

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2C_241/2008 - svc

Arrêt du 27 mai 2008
Ile Cour de droit public

Composition
M. et Mme les Juges Merkli, Président, Hungerbühler, Yersin, Karlen et Aubry Girardin.
Greffier: M. Dubey.

Parties
AX._____,
recourante,
agissant par Me Gian Luigi Berardi,
avocat auprès de la Fondation suisse du
Service Social International,

contre

Vice-Président du Tribunal de première instance du canton de Genève, case postale 3736, 1211
Genève 3,

.

Objet
Assistance juridique,

recours contre la décision du Vice-Président
de la Cour de justice du canton de Genève,
Assistance juridique, du 18 février 2008.

Faits:

A.

Le 22 novembre 2007, BX._____, né en 1934, a interjeté un recours en son nom et celui de son épouse, AX._____ (ci-après: l'intéressée), originaire du Cameroun, née le 4 août 1970, auprès de la Commission cantonale de recours de police des étrangers du canton de Genève (ci-après: la Commission cantonale de recours) contre la décision rendue le 18 octobre 2007 par l'Office cantonal de la population, refusant à cette dernière une autorisation de séjour en Suisse, au motif que le mariage avait été célébré dans le seul but d'éluder les prescriptions du droit des étrangers. Le 23 novembre 2007, BX._____ a sollicité l'assistance juridique pour son épouse et demandé la nomination comme défenseur d'office de Gian Luigi Berardi, avocat auprès de la Fondation suisse du service social international.

Par décision du 3 décembre 2007, le Vice-Président du Tribunal de première instance du canton de Genève a admis la demande déposée par BX._____ et accordé l'assistance juridique pour le recours auprès de la Commission cantonale de recours concernant AX._____, la limitant aux frais du recours contre la décision du 18 octobre 2007, à l'exclusion des frais d'avocat, et subordonnant son octroi au paiement d'une contribution mensuelle de 50 fr. dès le 1er janvier 2007.

Par acte du 3 janvier 2008, complété le 15 janvier 2008, rédigé sur papier à en-tête de la Fondation suisse du service social international et signé "Service social international, Fondation suisse, Gian Luigi Berardi, avocat", AX._____ a demandé au Président de la Cour de justice du canton de Genève d'annuler cette décision et de nommer le signataire du recours comme défenseur d'office dans la procédure de recours devant la Commission cantonale de recours.

B.

Par décision du 18 février 2008, le Vice-Président de la Cour de justice du canton de Genève (ci-après: l'instance cantonale précédente) a rejeté le recours. Il a constaté que le recours avait été déposé par AX._____, alors que la demande avait été sollicitée par son époux, ce qui pouvait entraîner son irrecevabilité, mais a considéré que les époux pouvaient se représenter dans les procédures administratives. Il a jugé en substance qu'en excluant de l'assistance juridique les

activités relevant de l'assistance sociale, ou dont d'autres organismes, comme en l'espèce la Fondation suisse du service social international, pouvaient se charger à moindre frais, le droit genevois ne violait pas l'art. 29 al. 3 Cst. Au surplus, les avocats salariés auprès d'une organisation reconnue d'utilité publique, comme l'était celui désigné par l'intéressée, ne pouvaient être nommés au bénéfice de l'assistance juridique, parce qu'ils n'étaient pas soumis à l'obligation d'indépendance. L'obligation d'accepter les défenses d'office et les mandats d'assistance judiciaire prévue par l'art. 12 lettre g de la loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (LLCA; loi fédérale sur la libre circulation des avocats; RS 935.61) n'y changeait rien. La jurisprudence du Tribunal fédéral concernant l'allocation de dépens à une partie représentée par une personne morale de droit privé n'impliquait pas non plus le droit pour l'avocat de l'intéressée d'être nommé défenseur au bénéfice de l'assistance juridique.

C.

Par mémoire du 20 mars 2008, qu'elle a complété par un deuxième acte adressé le 26 mars 2008, AX._____ interjette un recours en matière de droit public, subsidiairement un recours constitutionnel: elle demande au Tribunal fédéral d'annuler la décision rendue le 18 février 2008 par le Vice-Président de la Cour de justice et de désigner son mandataire comme défenseur d'office devant la Commission cantonale de recours et dans la présente procédure.

Le Vice-Président de la Cour de justice se réfère aux considérants de sa décision. Le Vice-Président du Tribunal de 1ère instance a déposé des observations.

