REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

AC/3013/2020 **DAAJ/73/2021**

COUR DE JUSTICE

Assistance judiciaire

DÉCISION DU MERCREDI 2 JUIN 2021

Statuant sur le recours déposé par :

Madame A_____, domiciliée c/o Monsieur B_____, _____,

représentée par Me Rachel DUC, avocate, boulevard de Saint-Georges 72, 1205 Genève,

contre la décision du 21 octobre 2020 de la Vice-présidente du Tribunal de première instance.

Notification conforme, par pli recommandé de la greffière du 9 juin 2021

EN FAIT

A. **a.** A_____ (ci-après : la recourante) est une ressortissante du Kosovo née le _____ 1958.

b. Elle a formé une demande d'autorisation de séjour auprès de l'Office cantonal de la population et des migrations (OCPM) le 23 juillet 2019 pour regroupement familial.

Elle a exposé résider en Suisse depuis le 1er juillet 2019, avec son fils de 35 ans, de nationalité suisse, qui subvenait à ses besoins.

c. Le 28 novembre 2019, la recourante a déposé auprès de l'OCPM une nouvelle demande d'autorisation de séjour, précisant que son fils avait toujours subvenu à ses besoins.

d. Le 2 octobre 2020, l'OCPM l'a informée de son intention de rejeter sa demande et de refuser de soumettre son dossier au Secrétariat d'État au migrations (SEM) avec un préavis positif, dès lors qu'elle ne prouvait pas avoir résidé en Suisse de 2010 à 2018 et que sa situation financière n'était pas satisfaisante, faute de revenus propres. L'existence d'un cas de rigueur n'était pas réalisée. La recourante disposait de 30 jours pour formuler des observations.

B. Le 20 octobre 2020, la recourante a sollicité l'assistance juridique pour formuler ses observations au sujet du projet de décision. L'OCPM voulait refuser sa demande d'autorisation de séjour au motif qu'elle ne remplissait pas les conditions du cas de rigueur, alors même qu'elle avait formé sa demande sous l'angle du regroupement familial.

C. Par décision du 21 octobre 2020, notifiée le 5 novembre 2020, la Vice-présidente du Tribunal de première instance a rejeté la requête d'assistance juridique précitée, au motif que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle rédige elle-même les observations nécessaires à la défense de ses intérêts, cas échéant avec l'aide d'un organisme spécialisé en matière de statut des étrangers. Il pourrait redéposer une nouvelle requête pour le cas où un recours contre la décision finale de l'OCPM devait s'avérer nécessaire.

D. **a.** Recours est formé contre cette décision, par acte expédié le 25 novembre 2020 à la Présidence de la Cour de justice. La recourante conclut à l'annulation de la décision entreprise et à l'octroi de l'assistance juridique, sous suite de dépens.

La recourante a nouvellement invoqué qu'elle ne parlait pas et n'écrivait pas le français, et que les questions juridiques qui avaient été soulevées dans ses observations à l'OCPM du 30 octobre 2020 étaient complexes, de sorte qu'elle n'aurait pu les relever toute seule.

Elle a produit une pièce nouvelle.

b. La Vice-présidente du Tribunal de première instance a renoncé à formuler des observations.

c. Par avis du 30 novembre 2020, la recourante a été informée de ce que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. **1.1.** La décision entreprise est sujette à recours auprès de la présidente de la Cour de justice en tant qu'elle refuse l'assistance juridique (art. 10 al. 3 LPA), compétence expressément déléguée au vice-président soussigné 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 dans un délai de 30 jours (art. 10 al. 3 LPA, 64 al. 3 LOJ, 130, 131 et 321 al. 1 CPC, applicables par renvoi des art. 10 al. 4 LPA et 8 al. 3 RAJ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_171/2011 du 15 juin 2011 consid. 2.2).

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. 10 al. 3 LPA), 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; arrêt du Tribunal fédéral 1B_171/2011 précité). 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).

1.4. Il n'y a pas lieu d'entendre la recourante, celle-ci ne le sollicitant pas et le dossier contenant suffisamment d'éléments pour statuer (art. 10 al. 3 LPA; arrêt du Tribunal fédéral 2D_73/2015 du 30 juin 2016 consid. 4.2).

2. A teneur de l'art. 326 al. 1 CPC, les conclusions et les allégations de faits nouvelles sont irrecevables dans le cadre d'une procédure de 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.** 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 (art. 117 CPC; art. 29 al. 3 Cst.).

