Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2C 34/2013
{T 0/2}

Arrêt du 21 janvier 2013
IIe Cour de droit public

Composition
MM. les Juges fédéraux Zünd, Président,
Seiler et Kneubühler.
Greffier: M. Dubey.

Participants à la procédure
X._____,
représenté par Me Grégoire Rey, avocat,
recourant,

contre

Commune municipale de Bienne, Département de la sécurité publique, et de la population,
Direction de la police et des affaires militaires du canton de Berne.

Objet
Autorisation de séjour; refus de l'assistance judiciaire,

recours contre les ordonnances du Tribunal administratif du canton de Berne, Cour des affaires de langue française, des 12 et 27 décembre 2012.

Considérant en fait et en droit:

1.
Par décision du 19 novembre 2010, la Ville de Bienne a refusé de renouveler le permis de séjour de X._____ en raison de condamnations pénales dont il avait fait l'objet. Par mémoire du 22 décembre 2010, l'intéressé a recouru contre cette décision.

En octobre 2011, l'intéressé a écrit à la Ville de Bienne depuis le Montenegro qu'il avait fui la détention qu'il accomplissait à la faveur d'un congé accordé parce qu'il aurait dû être expulsé en fin de peine.

2.
Par décision du 8 décembre 2011, la Direction de la police et des affaires militaires du canton de Berne a assimilé la fuite du recourant à une renonciation au recours et elle a rayé le recours du rôle. Cette décision a été notifiée par voie édictale le 14 décembre 2011.

Par mémoire du 23 novembre 2012, X._____ a déposé auprès du Tribunal administratif du canton de Berne un recours contre la décision de radiation du rôle rendue le 8 décembre 2011 en invoquant sa nullité et en demandant le bénéfice de l'assistance judiciaire.

Le 12 décembre 2012, l'intéressé a été expulsé de Suisse.

3.
Par ordonnance du 12 décembre 2012, le Tribunal administratif du canton de Berne a refusé d'accorder l'assistance judiciaire, le recours étant d'emblée dénué de chances de succès et a imparti un délai au 21 décembre pour verser l'avance de frais de 2'500 fr.

Par ordonnance du 27 décembre, le Tribunal administratif a prolongé le délai pour effectuer l'avance de frais au 7 janvier 2013, sous peine d'irrecevabilité.

4.
Agissant par la voie du recours en matière de droit public, X._____ demande au Tribunal fédéral de le mettre au bénéfice de l'assistance judiciaire devant l'instance précédente et de désigner Me Grégoire Rey comme défenseur d'office. Il demande l'effet suspensif et sollicite l'assistance judiciaire pour la procédure fédérale. Il soutient que la cause n'était pas d'emblée dénuée de chances de succès du moment que la décision de radiation du rôle du 8 décembre 2011 était entachée de nullité absolue.

5.
5.1 Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (art. 29 al. 1 LTF; ATF134 III 379 consid. 1 p. 381). Toutefois, conformément à l'art. 42 al. 1 et 2 LTF, dans la mesure où elles ne sont pas immédiatement données, le recourant doit exposer en quoi les conditions de recevabilité sont réunies, en particulier en quoi la cause pose une question juridique de principe au sens de l'art. 85 al. 2 LTF, sous peine d'irrecevabilité (ATF 133 II 353 consid. 1 p. 356 et les références citées).

5.2 Le refus de l'assistance judiciaire est une décision incidente qui cause en principe un dommage irréparable (art. 93 al. 1 let. a et 117 LTF), de sorte que le recours constitutionnel subsidiaire est immédiatement ouvert (arrêt 2D 68 /2009 du 26 janvier 2010, consid. 1.2.1; ATF 129 I 129 consid. 1.1 p. 131) pour violation des droits constitutionnels (art. 116 LTF), puisque la voie de recours contre une telle décision est déterminée par le litige principal (cf. ATF 135 I 265 consid. 1.2 p. 269; 137 II 261) et que le recourant, de nationalité kosovar, n'expose pas et le Tribunal fédéral ne voit pas en quoi le droit fédéral ou le droit international lui conférerait le droit à une autorisation de séjour au sens de l'art. 83 let. c ch. 2 LTF. Le recours en matière de droit public est par conséquent irrecevable.

5.3 Le mémoire de recours est néanmoins recevable comme recours constitutionnel subsidiaire pour autant que les conditions de recevabilité de cette voie de droit soient réunies (ATF 133 I 300 consid. 1.2 p. 302 s., 308 consid. 4.1 p. 314), ce qui est le cas en l'espèce. En effet, interjeté en temps utile (art. 117 et 100 al. 1 LTF) et dans les formes prévues par la loi (art. 42 LTF) par la partie qui, se voyant refuser le bénéfice de l'assistance judiciaire, dispose d'un intérêt juridique à recourir (art. 115 LTF), le recours est en principe recevable, dès lors que la décision entreprise émane d'une autorité judiciaire cantonale supérieure statuant en dernière instance (art. 114 et 86 al. 1 let. d et al. 2 LTF).

5.4 Le présent recours ne peut toutefois porter que sur la question du refus d'accorder l'assistance judiciaire en application des art. 29 al. 3 Cst, dont le Tribunal fédéral n'examine la violation que si le grief a été invoqué et motivé par le recourant (art. 106 al. 2 et 117 LTF; ATF 136 I 65 consid. 1.3.1 p. 68).

