

## **NE\_GERICHTE TA.2008.281 vom 13. Januar 2009**

NE Tribunal cantonal, 2009-01-13, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_TA.2008.281](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_TA.2008.281)

FR: NE\_GERICHTE TA.2008.281 du 13 janvier 2009

IT: NE\_GERICHTE TA.2008.281 del 13 gennaio 2009

### **Erwägungen**

#### **E. 2**

CEDH, pour autant qu'elle soit prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et des libertés d'autrui. La question de savoir si, dans un cas d'espèce, les autorités de police des étrangers sont tenues d'accorder une autorisation de séjour fondée sur l'article 8 CEDH doit être résolue sur la base d'une pesée de tous les intérêts privés et publics en présence (ATF 125 II 633 cons. 2e, p. 639, 120 Ib 1 cons. 3c, p. 5).

En ce qui concerne l'intérêt public, il faut retenir que la Suisse mène une politique restrictive en matière de séjour des étrangers, pour assurer un rapport équilibré entre l'effectif de la population suisse et celui de la population étrangère résidente, ainsi que pour améliorer la situation du marché du travail et assurer un équilibre optimal en matière d'emploi (v. art. 16 LSEE; 1 OLE [RO 1986, p. 1791] abrogé depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit des étrangers). Ces buts sont légitimes au regard de l'article 8 § 2 CEDH (ATF 120 Ib 1 cons. 3b, p. 4, 120 Ib 22 cons. 4a, p. 24-25).

Pour ce qui est de l'intérêt privé à obtenir une autorisation de séjour, il faut constater que l'étranger disposant d'un droit de visite sur son enfant habilité à résider en Suisse peut en principe exercer ce droit même s'il vit à l'étranger, au besoin en aménageant ses modalités quant à la fréquence et à la durée. Un droit plus étendu peut exister en présence de liens familiaux particulièrement forts dans les domaines affectif et économique et lorsque, en raison de la distance qui sépare le pays de résidence de l'enfant du pays d'origine de son parent, cette relation ne pourrait pratiquement pas être maintenue; en outre, le parent qui entend se prévaloir de cette garantie doit avoir fait preuve en Suisse d'un comportement irréprochable (ATF 120 Ib 1 cons. 3c, p. 5, 120 Ib 22 cons. 4a, p. 25; ATF du 02.07.2008 [2C\_231/2008] et les références). Un comportement est irréprochable s'il n'existe aucun motif en droit des étrangers d'éloigner ce parent ou de le maintenir à l'étranger, en d'autres termes, s'il ne s'est rendu coupable d'aucun comportement réprimé par le droit des étrangers ou le droit pénal. Il faut en outre considérer qu'il existe un lien affectif particulièrement fort lorsque le droit de visite est organisé de manière large et qu'il est exercé de manière régulière, spontanée et sans encombre (ATF du 28.07.2008 [2C\_340/2008] cons. 6.1; ATF du 07.11.2006 [2A.550/2006] cons. 3.1 et les références).

b) En l'espèce, les liens affectifs du recourant avec ses fils ne sont pas particulièrement marqués. Lorsqu'ils ont été entendus par la police les 26 et 27 septembre 2003 sur leur situation, K. et son épouse d'alors ont déclaré, de façon concordante, que le père voyait ses enfants toutes les deux semaines et que leur contact était bon. Le 23 mars 2007 en revanche,

questionnée par le SMIG, la mère a indiqué que les visites en question étaient organisées au travers d'un point-rencontre par l'office des mineurs. Elle s'est dite dans l'impossibilité de se prononcer réellement sur la qualité des contacts, à part de souligner que les enfants ne les réclamaient jamais. Dans une lettre adressée à l'office des mineurs le 19 septembre 2007, V. a mentionné que les contacts entre le père et ses fils n'ont jamais pu être entretenus de façon régulière sur une période significative depuis la séparation des parents, K. ayant observé diverses périodes de silence, suivies de visites inopinées. Dans le but de donner à ses enfants une certaine stabilité et se fondant sur l'avis du médecin-psychiatre traitant de son fils aîné, l'ex-épouse du recourant a proposé que ce soit l'assistant social qui organise les visites. Ce qui précède est confirmé par l'assistant social en question (v. sa lettre du 14.07.2008 précitée).

Dans ces circonstances, il y a lieu de retenir qu'un éloignement de Suisse n'empêcherait que dans une moindre mesure la possibilité pour le recourant d'organiser, quelques fois par année, des visites à ses enfants.

c) Lorsqu'un étranger a gravement violé l'ordre juridique en vigueur et qu'il a été condamné à une peine d'au moins 2 ans de détention, l'intérêt public à son éloignement l'emporte normalement sur son intérêt privé ■ et celui de sa famille ■ à pouvoir rester en Suisse (ATF130 II 176cons.4.1, p.185 et les références). A cet égard, le Tribunal fédéral a rappelé qu'il existait un intérêt public prépondérant à expulser des étrangers qui, comme en l'espèce, ont commis des infractions graves à la loi sur les stupéfiants, cela même lorsque ces étrangers vivaient en Suisse depuis de longues années (ATF122 II 433cons.2c, p.436).