L'art. 63 loi d'organisation judiciaire (LOJ RSG E 2 05) qui traite de l'assistance juridique extrajudiciaire, prévoit que toute personne physique, domiciliée dans le canton de Genève et susceptible d'intervenir comme partie dans une procédure, dont la fortune ou les revenus ne sont pas suffisants pour lui assurer l'aide ou les conseils d'un avocat,

d'un avocat stagiaire, ou d'un médiateur assermenté en dehors d'une procédure administrative ou judiciaire, peut requérir l'assistance juridique (al. 1). L'assistance juridique est octroyée si celle-ci est nécessaire et que le demandeur poursuit un intérêt digne de protection (al. 2).

3.2.

3.2.1. Il faut en outre que l'assistance soit nécessaire, soit que la défense des droits du requérant l'exige, cette condition étant prévue expressément pour la commission d'office d'un conseil juridique (ATF 121 I 314 consid. 4b; CORBOZ, Le droit constitutionnel à l'assistance judiciaire, in SJ 2003 II 67, p. 75/78; art. 118 al. 1 CPC).

D'après la jurisprudence, il se justifie en principe de désigner un avocat d'office à l'indigent lorsque sa situation juridique est susceptible d'être affectée de manière particulièrement grave. Lorsque, sans être d'une portée aussi capitale, la procédure en question met sérieusement en cause les intérêts de l'intéressé, il faut en sus que l'affaire présente des difficultés de fait ou de droit que le requérant ou son représentant légal ne peuvent surmonter seuls (ATF 130 I 180 consid. 2.2 et les arrêts cités). Le point décisif est toujours de savoir si la désignation d'un avocat d'office est objectivement nécessaire dans le cas d'espèce. A cet égard, il faut tenir compte des circonstances concrètes de l'affaire, de la complexité des questions de fait et de droit, des particularités que présentent les règles de procédure applicables, des connaissances juridiques du requérant ou de son représentant, de la personnalité du requérant, du fait que la partie adverse est assistée d'un avocat, et de la portée qu'a pour le requérant la décision à prendre, avec une certaine réserve lorsque sont en cause principalement ses intérêts financiers (ATF 128 I 225 consid. 2.5.2; 123 I 145 consid. 2b/cc; 122 I 49 consid. 2c/bb; ATF 122 I 275 consid. 3a et les arrêts cités). La nature de la procédure, qu'elle soit ordinaire ou sommaire, unilatérale ou contradictoire, régie par la maxime d'office ou la maxime des débats, et la phase de la procédure dans laquelle intervient la requête, ne sont pas à elles seules décisives (ATF 125 V 32 consid. 4b et les arrêts cités).

Ainsi, pour qu'un avocat rémunéré par l'État soit désigné, les intérêts du requérant doivent être menacés ou touchés d'une manière grave et le cas doit présenter - en fait et en droit - des difficultés qui rendent nécessaire le recours à l'assistance d'un avocat; l'assistance d'un avocat peut s'avérer indispensable en raison de la complexité de l'affaire ou des questions à résoudre, des connaissances juridiques insuffisantes du requérant ou encore de l'importance des intérêts en jeu (ATF 128 I 225, 232; 122 III 392 consid. 3b; CORBOZ, Le droit constitutionnel à l'assistance judiciaire, SJ 2003 II 67, p. 79; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Berne 2013, vol. II, n. 1616 p. 714).

L'assistance juridique ne s'étend pas aux activités relevant de l'assistance sociale ou dont d'autres organismes subventionnés directement ou indirectement peuvent se charger à moindre frais (art. 3 al. 3 RAJ).

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).

3.2.2. Dans le cadre des observations précédent un projet de décision de l'OCPM, le requérant ne peut prétendre à l'assistance d'un avocat rémunéré par l'État que pour autant que lesdites démarches présentent des difficultés de fait ou de droit qu'il ne peut surmonter seul (DAAJ/54/2021 du 27 avril 2021 consid. 3.2; DAAJ/67/2018 du 7 août 2018 consid. 3.3).

3.3. Le 1er janvier 2019, est entrée en vigueur une modification de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr), devenue la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20). Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral (arrêts du Tribunal fédéral 2C_841/2019 du 11 octobre 2019 consid. 3; 2C_737/2019 du 27 septembre 2019 consid. 4.1), les demandes déposées avant le 1er janvier 2019 sont régies par l'ancien droit, étant précisé que la plupart des dispositions de la LEI sont demeurées identiques.

La LEI et ses ordonnances d'exécution, en particulier l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative du 24 octobre 2007 (OASA - RS 142.201), règlent l'entrée, le séjour et la sortie des personnes étrangères dont le statut juridique n'est pas réglé par d'autres dispositions du droit fédéral ou par des traités internationaux conclus par la Suisse (art. 1 et 2 LEI), notamment par l'ALCP, ce qui est notamment le cas pour les ressortissantes et ressortissants du Kosovo.

