REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

AC/3633/2021 **DAAJ/24/2022**

COUR DE JUSTICE

Assistance judiciaire

DÉCISION DU MERCREDI 16 MARS 2022

Statuant sur le recours déposé par :

Monsieur A_____, domicilié c/o Madame B_____, _____ [GE],

représenté par Me Andrea VON FLÜE, avocat, rue de la Terrassière 9, 1207 Genève,

contre la décision du 22 décembre 2021 de la vice-présidente du Tribunal de première instance.

Notification conforme, par pli(s) recommandé(s) du greffier du 31 mars 2022

EN FAIT

A. **a.** A_____ (ci-après : le recourant), âgé de 28 ans, de nationalité française, et C_____ sont les parents divorcés de D_____ et E_____, nées en 2015 et 2016.

b. Le 9 décembre 2021, le recourant, agissant par l'intermédiaire d'un avocat, a sollicité l'assistance juridique en vue de déposer une requête assortie de mesures superprovisionnelles devant le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant (TPAE) pour qu'il soit fait interdiction à la mère de ses enfants de déplacer leur lieu de résidence.

A l'appui de sa requête, il a exposé qu'il disposait de l'autorité parentale sur ses deux filles et que celles-ci l'avaient informé du fait que leur mère avait l'intention de déménager dans le canton de Fribourg. Il s'opposait à un tel changement de lieu de résidence, dès lors que cela aurait des conséquences sur ses possibilités de voir régulièrement ses filles et donc sur les relations personnelles qu'il entretient avec elles.

B. Par décision du 22 décembre 2021, la vice-présidente du Tribunal de première instance a rejeté la requête précitée, au motif que l'assistance d'un avocat n'était pas nécessaire pour les démarches devant le TPAE. Le recourant pouvait en effet rédiger un simple courrier à l'attention de cette autorité pour expliquer sa situation et exprimer son désaccord face au projet de déménagement de son ex-épouse, étant précisé que celle-ci agissait également en personne.

L'adresse mentionnée sur la décision ne correspond pas à celle indiquée par le recourant dans sa requête d'aide étatique. Le pli recommandé contenant cette décision, expédié au recourant le 23 décembre 2021, a dès lors été renvoyé à son expéditeur.

Une copie conforme de la décision a été envoyée au conseil du recourant par pli simple le 23 décembre 2021. Aucun élément du dossier ne permet de savoir si, cas échéant à quelle date, ce courrier a été reçu.

C. **a.** Recours est formé contre cette décision, par acte expédié le 14 janvier 2022 à la Présidence de la Cour de justice. Le recourant conclut à l'annulation de la décision entreprise et à l'octroi de l'assistance juridique pour la procédure devant le TPAE.

Le recourant produit des pièces nouvelles et invoque de nombreux faits non portés à la connaissance du premier juge.

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

EN DROIT

1. **1.1.** En tant qu'elle refuse 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, 21 al. 3 LaCC et 1 al. 3 RAJ). 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 11 RAJ).

1.2. **1.2.1** En procédure civile, les citations, ordonnances, décisions et actes des parties sont notifiés par envoi recommandé ou d'une autre manière contre accusé de réception (art. 138 al. 1 CPC). La preuve de la notification et de la date de son accomplissement incombe à l'autorité qui entend en tirer une conséquence juridique (ATF 129 I 8 consid. 2.2, 124 V 400 consid. 2a; arrêts du Tribunal fédéral 5D_62/2014 du 14 octobre 2014 consid. 3.1 et 9C_411/2008 du 17 septembre 2008 consid. 3).

Lorsque la partie est représentée, les actes sont notifiés à son représentant (art. 137 CPC). Si un représentant est régulièrement désigné pour la procédure, une notification directe à la partie représentée est exclue et une telle notification n'est en principe pas régulière. L'application de l'art. 137 CPC et la conséquence que la notification doit intervenir auprès du représentant supposent qu'au moment de l'envoi, la représentation existe et aussi qu'elle a été portée à la connaissance du tribunal (ATF 143 III 28 consid. 2.2.1 et les références citées; 113 Ib 296 consid. 2).