Il apparaît ainsi, au terme d'une pesée des intérêts en présence, que les autorités précédentes n'ont pas abusé de leur droit en refusant de prolonger l'autorisation de séjour du recourant. Ainsi, le recours se révèle entièrement mal fondé et doit être rejeté. Le délai de départ imparti au recourant pour quitter le territoire cantonal étant échu, il appartiendra au service des migrations de lui en fixer un nouveau.

6.a) La décision entreprise du DEC octroie à K. l'assistance administrative (ch.2 du dispositif). Selon l'article 19 al.1 de la loi sur l'assistance pénale, civile et administrative (LAPCA), l'assistance prend effet le jour où elle a été requise et se termine, sauf retrait, à la fin de la procédure cantonale de recours. Par conséquent, la nouvelle demande d'assistance judiciaire contenue dans le présent recours serait en principe sans objet. Toutefois, la portée de cette requête doit être examinée dans son contexte.

Devant l'autorité précédente, le recourant agissait assisté de Me A. qui a été désigné en qualité d'avocat d'office par le DEC (ch.3 du dispositif de la décision attaquée). Devant le Tribunal administratif, K. est assisté de Me G. Dans ces conditions, la nouvelle demande d'assistance judiciaire équivaut à une requête en changement d'avocat d'office.

b) Selon l'article 22LAPCA, le mandat d'assistance est confié à un avocat inscrit à un registre cantonal des avocats (al.1). L'autorité saisie nomme l'avocat auquel est confié le mandat d'assistance (al.2). Cette disposition n'a pas modifié le système de désignation de l'avocat d'office en vigueur antérieurement (v. rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil à l'appui d'un projet deLAPCAdu 19.04.2006, p.12). C'est dire que la jurisprudence développée antérieurement à l'entrée en vigueur de laLAPCA, le 1er janvier 2007, en matière de changement d'avocat d'office, demeure entièrement valable.

Selon la pratique du Tribunal de céans, l'assisté a en principe le droit de choisir son mandataire d'office, mais non pas d'en changer librement. L'avocat d'office accomplit une tâche étatique r[ég]ie par le droit public cantonal, de sorte que, même si cette mission crée entre l'assisté et le défenseur des relations pouvant se rapprocher des relations contractuelles, elle n'en constitue pas moins une relation de droit public. Il s'ensuit qu'une fois l'avocat d'office désigné, l'assisté ne peut en résilier le mandat, pas plus que le défenseur ne peut le répudier, l'un et l'autre pouvant seulement demander à l'autorité saisie de la cause d'y mettre fin. Il ne sera cependant donné suite à une demande de ce genre que si des circonstances exceptionnelles, tel un comportement inadmissible de l'assisté ou du mandataire d'office, peuvent motiver la décharge et le remplacement de l'avocat d'office. Il pourra également en aller de la sorte si le rapport de confiance qui doit exister entre un défenseur d'office et l'assisté fait défaut. Toutefois, la notion de confiance est à la fois vaste et subjective, et peut reposer aussi bien sur des facteurs dignes d'être pris en considération que sur des éléments non déterminants, voire incompatibles avec l'institution même de la défense d'office. Aussi convient-il, dans chaque cas, d'examiner si des raisons objectives ou les intérêts légitimes de l'assisté commandent la désignation d'un nouveau défenseur (RJN 1993, p.184-185 et les références; ATA du 01.09.2003 [TA.2003.251] publié sur le site <http://jurisprudence.ne.ch>).

En l'occurrence, le recourant n'invoque aucun motif qui justifierait le changement d'avocat d'office après la notification à Me A. de la décision entreprise. Dans un tel cas, force est d'admettre, selon la jurisprudence, que si l'assisté a jugé bon de ne pas faire agir l'avocat payé par l'Etat à cet effet, mais un autre avocat, il lui incombe de rétribuer ce dernier (RJN 1980-1981, p.149; ATA du 01.09.2003 précité, cons.2).

Il suit de ce qui précède que le recourant ne peut bénéficier de l'assistance judiciaire pour la présente procédure de recours que dans la mesure où elle le dispense d'en avancer les frais (art.7 al.1 LAPCA).

7. Les frais de la procédure seront mis à la charge du recourant qui succombe (art.47 al.1 LPJA). Il n'a en outre pas droit à des dépens (art.48 al.1 LPJA).