Considérant en droit:

1.

1.1 Le recours en matière de droit public est irrecevable contre les décisions en matière de droit des étrangers qui concernent une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent un droit (art. 83 lettre c ch. 2 LTF). Cette restriction vaut également pour les décisions incidentes de nature procédurale, par exemple en matière d'assistance judiciaire; autrement dit, le recours n'est recevable à l'égard de telles décisions que si la contestation matérielle a pour objet un véritable droit à une autorisation de séjour, par opposition à une simple expectative (cf. arrêt 2C_18/2007 du 2 juillet 2007, consid. 2). Tel est bien le cas en l'occurrence, dans la mesure où la recourante est formellement mariée à un ressortissant suisse (art. 7 al. 1 de la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers [LSEE; RS 1 p. 113], encore applicable en l'espèce).

1.2 Dans le cadre d'une procédure administrative, le refus de l'assistance juridique est une décision incidente qui cause en principe un dommage irréparable, de sorte que le recours en matière de droit public est immédiatement ouvert (art. 93 al. 1 lettre a LTF; arrêt 2C_143/2008 du 10 mars 2008, consid. 2; ATF 129 I 129 consid. 1.1 p. 131).

1.3 Déposé en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) par sa destinataire (art. 89 al. 1 LTF) contre une décision prise en dernière instance cantonale en matière d'assistance juridique, qui ne peut pas être attaquée devant le Tribunal administratif fédéral (art. 86 al. 1 lettre d LTF; art. 33 lettre i LTAF), le recours en matière de droit public est en principe recevable pour violation du droit fédéral qui comprend les droits constitutionnels (cf. art. 95 lettres a et c LTF). Il s'ensuit que le recours constitutionnel subsidiaire, dont est simultanément saisi le Tribunal fédéral, est irrecevable (cf. art. 113 LTF).

1.4 Comme le recours en matière de droit public est aussi conçu pour la protection des droits constitutionnels des citoyens (art. 95 lettre a LTF), il doit être formé par la personne titulaire du droit constitutionnel invoqué. Celui qui recourt ne peut par conséquent pas invoquer le droit constitutionnel d'autrui (ATF 125 I 161 consid. 2a p. 162).

En l'espèce, la recourante invoque le droit à l'égalité tiré de l'art. 8 Cst. en faveur de son mandataire par rapport aux autres avocats inscrits au barreau mais exerçant à titre indépendant (mémoire de recours du 20 mars 2008, chiffre 7), par rapport aux avocats salariés dans une étude d'avocat (ibid., chiffre 5.4) et par rapport au Centre LAVI (ibid., chiffre 5.4); ce faisant, elle invoque un droit dont elle n'est pas titulaire, de sorte que ses griefs sont irrecevables.

2.

La recourante reproche à l'instance cantonale précédente d'avoir retenu qu'elle était représentée, sur le plan cantonal, par la Fondation suisse du service social international.

2.1 D'après l'art. 105 LTF, le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente. Il peut rectifier ou compléter d'office les constatations de l'autorité précédente si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF.

2.2 Dans la décision attaquée, l'instance cantonale précédente a constaté que les interventions de Gian Luigi Berardi étaient libellées à la première personne du pluriel et effectuées sur papier à en-tête de la Fondation suisse du service social international, ce qui démontrait qu'il n'agissait pas pour son compte personnel, mais pour celui de ladite fondation.

La recourante objecte en vain que ce n'est pas la Fondation pour le service social international qui la représente formellement, mais bien Gian Luigi Berardi, comme cela ressortirait de la procuration figurant au dossier. En effet, cette procuration est rédigée sur papier à en-tête de la Fondation suisse du service social international et donne mandat à "Me Gian Luigi Berardi avocat auprès de la Fondation du service social international" et porte "élection de domicile auprès de la Fondation". Ces écrits n'infirment pas les constatations de l'instance cantonale précédente. Ils ne permettent pas de qualifier de manifestement inexacte la constatation de fait selon laquelle Gian Luigi Berardi n'agissait pas pour son compte personnel mais bien pour celui de la fondation. Le contenu de l'art. 9 de la loi cantonale du 12 septembre 1985 sur la procédure administrative (LPA; RSGE E 5 10), qui précise, selon la recourante, que seules les personnes physiques peuvent représenter les parties, n'a aucune influence sur ce fait. Mal fondé, ce grief doit être rejeté.

