REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

AC/1609/2021 **DAAJ/85/2023**

COUR DE JUSTICE

Assistance judiciaire

DÉCISION DU VENDREDI 25 AOUT 2023

Statuant sur le recours déposé par :

Madame A_____, domiciliée _____,

représentée par Me Tania SANCHEZ WALTER, avocate, rue du Conseil-Général 4, case postale 412, 1211 Genève 4,

contre la décision du 24 avril 2023 de la vice-présidence du Tribunal civil.

Notification conforme, par pli(s) recommandé(s) du greffier du 21 septembre 2023

EN FAIT

A. **a.** Par jugement de divorce JTPI/17670/2019 du 11 décembre 2019, le Tribunal de première instance a notamment prononcé le divorce de A_____ (ci-après : la recourante) et de B_____, laissé aux deux parents l'autorité parentale conjointe sur la mineure C_____, née le _____ 2008, attribué la garde de la mineure à son père (ch. 2 du dispositif), et réservé à la mère un large droit de visite (ch. 3), maintenu la curatelle d'organisation et de surveillance du droit de visite et d'assistance éducative (ch. 5), fait interdiction à la recourante de quitter le territoire suisse lorsque l'enfant est avec elle, sauf accord de B_____, sous l'injonction des peines prévues par l'article 292 du Code pénal (ch. 6), et donné acte à la recourante de ce qu'elle s'engageait à poursuivre le suivi psychothérapeutique auprès du CAPPI, ainsi que de la guidance parentale auprès de D_____ (ch. 7).

b. Par décision du 27 mai 2021, la vice-présidence du Tribunal de première instance a admis la recourante au bénéfice de l'assistance juridique aux fins du dépôt d'une action en modification du jugement de divorce JTPI/17670/2019 du 11 décembre 2019.

c. Par acte du 15 mars 2022, la recourante a formé une demande de modification du jugement de divorce, concluant notamment à l'instauration d'une garde partagée sur C_____ à raison d'une semaine sur deux chez chaque parent ainsi que durant la moitié des vacances scolaires, ainsi qu'au versement en ses mains d'une contribution à l'entretien de C_____.

d. Par jugement JTPI/4183/2023 du 3 avril 2023, le Tribunal de première instance a révoqué le chiffre 6 du dispositif du jugement de divorce, conformément aux conclusions concordantes des parties. Pour le reste, il a débouté les parties de toutes autres conclusions, retenant, s'agissant de la modification de la garde, qu'aucune des parties n'avait fait part au Tribunal d'éléments factuels concrets laissant penser que le maintien de l'organisation de la vie actuelle de la mineure risquerait de porter atteinte à son bien-être et la menacerait sérieusement, que même si la mineure avait fait part au Tribunal de ce qu'elle aimerait être avec ses deux parents de manière égale, cela ne signifiait pas encore que son bon développement se verrait menacé si l'organisation actuelle, qui correspondait déjà à un droit de visite élargi, devait être maintenue, que les propos de l'enfant lors de son audition par le Tribunal étaient ceux d'une enfant plutôt contente de sa vie actuelle et que rien n'indiquait qu'elle souffrirait véritablement d'un maintien du *statu quo*, qu'à la lecture du compte-rendu d'audition, la demande de C_____ semblait par ailleurs avoir à tout le moins été suggérée par la mère, qu'un maintien de l'organisation actuelle apparaissait d'autant plus important vu les risques que faisaient peser sur l'enfant un changement au niveau de la garde, qu'en outre, alors même que la situation de l'ensemble de la famille s'était grandement améliorée, l'introduction de la procédure avait eu pour effet de raviver quelque peu les tensions familiales. Aussi, faute d'élément étayant un quelconque risque pour le développement de l'enfant en cas de maintien de l'organisation actuelle, le Tribunal a refusé d'entrer en matière sur la demande de modification en ce qu'elle visait l'instauration d'une garde partagée.

B. Le 17 avril 2023, la recourante a sollicité l'extension du bénéfice de l'assistance juridique afin que soit couverte la procédure d'appel contre le jugement JTPI/4183/2023 du 3 avril 2023.

C. Par décision du 24 avril 2023, notifiée le 5 mai 2023, la vice-présidence du Tribunal civil a rejeté la requête d'assistance juridique précitée, au motif que les chances de succès d'un appel semblaient faibles.