Il est un principe général de l'Etat de droit qu'une partie ne saurait subir aucun préjudice du fait d'une communication irrégulière. Il en découle aussi que le respect des dispositions relatives à la notification des actes judiciaires n'est pas un but en soi. En conséquence, les vices de communication n'entraînent pas nécessairement la nullité de l'acte judiciaire concerné. Dans ces cas, il faut examiner, d'après les circonstances du cas concret, si la partie intéressée a réellement été induite en erreur par l'irrégularité de la communication et a, de ce fait, subi un préjudice. Les règles de la bonne foi (art. 52 CPC), qui fixent une limite à l'invocation d'un vice de forme, sont décisives (arrêt du Tribunal fédéral 5A_476/2017 du 11 septembre 2017 consid. 5.1.2 et les références citées).

1.2.2 En l'espèce, la décision du 22 décembre 2021 n'a pas été adressée par courrier recommandé à l'avocat du recourant, de sorte que la notification de cette décision, intervenue en violation des art. 137 et 138 CPC, est irrégulière.

Le conseil du recourant ayant affirmé avoir reçu la copie de la décision litigieuse le 14 janvier 2022, il y a lieu de se fier à cette indication, étant rappelé que la notification irrégulière ne peut entraîner aucun préjudice pour le recourant. Le recours interjeté le jour même sera dès lors déclaré recevable.

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 le recourant 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.

Outre la présence d'une cause non dénuée de chances de succès et de l'indigence, la fourniture d'un conseil juridique rémunéré par l'Etat suppose la nécessité de l'assistance par un professionnel (ATF 141 III 560 consid. 3.2.1).

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; 122 I 275 consid. 3a et les arrêts cités).

La nature de la procédure est sans importance (ATF 130 I 180 consid. 2.2) et le droit à la désignation d'un défenseur n'est pas exclu par principe lorsque la maxime d'office s'applique (ATF 125 V 32 consid. 4b; arrêts du Tribunal fédéral 5A_242/2018 précité consid. 2.2; 5A_706/2016 du 6 mars 2017 consid. 2.2; 5A_244/2014 du 25 juin 2014 consid. 4.2.1). Dans une telle hypothèse, il se justifie néanmoins de se montrer strict dans l'examen des conditions auxquelles une telle désignation est subordonnée (ATF 125 V 32 consid. 4b et les références citées; arrêts du Tribunal fédéral 5A_242/2018 précité consid. 2.2; 5A_706/2016 précité consid. 2.2).

Le Tribunal fédéral a notamment considéré que la situation juridique d'une partie était susceptible d'être affectée de manière particulièrement grave lorsque la procédure porte sur un retrait du droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant (art. 310 CC) ou un

retrait de l'autorité parentale (art. 311 CC). Tel n'est en revanche pas le cas lorsqu'il s'agit de réglementer le droit aux relations personnelles du parent non gardien (art. 273 CC), à moins qu'un retrait de ce droit en application de l'art. 274 al. 2 CC soit envisagé (WUFFLI/FUHRER, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, 2019, p. 167, n. 481 ainsi que p. 174, note de bas de page 725, avec les arrêts cités).

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)

3.1.2. L'art. 301a al. 1 CC prévoit que l'autorité parentale inclut le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant. Il en résulte qu'un parent exerçant conjointement l'autorité parentale ne peut modifier le lieu de résidence de l'enfant qu'avec l'accord de l'autre parent ou sur décision du juge ou de l'autorité de protection de l'enfant, lorsque le nouveau lieu de résidence se trouve à l'étranger ou quand le déménagement a des conséquences importantes pour l'exercice de l'autorité parentale par l'autre parent et pour les relations personnelles (art. 301a al. 2 let. a et b CC). Si besoin est, les parents s'entendent, dans le respect du bien de l'enfant, pour adapter le régime de l'autorité parentale, la garde, les relations personnelles et la contribution d'entretien. S'ils ne peuvent pas s'entendre, la décision appartient au juge ou à l'autorité de protection de l'enfant (art. 301a al. 5 CC).

La décision relative à la modification du lieu de résidence et l'adaptation des relations parents-enfants formant un tout, le juge ou l'autorité de protection doit également régler le sort des enfants dans l'hypothèse où le parent gardien déciderait de partir seul en dépit du fait que le déplacement des enfants n'a pas été autorisé (ATF 142 III 481 consid. 2.8, JdT 2017 II p. 427; arrêt du Tribunal fédéral 5A_1018/2017 précité consid. 5). Il devra procéder à ces adaptations même en l'absence de conclusion des parties, dès lors que la maxime d'office s'applique (art. 296 al. 3 CPC; arrêt du Tribunal fédéral 5A_1018/2017 précité consid. 5).