Par ces motifs, LA Cour de droit public

1. Rejette le recours.
2. Transmet la cause au service des migrations pour qu'il fixe un nouveau délai de départ au recourant.
3. Dit que les requêtes de mesures provisionnelles sont sans objet.
4. Rejette la requête en changement d'avocat d'office.
5. Met à la charge du recourant un émoulement de décision de 700 francs et les débours par 70 francs, montants avancés par l'Etat dans le cadre de l'assistance judiciaire.
6. N'alloue pas de dépens.

Neuchâtel, le 13 janvier 2009

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une

société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

#### **E. 4**

a) Un étranger peut, selon les circonstances, se prévaloir du droit au respect de sa vie privée et familiale garantie par l'article

#### **E. 8**

CEDH doit être résolue sur la base d'une pesée de tous les intérêts privés et publics en présence ( ATF 125 II 633 cons.2e, p.639, 120 Ib 1 cons.3c, p.5). En ce qui concerne l'intérêt public, il faut retenir que la Suisse mène une politique restrictive en matière de séjour des étrangers, pour assurer un rapport équilibré entre l'effectif de la population suisse et celui de la population étrangère résidente, ainsi que pour améliorer la situation du marché du travail et assurer un équilibre optimal en matière d'emploi (v. art.16 LSEE; 1 OLE [RO 1986, p.1791] abrogé depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit des étrangers). Ces buts sont légitimes au regard de l'article 8 § 2 CEDH ( ATF 120 Ib 1 cons.3b, p.4, 120 Ib 22 cons.4a, p.24-25). Pour ce qui est de l'intérêt privé à obtenir une autorisation de séjour, il faut constater que l'étranger disposant d'un droit de visite sur son enfant habilité à résider en Suisse peut en principe exercer ce droit même s'il vit à l'étranger, au besoin en aménageant ses modalités quant à la fréquence et à la durée. Un droit plus étendu peut exister en présence de liens familiaux particulièrement forts dans les domaines affectif et économique et lorsque, en raison de la distance qui sépare le pays de résidence de l'enfant du pays d'origine de son parent, cette relation ne pourrait pratiquement pas être maintenue; en outre, le parent qui entend se prévaloir de cette garantie doit avoir fait preuve en Suisse d'un comportement irréprochable (ATF 120 Ib 1 cons.3c, p.5, 120 Ib 22 cons.4a, p.25; ATF du 02.07.2008 [2C\_231/2008] et les références). Un comportement est irréprochable s'il n'existe aucun motif en droit des étrangers d'éloigner ce parent ou de le maintenir à l'étranger, en d'autres termes, s'il ne s'est rendu coupable d'aucun comportement réprimé par le droit des étrangers ou le droit pénal. Il faut en outre considérer qu'il existe un lien affectif particulièrement fort lorsque le droit de visite est organisé de manière large et qu'il est exercé de manière régulière, spontanée et sans encombre (ATF du 28.07.2008 [2C\_340/2008] cons.6.1; ATF du 07.11.2006 [2A.550/2006] cons.3.1 et les références). b) En l'espèce, les liens affectifs du recourant avec ses fils ne sont pas particulièrement marqués. Lorsqu'ils ont été entendus par la police les 26 et 27 septembre 2003 sur leur situation, K. et son épouse d'alors ont déclaré, de façon concordante, que le père voyait ses enfants toutes les deux semaines et que leur contact était bon. Le 23 mars 2007 en revanche, questionnée par le SMIG, la mère a indiqué que les visites en question étaient organisées au travers d'un point-rencontre par l'office des mineurs. Elle s'est dite dans l'impossibilité de se prononcer réellement sur la qualité des contacts, à part de souligner que les enfants ne les réclamaient jamais. Dans une lettre adressée à l'office des mineurs le 19 septembre 2007, V. a mentionné que les contacts entre le père et ses fils n'ont jamais pu être entretenus de façon régulière sur une période significative depuis la séparation des parents, K. ayant observé diverses périodes de silence, suivies de visites inopinées. Dans le but de donner à ses enfants une certaine stabilité et se fondant sur l'avis du médecin-psychiatre traitant de son fils aîné, l'ex-épouse du recourant a proposé que ce soit l'assistant social qui organise les visites. Ce qui précède est confirmé par l'assistant social en question (v. sa lettre du 14.07.2008 précitée). Dans ces circonstances, il y a lieu de retenir qu'un éloignement de