3.

La recourante soutient ensuite que l'instance cantonale précédente a interprété et appliqué de manière arbitraire les dispositions cantonales relatives à l'assistance juridique (sur la notion d'arbitraire: cf. ATF 133 I 149 consid. 3.1 p. 153).

3.1 Selon l'art. 143A de la loi genevoise du 22 novembre 1941 sur l'organisation judiciaire (LOJ/GE; RSGE E 2 05), applicable à la procédure administrative en vertu de l'art. 10 al. 2 LPA, le Président du Tribunal de première instance accorde l'assistance juridique sur sa demande à toute personne physique dont la fortune ou les revenus ne sont pas suffisants pour couvrir les frais d'une procédure civile, pénale ou administrative relevant de la compétence des juridictions du canton, ou pour lui assurer l'aide et les conseils d'un avocat ou d'un avocat-stagiaire lorsque ceux-ci sont nécessaires (al. 1); l'assistance juridique peut être refusée, sauf à un inculpé, s'il est manifeste que les prétentions et les moyens de défense du requérant sont mal fondés (al. 2); le Conseil d'Etat édicte le règlement d'application qui fixe les conditions auxquelles l'assistance juridique est accordée, refusée ou retirée, ainsi que les droits du défenseur à une indemnisation et au remboursement de ses frais (al. 4).

Sous le titre "Etendue", l'art. 4 al. 4 du règlement du 18 mars 1996 sur l'assistance juridique (RAJ; RSGE E 2 05.04) prévoit que l'assistance juridique ne s'étend pas aux activités relevant de l'assistance sociale, ou dont d'autres organismes peuvent se charger à moindres frais. L'art. 18 al. 1 et 2 RAJ prévoit que l'avocat nommé ne peut facturer au bénéficiaire ni provisions ni honoraires pour les prestations couvertes par l'assistance juridique et que l'Etat lui rembourse ses débours et l'indemnise pour son activité, à concurrence de 65 fr./h pour un avocat-stagiaire, de 125 fr. pour un collaborateur et de 200 fr. pour un chef d'étude (art. 19 al. 1 RAJ).

3.2 La recourante considère qu'il est contradictoire d'admettre d'une part qu'elle aurait le droit de se voir désigner d'office un avocat indépendant et d'autre part de lui refuser la désignation de son mandataire actuel parce qu'il n'agit pas à titre personnel mais pour le compte de la Fondation suisse du service social international. Elle ajoute qu'elle ne voit pas en quoi le statut de salarié de son mandataire justifierait qu'on lui refuse le bénéfice de l'assistance juridique. En rappelant le contenu de la décision attaquée, la recourante se borne - de manière essentiellement appellatoire (cf. art. 106 al. 2 LTF) - à affirmer que l'instance cantonale précédente aurait adopté une position contradictoire. Elle ne démontre pas que les motifs exposés dans la décision soient entachés d'arbitraire. Elle n'établit pas davantage que l'autorité cantonale précédente ait interprété le droit cantonal de manière arbitraire. Ces griefs sont par conséquent irrecevables.

4.

Selon la recourante, l'autorité cantonale précédente aurait violé l'art. 29 al. 3 Cst. ainsi que le but et l'esprit de l'art. 12 lettre f (recte: lettre g) LLCA. Dans la mesure où elle formule également, de manière peu claire, des griefs relatifs à la violation de l'interdiction de l'arbitraire, ceux-ci se confondent avec celui de la violation de l'art. 29 al. 3 Cst. et celui de la violation du droit fédéral.

4.1 Le principe, l'étendue et les limites du droit à l'assistance judiciaire sont déterminés en premier

lieu par le droit cantonal de procédure, dont le Tribunal fédéral ne contrôle le respect que sous l'angle de l'arbitraire. Dans tous les cas, l'autorité cantonale doit cependant respecter les garanties minimales déduites directement de l'art. 29 al. 3 Cst., dont le Tribunal fédéral examine librement le respect (ATF 127 III 193 consid. 3 p. 194; 125 I 257 consid. 3a p. 259). Lorsque le droit cantonal ne confère pas un droit plus étendu que celui prévu par l'art. 29 al. 3 Cst., le grief de violation du droit à l'assistance judiciaire doit être traité exclusivement à la lumière de cette dernière disposition (ATF 124 I 1 consid. 2).