En substance, elle a retenu que le raisonnement du Tribunal était conforme à la jurisprudence fédérale et ne prêtait pas le flanc à la critique, dès lors que la règlement actuelle de la prise en charge d'un enfant doit nécessairement risquer de porter atteinte à son bien-être pour qu'une modification puisse être envisagée, sans quoi, le juge saisi peut, sans plus ample examen, refuser le passage à une garde alternée, ce sans même devoir se livrer à l'examen des critères applicables en matière d'attribution de la garde. La recourante ne rendait pas vraisemblable, ni même n'alléguait, que tel serait le cas en l'espèce, se limitant à soutenir qu'une garde alternée serait plus favorable à l'intérêt de C_____ et conforme à sa volonté, arguments qui n'apparaissent toutefois pas pertinents faute d'éléments étayant un quelconque risque pour le développement de C_____ en cas de maintien de l'organisation actuelle. Le fait que la magistrate amenée à statuer au fond n'ait pas elle-même personnellement auditionné la mineure n'était pas non plus critiquable, dans la mesure où il ne ressortait pas non plus du compte-rendu d'audition – dont la teneur n'était pas contestée – que l'organisation actuelle serait préjudiciable à l'enfant.

D. **a.** Recours est formé contre cette décision, par acte expédié le 8 mai 2023 à la Présidence de la Cour de justice. La recourante conclut, avec suite de frais judiciaires et dépens, à l'annulation de la décision entreprise et à ce qu'elle soit admise au bénéfice de l'assistance juridique pour la procédure d'appel contre le jugement du Tribunal de première instance JTPI/4183/2023 du 3 avril 2023.

La recourante produit des pièces nouvelles.

b. La vice-présidence du Tribunal civil a renoncé à formuler des observations.

c. La Cour a informé la recourante par avis du 16 mai 2023 de ce que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. **1.1** En tant qu'elle refuse une extension de l'assistance juridique, la décision entreprise, rendue en procédure sommaire (art. 119 al. 3 CPC), est sujette à recours auprès de la présidente de la Cour de justice (art. 121 CPC et 21 al. 3 LaCC), compétence expressément déléguée à la vice-présidente soussignée sur la base des art. 29 al. 5 LOJ et 10 al. 1 du Règlement de la Cour de justice (RSG E 2 05.47). Le recours, écrit et motivé, est introduit auprès de l'instance de recours (art. 321 al. 1 CPC) dans un délai de dix jours (art. 321 al. 2 CPC et art. 11 RAJ).

1.2 En l'espèce, le recours est recevable pour avoir été interjeté dans le délai utile et en la forme écrite prescrite par la loi.

1.3 Lorsque la Cour est saisie d'un recours (art. 121 CPC), son pouvoir d'examen est limité à la violation du droit et à la constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 CPC, applicable par renvoi de l'art. 8 al. 3 RAJ). Il appartient en particulier au recourant de motiver en droit son recours et de démontrer l'arbitraire des faits retenus par l'instance inférieure (HOHL, Procédure civile, tome II, 2ème éd., n. 2513-2515).

2. Aux termes de l'art. 326 al. 1 CPC, les allégations de faits et les preuves nouvelles sont irrecevables dans le cadre d'un recours.

Par conséquent, les allégués de faits dont la recourante n'a pas fait état en première instance et les pièces nouvelles ne seront pas pris en considération.

3. **3.1.**

3.1.1 Reprenant l'art. 29 al. 3 Cst., l'art. 117 CPC prévoit que toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes a droit à l'assistance judiciaire à moins que sa cause paraisse dépourvue de toute chance de succès.

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; en revanche, une demande ne doit pas être considérée comme dépourvue de toute chance de succès lorsque les perspectives de gain et les risques d'échec s'équilibrent à peu près ou lorsque les premières sont seulement un peu plus faibles que les seconds. Ce qui est déterminant est de savoir si une partie, qui disposerait des ressources financières nécessaires, se lancerait ou non dans le procès après une analyse raisonnable. Une partie ne doit pas pouvoir mener un procès qu'elle ne conduirait pas à ses frais, uniquement parce qu'il ne lui coûte rien (ATF 142 III 138 consid. 5.1; ATF 128 I 225 consid. 2.5.3).

Pour déterminer les chances de succès d'un recours, le juge peut prendre en considération la décision de première instance, en comparant celle-ci avec les griefs soulevés. De la sorte, l'examen sommaire des chances de succès auquel il doit procéder est simplifié. Cet examen ne doit toutefois pas conduire à ce qu'une partie voit quasiment rendu impossible le contrôle d'une décision qu'elle conteste (arrêt du Tribunal fédéral 5A_572/2015 du 8 octobre 2015 consid. 4.1).

La situation doit être appréciée à la date du dépôt de la requête et sur la base d'un examen sommaire (ATF 142 III 138 consid. 5.1; 133 III 614 consid. 5).

L'absence de chances de succès peut résulter des faits ou du droit (arrêt du Tribunal fédéral 4A_614/2015 du 25 avril 2016 consid. 3.2).

3.1.2 La modification de l'attribution de la garde est régie par l'art. 134 al. 2 CC, lequel renvoie aux dispositions relatives aux effets de la filiation.