Selon l'art. 445 al. 1 CC (applicable par analogie pour les mesures de protection de l'enfant; cf. art. 314 al. 1 CC), l’autorité de protection prend, d’office ou à la demande d’une personne partie à la procédure, toutes les mesures provisionnelles nécessaires pendant la durée de la procédure.

3.1.3 Conformément à l'art. 295 CPC, la procédure simplifiée (cf. art. 244 CPC) est applicable aux procédures indépendantes concernant des enfants.

En procédure simplifiée, la demande ne doit pas, à la différence du procès ordinaire, être rédigée sous la forme d'un véritable mémoire. A l'instar de la requête de conciliation préalable (art. 202 al. 2), il suffit que le litige puisse être circonscrit (art. 244 al. 1). Les parties, les conclusions, l'objet du litige et la valeur litigieuse doivent être indiqués. Une motivation n'est cependant pas nécessaire (art. 244 al. 2); la demande n'a ainsi pas besoin de renfermer des allégués de fait ou de droit, et le demandeur n'est pas davantage tenu d'indiquer les moyens de preuve se rapportant aux allégations (Message du Conseil fédéral relatif à l'adoption du CPC, FF 2006 p. 6955).

La procédure simplifiée doit en effet permettre de procéder sans avocat et être accessible au non juriste (ATF 140 III 450 consid. 3.1; arrêt du Tribunal supérieur du canton de Zurich du 22 novembre 2011 [PP110019)].

3.2. En l'espèce, il est indéniable que la procédure devant le TPAE met sérieusement en cause les intérêts du recourant, dans la mesure où elle déterminera le lieu dans lequel son ex-épouse sera autorisée à vivre avec leurs enfants. L'on ne peut cependant admettre que sa situation juridique serait susceptible d'être affectée de manière particulièrement grave et que cet enjeu justifierait à lui seul la désignation d'un avocat d'office.

Aucun élément du dossier ne permet par ailleurs de considérer que la procédure en question présenterait des difficultés de fait ou de droit auxquelles le recourant ne pourrait faire face seul, même s'il ne dispose pas de connaissances juridiques. L'autorité de protection peut être saisie par un simple courrier expliquant les faits pertinents et la position du recourant à l'égard du déménagement envisagé par la mère de ses enfants, étant rappelé que ladite autorité peut prendre d'office des mesures provisionnelles en cas de nécessité, sans être liée par les conclusions des parties ou l'absence de conclusions sur ce point.

Le recourant se prévaut ensuite implicitement d'une violation du principe de l'égalité des armes, faisant valoir que l'assistance juridique devrait lui être accordée, puisque la mère de l'enfant serait désormais représentée par un avocat dans la procédure devant le TPAE. Or, la circonstance que la partie adverse du recourant serait assistée d'un avocat ne résulte pas du dossier de première instance. Ce fait nouveau ne peut dès lors pas être pris en considération au stade du recours (cf. ch. 2 *supra*).

Compte tenu des faits portés à la connaissance de l'autorité de première instance, c'est à juste titre qu'elle a considéré que la désignation d'un avocat rémunéré par l'Etat ne se justifiait pas dans le cas d'espèce. La circonstance que le bénéfice de l'assistance juridique soit octroyé dans d'autres litiges relevant du droit de la famille n'est pas susceptible de remettre en cause ce qui précède, chaque situation devant faire l'objet d'un examen concret.

Le recours sera dès lors rejeté.

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 CES MOTIFS,
LA PRÉSIDENTE DE LA COUR :

A la forme :

Déclare recevable le recours formé par A_____ contre la décision rendue le 22 décembre 2021 par la vice-présidente du Tribunal de première instance dans la cause AC/3633/2021.

Au fond :

Le rejette.

Déboute A_____ de toutes autres conclusions.

Dit qu'il n'est pas perçu de frais judiciaires pour le recours.

Notifie une copie de la présente décision à A_____ en l'Étude de Me Andrea VON FLÜE (art. 137 CPC).

Siégeant :

Madame Sylvie DROIN, 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.