4.2 D'après l'art. 29 al. 3 Cst., toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes a droit, à moins que sa cause ne paraisse dépourvue de toute chance de succès, à l'assistance judiciaire gratuite. Elle a droit à l'assistance gratuite d'un défenseur, dans la mesure où la sauvegarde de ses droits le requiert. Déjà sous l'empire de l'ancienne Constitution, le Tribunal fédéral avait tiré du principe d'égalité de l'art. 4 un droit, subsidiaire et minimal, à l'assistance judiciaire gratuite. L'art. 29 al. 3 codifie désormais cette garantie minimale (Jean-François Aubert/Pascal Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse* du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003, n° 1 ad art. 29 Cst., p. 264), qui a gagné en importance et s'étend désormais à toutes les procédures, y compris non judiciaires, dans tous les domaines du droit (ATF 132 I 201 consid. 8.2 p. 214 et les nombreuses références de jurisprudence citées).

4.3 Selon la jurisprudence rendue sous l'empire de l'art. 4 aCst., l'autorité chargée de désigner un défenseur d'office ne pouvait arbitrairement refuser de tenir compte dans la mesure du possible des vœux du justiciable quant à la personne du défenseur. Toutefois, vu la diversité des situations, l'art. 4 aCst. n'accordait pas au plaideur un droit inconditionnel au choix de son défenseur d'office (ATF 114 la 101 consid. 3 p. 104; 105 la 296 consid. 1d p. 302; SJ 1986 349 consid. 3). Le Tribunal fédéral se limitait donc à examiner si l'autorité précédente était tombée dans l'arbitraire en abusant de la liberté d'appréciation dont elle jouissait lorsqu'elle nommait un avocat d'office. Tel pouvait être le cas si la désignation d'un avocat d'office apparaissait objectivement préjudiciable à l'exercice des droits de la défense, soit à cause des relations personnelles du plaideur avec la personne désignée, soit en raison de la nature particulière de l'affaire. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a reconnu que la réglementation en vigueur dans plusieurs cantons, selon laquelle pouvaient seuls être désignés comme défenseurs d'office les avocats domiciliés dans le canton ou qui y exerçaient régulièrement leur profession, était en principe compatible avec l'art. 4 aCst. En effet, seuls les avocats du canton étaient soumis à la surveillance générale et au pouvoir disciplinaire du canton, ainsi qu'à l'obligation d'accepter une défense d'office; de plus, ils maîtrisaient normalement mieux les règles de procédure cantonale que leurs confrères de l'extérieur. Toutefois, dans certaines circonstances, le refus de désigner un avocat d'office hors du canton pouvait rendre illusoire ou très difficile la protection découlant de l'art. 4 aCst., en particulier lorsqu'un rapport de confiance particulier existait entre le plaideur et un avocat déterminé, qu'un avocat s'était déjà occupé des affaires du plaideur dans une procédure antérieure, ou que le plaideur ne connaissait pas la langue du tribunal et celle du défenseur d'office qu'on lui désignerait et qu'il devrait de ce fait se sentir lésé dans la défense de ses droits. Encore fallait-il toutefois que l'avocat de choix offrît une garantie suffisante qu'il pouvait mener correctement la procédure et que son activité n'entraînât pas, pour le canton, des frais plus élevés (ATF 125 I 161 consid. 3b p. 163 s.; 113 la 69 consid. 5c p. 70 s.; 95 I 409 consid. 5 p. 411 s.; arrêt 2P.287/1997 du 25 novembre 1997 in: SJ 1998 p. 189).

4.4 En matière de droit administratif, sous l'empire de l'art. 152 OJ, dans un arrêt rendu avant l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats, dans lequel le recourant était défendu par le Service d'aide juridique aux exilés financé par Caritas-Vaud, le Centre social protestant et SOS Asile Vaud, il a été jugé que seul pouvait être indemnisé au titre de l'art. 152 al. 2 OJ les avocats indépendants (arrêt 2A.233/1998 du 11 février 1999, consid. 4).