Suisse n'empêcherait que dans une moindre mesure la possibilité pour le recourant d'organiser, quelques fois par année, des visites à ses enfants. c) Lorsqu'un étranger a gravement violé l'ordre juridique en vigueur et qu'il a été condamné à une peine d'au moins 2 ans de détention, l'intérêt public à son éloignement l'emporte normalement sur son intérêt privé – et celui de sa famille – à pouvoir rester en Suisse (ATF 130 II 176 cons.4.1, p.185 et les références). A cet égard, le Tribunal fédéral a rappelé qu'il existait un intérêt public prépondérant à expulser des étrangers qui, comme en l'espèce, ont commis des infractions graves à la loi sur les stupéfiants, cela même lorsque ces étrangers vivaient en Suisse depuis de longues années (ATF 122 II 433 cons.2c, p.436). Il apparaît ainsi, au terme d'une pesée des intérêts en présence, que les autorités précédentes n'ont pas abusé de leur droit en refusant de prolonger l'autorisation de séjour du recourant. Ainsi, le recours se révèle entièrement mal fondé et doit être rejeté. Le délai de départ imparti au recourant pour quitter le territoire cantonal étant échu, il appartiendra au service des migrations de lui en fixer un nouveau.

6. a) La décision entreprise du DEC octroie à K. l'assistance administrative (ch.2 du dispositif). Selon l'article 19 al.1 de la loi sur l'assistance pénale, civile et administrative ( LAPCA ), l'assistance prend effet le jour où elle a été requise et se termine, sauf retrait, à la fin de la procédure cantonale de recours. Par conséquent, la nouvelle demande d'assistance judiciaire contenue dans le présent recours serait en principe sans objet. Toutefois, la portée de cette requête doit être examinée dans son contexte. Devant l'autorité précédente, le recourant agissait assisté de Me A. qui a été désigné en qualité d'avocat d'office par le DEC (ch.3 du dispositif de la décision attaquée). Devant le Tribunal administratif, K. est assisté de Me G. Dans ces conditions, la nouvelle demande d'assistance judiciaire équivaut à une requête en changement d'avocat d'office. b) Selon l'article 22 LAPCA , le mandat d'assistance est confié à un avocat inscrit à un registre cantonal des avocats (al.1). L'autorité saisie nomme l'avocat auquel est confié le mandat d'assistance (al.2). Cette disposition n'a pas modifié le système de désignation de l'avocat d'office en vigueur antérieurement (v. rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil à l'appui d'un projet de LAPCA du 19.04.2006, p.12). C'est dire que la jurisprudence développée antérieurement à l'entrée en vigueur de la LAPCA , le 1er janvier 2007, en matière de changement d'avocat d'office, demeure entièrement valable. Selon la pratique du Tribunal de céans, l'assisté a en principe le droit de choisir son mandataire d'office, mais non pas d'en changer librement. L'avocat d'office accomplit une tâche étatique rçie par le droit public cantonal, de sorte que, même si cette mission crée entre l'assisté et le défenseur des relations pouvant se rapprocher des relations contractuelles, elle n'en constitue pas moins une relation de droit public. Il s'ensuit qu'une fois l'avocat d'office désigné, l'assisté ne peut en résilier le mandat, pas plus que le défenseur ne peut le répudier, l'un et l'autre pouvant seulement demander à l'autorité saisie de la cause d'y mettre fin. Il ne sera cependant donné suite à une demande de ce genre que si des circonstances exceptionnelles, tel un comportement inadmissible de l'assisté ou du mandataire d'office, peuvent motiver la décharge et le remplacement de l'avocat d'office. Il pourra également en aller de la sorte si le rapport de confiance qui doit exister entre un défenseur d'office et l'assisté fait défaut. Toutefois, la notion de confiance est à la fois vaste et subjective, et peut reposer aussi bien sur des facteurs dignes d'être pris en considération que sur des éléments non déterminants, voire incompatibles avec l'institution même de la défense d'office. Aussi convient-il, dans chaque cas, d'examiner si des raisons objectives ou les intérêts légitimes de l'assisté commandent la désignation d'un nouveau défenseur (RJN 1993, p.184-185 et les références; ATA du 01.09.2003 [ TA.2003.251 ] publié sur le site <http://jurisprudence.ne.ch> ). En l'occurrence,

le recourant n'invoque aucun motif qui justifierait le changement d'avocat d'office après la notification à Me A. de la décision entreprise. Dans un tel cas, force est d'admettre, selon la jurisprudence, que si l'assisté a jugé bon de ne pas faire agir l'avocat payé par l'Etat à cet effet, mais un autre avocat, il lui incombe de rétribuer ce dernier (RJN 1980-1981, p.149; ATA du 01.09.2003 précité, cons.2). Il suit de ce qui précède que le recourant ne peut bénéficier de l'assistance judiciaire pour la présente procédure de recours que dans la mesure où elle le dispense d'en avancer les frais (art.7 al.1 LAPCA ). 7. Les frais de la procédure seront mis à la charge du recourant qui succombe (art.47 al.1 LPJA ). Il n'a en outre pas droit à des dépens (art.48 al.1 LPJA ).

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