3.4. Selon l'art. 42 al. 2 LEI, les membres de la famille d'un ressortissant suisse titulaires d'une autorisation de séjour durable délivrée par un État avec lequel la Suisse a conclu un accord sur la libre circulation des personnes ont droit à l'octroi d'une autorisation de séjour et à la prolongation de sa validité. Sont considérés comme membres de sa famille, le conjoint et ses descendants de moins de 21 ans ou dont l'entretien est garanti (let. a), ainsi que les ascendants du ressortissant suisse ou de son conjoint dont l'entretien est garanti (let. b).

3.4.1. L'art. 30 al. 1 let. b LEI permet de déroger aux conditions d'admission en Suisse, telles que prévues aux art. 18 à 29 LEI, notamment aux fins de tenir compte des cas individuels d'une extrême gravité ou d'intérêts publics majeurs.

3.4.2. L'art. 31 al. 1 OASA prévoit que pour apprécier l'existence d'un cas individuel d'extrême gravité, il convient de tenir compte notamment de l'intégration du requérant sur la base des critères d'intégration définis à l'art. 58a al. 1 LEI (let. a), de la situation familiale, particulièrement de la période de scolarisation et de la durée de la scolarité des enfants (let. c), de la situation financière (let. d), de la durée de la présence en Suisse

(let. e), de l'état de santé (let. f), des possibilités de réintégration dans l'État de provenance (let. g). Les critères énumérés par cette disposition, qui doivent impérativement être respectés, ne sont toutefois pas exhaustifs, d'autres éléments pouvant également entrer en considération, comme les circonstances concrètes ayant amené un étranger à séjourner illégalement en Suisse (Directives du Secrétariat d'État aux migrations, domaine des étrangers, 2013, état au 1er janvier 2021, ch. 5.6.10)

3.5. Selon l'art. 41 LPA, les parties ont le droit d'être entendues par l'autorité compétente avant que ne soit prise une décision. Elles ne peuvent prétendre à une audition verbale sauf dispositions légales contraires.

3.6. En l'espèce et quand bien même la rédaction d'observations à propos d'un projet de décision de l'OCPM se situe à un stade de procédure dite non contentieuse sans exigence formelle, il apparaît, *prima facie*, des difficultés particulières notamment en droit, que la recourante n'apparaît pas à même de résoudre seule sans l'aide d'un avocat.

Il apparait que l'OCPM entend rendre une décision de refus en application des dispositions relatives au cas de rigueur, alors que la recourante semble se prévaloir de celles applicables au regroupement familial. Ainsi, un développement juridique paraît, déjà au stade du projet de décision de l'OCPM, essentiel. Il ne ressort pas du dossier que la recourante - ou son fils chez qui elle vit - dispose de connaissances juridiques nécessaires pour se déterminer sur les différents éléments retenus dans le projet de décision. Enfin, les intérêts en jeu sont importants pour la recourante laquelle devra, en cas de confirmation de la décision envisagée par l'OCPM, quitter la Suisse. Au vu du caractère technique et juridique de la question, l'assistance d'un avocat apparaît nécessaire pour permettre à la recourante de défendre utilement son point de vue par-devant l'OCPM.

La décision entreprise sera donc annulée et la cause sera renvoyée à l'autorité de première instance pour instruction et nouvelle décision, après examen des chances de succès et de la condition d'indigence.

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). Par ailleurs, selon la pratique constante de l'Autorité de céans, aucune indemnité de dépens n'est allouée en matière d'assistance judiciaire, notamment au vu du caractère simple et non formel de cette procédure. Un recourant peut ainsi agir seul sans l'aide d'un avocat (arrêts publiés DAAJ/112/2016 du 13 septembre 2016 consid. 3; DAAJ/34/2013 du 30 avril 2013 consid. 3).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

LE VICE-PRÉSIDENT DE LA COUR :

A la forme :

Déclare recevable le recours formé par A_____ contre la décision rendue le 21 octobre 2020 par la Vice-présidente du Tribunal de première instance dans la cause AC/3013/2020.

Au fond :

Annule la décision entreprise et cela fait :

Renvoie la cause à la Vice-présidente du Tribunal de première instance pour instruction complémentaire et nouvelle décision.

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'Etude de M^{e} Rachel DUC (art. 137 CPC).

Siégeant :

Monsieur Patrick CHENAUX, Vice-président; Madame Maïté VALENTE, greffière.

Indication des voies de recours :

Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière de droit public; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 82 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110). Il connaît également des recours constitutionnels subsidiaires; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 113 à 119 et 90 ss LTF. Dans les deux cas, le recours motivé doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de la décision attaquée. L'art. 119 al. 1 LTF prévoit que si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.

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