6.
Le recourant soutient que l'instance précédente a violé les art. 6, 29 al. 3 Cst. et 14 du Pacte ONU II en statuant par décision incidente sur la validité de la décision de radiation du rôle du 8 décembre 2011.

6.1 Aux termes de 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 judiciaire gratuite. D'après la jurisprudence, un procès est dépourvu de chances de succès lorsque les perspectives de le gagner sont notablement plus faibles que les risques de le perdre, et qu'elles ne peuvent donc être considérées comme sérieuses, de sorte qu'une personne raisonnable et de condition aisée renoncerait à s'y engager en raison des frais qu'elle s'exposerait à devoir supporter; il ne l'est pas non plus lorsque les chances de succès et les risques d'échec s'équilibrent à peu près, ou que les premières ne sont que légèrement inférieures aux secondes. L'élément déterminant réside dans le fait que l'indigent ne doit pas se lancer, parce qu'il plaide aux frais de la collectivité, dans des démarches vaines qu'une personne raisonnable n'entreprendrait pas si, disposant de moyens suffisants, elle devait les financer de ses propres deniers (cf. ATF 138 II 217 consid. 2.2.4 p. 218; 129 I 129 consid. 2.2 p. 133 ss).

6.2 Le recourant expose que la décision du 8 décembre 2011 remplit les trois conditions de la nullité absolue et qu'au surplus, un retrait du recours ne pouvait pas avoir lieu par acte concluant.

6.3 D'après la jurisprudence, la nullité d'un acte commis en violation de la loi doit résulter ou bien d'une disposition légale expresse, ou bien du sens et du but de la norme en question. En d'autres termes, il n'y a lieu d'admettre la nullité, hormis les cas expressément prévus par la loi, qu'à titre

exceptionnel, lorsque les circonstances sont telles que le système d'annulabilité n'offre manifestement pas la protection nécessaire (cf. ATF 121 III 156 consid. 1). Ainsi, d'après la jurisprudence, la nullité d'une décision n'est admise que si le vice dont elle est entachée est particulièrement grave, est manifeste ou du moins facilement décelable et si, en outre, la constatation de la nullité ne met pas sérieusement en danger la sécurité du droit. Des vices de fond n'entraînent qu'à de rares exceptions la nullité d'une décision; en revanche, de graves vices de procédure, ainsi que l'incompétence qualifiée de l'autorité qui a rendu la décision sont des motifs de nullité (ATF 132 II 21 consid. 3.1 p. 27; 129 I 361 consid. 2.1 p. 363 et les références citées).

6.4 L'instance précédente a jugé que la décision de radiation du rôle en raison du courrier du recourant exposant qu'il avait fui au Montenegro pour échapper au renvoi dans son pays, si elle devait être viciée, ne pouvait qu'être annulée et non pas déclarée nulle.

Cette décision est conforme à la jurisprudence en matière de nullité rappelée ci-dessus. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs annulé et non pas déclaré nulle une décision du Tribunal administratif fédéral radiant un recours au motif qu'une correspondance accusant réception du recours lui avait été retournée au Tribunal administratif fédéral avec la mention "le destinataire a déménagé", ce qui, à son avis, démontrait le désintérêt du recourant pour la procédure, qui devenait ainsi sans objet. L'annulation par le Tribunal fédéral reposait sur la constatation que ni la loi sur le Tribunal administratif fédéral ni la PA ne connaissaient de dispositions légales prévoyant la possibilité de déclarer sans objet une cause au motif que le Tribunal "ne peut plus atteindre l'intéressé". La décision de radiation était par conséquent dépourvue de base légale (arrêt 2C 656/2012 du 27 septembre 2012). Si la décision du 8 décembre 2011 contient un vice, il porterait sur la qualification erronée de retrait de recours du courrier du recourant d'octobre 2011, ce qui ne constituerait pas un vice grave de procédure.

En jugeant que le grief de nullité de la décision du 8 décembre 2011 est d'emblée dépourvu de chance de succès, l'instance précédente n'a pas violé l'art. 29 al. 3 Cst. Le recours constitutionnel subsidiaire est rejeté.

7.
Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours considéré comme recours constitutionnel subsidiaire. La requête d'effet suspensif est devenue sans objet. Le recours se révélant d'emblée dénué de chances de succès, la demande d'assistance judiciaire est rejetée (cf. art. 64 LTF). Succombant, le recourant doit supporter les frais de la procédure fédérale (art. 66 al. 1 LTF) et n'a pas droit à des dépens (art. 68 al.1 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.
Le recours, considéré comme recours constitutionnel subsidiaire, est rejeté.

2.
La requête d'assistance judiciaire est rejetée.

3.
Les frais judiciaires, arrêtés à 1'000 fr., sont mis à la charge du recourant.

4.
Le présent arrêt est communiqué au mandataire du recourant, à la Commune municipale de Bienne, à la Direction de la police et des affaires militaires du canton de Berne, au Tribunal administratif du canton de Berne, Cour des affaires de langue française, et à l'Office fédéral des migrations.

Lausanne, le 21 janvier 2013
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse

Le Président: Zünd

Le Greffier: Dubey