qu'il ne lui coûte rien (cf. notamment ATF 142 III 138 consid. 5.1; 139 III 475 consid. 2.2; 138 III 217 consid. 2.2.4). La situation doit être appréciée à la date du dépôt de la requête, sur la base d'un examen sommaire des circonstances prévalant à ce moment (ATF 139 III 475 consid. 2.2; 124 I 304 consid. 2c in fine; 101 Ia 34 consid. 2). S'agissant plus particulièrement de l'examen des chances de succès d'un recours, le juge peut prendre en considération la décision attaquée, en comparant celle-ci avec les griefs soulevés. Cet examen peut conduire à dénier toute chance de succès au recours lorsque le requérant n'oppose aucun argument substantiel à la décision attaquée, en particulier si

l'autorité de recours n'a qu'une cognition limitée ou que le recourant doit motiver ses griefs en respectant le principe d'allégation (cf. arrêts 5A\_881/2022 du 2 février 2023 consid. 7.1.2, non publié in ATF 149 III 193 ; 5A\_131/2021 du 10 septembre 2021 consid. 5.1 et les références).

#### **E. 4.2**

En l'occurrence, après que le Tribunal cantonal a confirmé la perte de leurs titres de séjour et leur renvoi par arrêt du 15 mars 2022, les recourants n'ont pas demandé l'octroi d'une nouvelle autorisation de séjour en Suisse, ni

a fortiori prétendu avoir droit à l'obtention d'un tel titre de séjour. Ils ont en revanche déposé, quelques mois plus tard seulement, une demande de reconsidération devant le Service des migrations dans le but d'obtenir un réexamen de la décision de renvoi les concernant et, partant, leur admission provisoire en Suisse. Ils ont alors avancé le risque d'être tués ou de subir un traitement inhumain et dégradant de la part de réseaux mafieux en cas de retour au Kosovo. Ce faisant, comme on l'a vu, ils n'ont jamais été en mesure de produire de quelconques éléments de nature à démontrer qu'il existait des motifs sérieux de croire qu'ils seraient concrètement exposés à un tel risque (cf. supra consid. 3.2 et 3.3). Sous cet angle de vue, on ne voit pas qu'il puisse être reproché au Tribunal cantonal d'avoir violé l'art. 29 al. 3 Cst. - ni

a fortiori d'avoir fait preuve d'arbitraire - en considérant que leur cause était d'emblée dénuée de chance de succès et en leur refusant pour cette raison l'assistance judiciaire pour la procédure de recours engagée devant lui contre la décision du Département cantonal du 17 mars 2023, laquelle avait en l'occurrence déjà confirmé le précédent refus du Service des migrations d'entrer en matière sur la demande de reconsidération des recourants.

#### **E. 4.3**

Les recourants ne peuvent rien tirer en leur faveur du fait que les juges cantonaux aient décidé de réformer (très) partiellement la décision du Département cantonal du 17 mars 2023 dans le but de leur accorder l'assistance judiciaire pour la procédure de recours administratif menée devant cette autorité. Ils perdent en effet de vue que les juges cantonaux ne leur ont accordé le bénéfice de l'assistance judiciaire pour cette procédure de recours que parce que le Département cantonal avait initialement prononcé des mesures provisionnelles en leur faveur, ce qui, d'après les juges précédents, démontrerait que cette autorité avait dans un premier temps estimé que leur cause n'était pas dénuée de chance de succès. Or, le Tribunal cantonal n'a, pour sa part, pas donné droit à la requête d'effet suspensif des recourants après le dépôt de leur recours de droit administratif ultérieur, se contentant de la déclarer sans objet au moment de rendre son arrêt au fond un mois plus tard. Son raisonnement est dès lors dénué de toute contradiction, quoi qu'en disent les recourants dont les critiques ne convainquent pas.

Pour le reste, comme on l'a vu, il est en règle générale permis d'évaluer de manière différente les chances de succès d'une cause en fonction de l'avancement de la procédure (cf. supra consid. 4.1), ce qui justifie d'ailleurs d'exiger le renouvellement d'une demande d'assistance judiciaire devant chaque autorité de recours, comme le prévoit expressément le droit cantonal neuchâtelois (cf. art. 12 al. 2 de la loi cantonale du 28 mai 2019 sur l'assistance judiciaire [LAJ/NE]; RSN 161.2). Il en va de même pour la procédure devant le Tribunal fédéral (art. 64 LTF). Ainsi, lorsque, comme en l'espèce, les justiciables se contentent de répéter les mêmes griefs devant une nouvelle instance de recours sans

apporter aucune nouvelle pièce au dossier, ce que les recourants admettent eux-mêmes avoir fait devant le Tribunal cantonal, cette autorité ne saurait être liée par l'octroi de l'assistance judiciaire devant l'instance précédente.

#### **E. 4.4**

Il s'ensuit que le recours est mal fondé en tant qu'il prétend que l'arrêt attaqué viole les art. 9 et 29 Cst.

#### **E. 5**

Il découle de ce qui précède que le recours doit être rejeté, dans la mesure où il est recevable.

Le recours était en l'occurrence d'emblée dénué de chances de succès. La demande d'assistance judiciaire doit dès lors être rejetée ( art. 64 al. 1 LTF ).

Les frais judiciaires seront mis à la charge de la recourante 1, mais seront fixés en tenant compte de sa situation financière précaire (art. 65 al. 2 et 66 al. 1 LTF). Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens ( art. 68 al. 1 et 3 LTF ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.