Cette modification de la garde suppose que la nouvelle réglementation soit requise dans l'intérêt de l'enfant en raison de la survenance de faits nouveaux essentiels. En d'autres termes, une nouvelle réglementation de la garde ne dépend pas seulement de l'existence de circonstances nouvelles importantes; elle doit aussi être commandée par le bien de l'enfant (arrêts du Tribunal fédéral 5A_800/2021 du 25 janvier 2022 consid. 5.1; 5A_228/2020 du 3 août 2020 consid. 3.1 et les références). La modification ne peut être envisagée que si le maintien de la réglementation actuelle risque de porter atteinte au bien de l'enfant et le menace sérieusement. La nouvelle réglementation doit ainsi s'imposer impérativement, en ce sens que le mode de vie actuel nuit plus au bien de l'enfant que le changement de réglementation et la perte de continuité dans l'éducation et les conditions de vie qui en est consécutive (arrêts du Tribunal fédéral 5A_762/2020 du 9 février 2021 consid. 4.1; 5A_228/2020 op. cit., consid. 3.1 et les références).

Savoir si une modification essentielle est survenue par rapport à la situation existant au moment du divorce doit s'apprécier en fonction de toutes les circonstances du cas d'espèce et relève du pouvoir d'appréciation du juge (art. 4 CC; arrêts du Tribunal fédéral 5A_762/2020 précité, consid. 4.1, 5A_228/2020 précité consid. 3.1 et les références). Le Tribunal ne doit pas se montrer trop strict en ce qui concerne l'appréciation de la nouveauté du fait: si les prévisions du juge au moment du divorce s'avèrent erronées et que la réglementation arrêtée porte préjudice au développement des enfants, le juge saisi de l'action en modification du jugement de divorce pourra prendre de nouvelles dispositions (HELLE, Commentaire pratique, Droit Matrimonial: Fond et procédure, 2016, n° 25 et les références citées).

Si la seule volonté de l'enfant ne suffit pas à fonder une modification du jugement de divorce, son désir d'attribution à l'un ou à l'autre de ses parents doit ainsi également être pris en considération lorsqu'il s'agit d'une résolution ferme et qu'elle est prise par un enfant dont l'âge et le développement – en règle générale à partir de 12 ans révolus – permettent d'en tenir compte (arrêt du Tribunal fédéral 5A_63/2011 du 1er juin 2011 consid. 2.4.1 et 2.5).

3.2. En l'espèce, ainsi que l'a relevé à raison la vice-présidence du Tribunal civil, pour que l'appel pour lequel la recourante sollicite l'extension du bénéfice de l'assistance juridique soit admis, il lui incombe de démontrer que, contrairement à ce que retient le jugement entrepris, la réglementation actuelle de la prise en charge de l'enfant risque de porter atteinte à son bien-être et le menace sérieusement.

Pourtant, dans son recours, la recourante n'expose pas que la prise en charge actuelle de l'enfant porterait atteinte à son bien-être ou le menacerait sérieusement, ce qui suffit à confirmer la décision querellée en tant qu'elle retient que l'appel pour lequel la recourante sollicite l'extension de l'assistance juridique est dénué de chance de succès.

Le fait que la jurisprudence fasse désormais de la garde alternée le principe n'y change rien, dès lors que cela n'affecte pas les règles jurisprudentielles relatives à la modification des modalités de garde qui ont été rappelées ci-dessus.

La volonté exprimée par l'enfant ne suffit pas non-plus à elle seule à fonder une modification du jugement de divorce. Il importe donc peu de savoir si les déclarations de l'enfant en audience étaient spontanées ou guidées par la recourante ou si le changement de magistrat en cours de procédure a modifié la perception de ses déclarations, faute de spontanéité.

Par conséquent, le recours sera rejeté et la décision querellée confirmée.

4. Sauf exceptions non réalisées en l'espèce, il n'est pas perçu de frais judiciaires pour la procédure d'assistance juridique (art. 119 al. 6 CPC). Compte tenu de l'issue du litige, il n'y a pas lieu à l'octroi de dépens.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

LA VICE-PRÉSIDENTE DE LA COUR :

A la forme :

Déclare recevable le recours formé par A_____ contre la décision rendue le 24 avril 2023 par la vice-présidence du Tribunal civil dans la cause AC/1609/2021.

Au fond :

Le rejette.

Déboute A_____ de toutes autres conclusions.

Dit qu'il n'est pas perçu de frais judiciaires pour le recours, ni alloué de dépens.

Notifie une copie de la présente décision à A_____ en l'Étude de Me Tania SANCHEZ WALTER (art. 137 CPC).

Siégeant :

Madame Verena PEDRAZZINI RIZZI, vice-présidente; Madame Maïté VALENTE, greffière.

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110*), la présente décision peut être portée dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.*

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.