4.5 Dans le domaine du droit des assurances sociales, la désignation du défenseur d'office est régie par l'art. 37 al. 4 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA, RS 830.1). Lorsque les circonstances l'exigent, l'assistance gratuite d'un conseil juridique est accordée au demandeur (art. 37 al. 4 LPGA), en la personne d'un avocat ou d'une avocate breveté qui remplit (par analogie) les conditions personnelles pour être inscrit au registre au sens de l'art. 8 al. 1 de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats (ATF 132 V 200 consid. 5.1.4 p. 206). Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral des assurances a toutefois laissé ouverte la question de savoir si un avocat salarié d'une organisation d'utilité publique pouvait être nommé défenseur d'office.

4.6 L'art. 12 lettre g LLCA prévoit qu'un avocat est tenu d'accepter les défenses d'office et les

mandats d'assistance judiciaire dans le canton au registre duquel il est inscrit. Il ne confère pas aux avocats inscrits au registre cantonal le droit d'obtenir une défense d'office.

D'après l'art. 8 al. 2 LLCA, l'avocat qui est employé par une organisation reconnue d'utilité publique peut demander à être inscrit au registre à condition de remplir les conditions prévues à l'al. 1, let. a à c, et de limiter son activité de défenseur à des mandats concernant strictement le but visé par cette organisation. Il n'est par conséquent pas soumis à l'obligation d'indépendance de l'art. 8 al. 1 lettre d LLCA (cf. sur cet aspect, ATF 130 II 87). Même si, sur le principe, le droit fédéral ne s'oppose pas à ce qu'un avocat employé par une organisation d'utilité publique puisse aussi être chargé de défenses d'office dans les domaines d'activité de cette organisation et soit rémunéré par l'Etat à cette fin (à un tarif différent de celui applicable aux avocats indépendants), il n'en demeure pas moins, au regard de l'art. 12 lettre g LLCA, que les conditions de nomination d'un avocat d'office restent de la compétence des cantons (cf. Walter Fellmann, in: Fellmann/Zindel [Ed.], Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zurich/Bâle/Genève 2005, n° 143 ad art. 12 LLCA, p. 187).

Les cantons peuvent donc décider, pour des motifs objectifs dénués d'arbitraire et dans le respect des droits de la partie indigente garantis par l'art. 29 al. 3 Cst., de limiter le cercle des avocats auxquels ils confient les mandats d'assistance juridique, comme l'a fait le canton de Genève en édictant l'art. 4 al. 4 RAJ.

5.

5.1 L'instance cantonale précédente a considéré que l'art. 4 al. 4 RAJ concrétisait une clause de subsidiarité autorisant à limiter l'octroi d'une assistance juridique à la démarche ou à la procédure la moins onéreuse à disposition de l'intéressé, pourvu qu'elle lui offre des garanties suffisantes pour la défense de ses droits; cela permettrait ainsi de ne nommer défenseur d'office au bénéfice de l'assistance juridique et de ne rétribuer que des avocats et non des organismes d'utilité publique assimilés à des organismes agissant à moindres frais. Elle a par conséquent jugé que la situation de la recourante justifiait certes le recours à un avocat pour l'assister devant la Commission cantonale de recours de police des étrangers en raison du caractère technique de la procédure (décision attaquée, consid. 3 in initio), mais que son mandataire, la Fondation suisse du service social international, ne pouvait pas être nommée défenseur d'office.

5.2 La réglementation genevoise n'est ni arbitraire ni contraire à l'art. 29 al. 3 Cst. Il n'est en effet pas insoutenable de considérer qu'une partie qui bénéficie des conseils d'une organisation d'utilité publique spécialisée et qui est assistée par les avocats salariés de cette organisation ne puisse pas obtenir un défenseur d'office désigné par l'Etat. En l'espèce, comme la Fondation suisse du service social international est d'utilité publique et qu'elle reçoit une aide des collectivités publiques, rien n'interdit de penser - faute d'allégation contraire - qu'elle fournit à la recourante conseils et assistance juridiques gratuitement ou pour des honoraires fortement réduits. En pareille hypothèse, la nécessité de désigner un défenseur d'office fait défaut. Au demeurant, le fait de désigner défenseur d'office un avocat salarié d'une institution d'utilité publique reviendrait à verser les honoraires en dernier ressort à cette dernière, qui pourrait être tentée d'acquiescer de tels mandats pour financer ses activités. On ne saurait reprocher à un canton d'éviter un tel développement et de privilégier la désignation comme défenseur d'office d'un avocat indépendant non seulement vis-à-vis de l'Etat et de ses clients mais aussi de

toute influence extérieure. L'Etat doit en effet pouvoir compter que l'avocat n'entreprenne aucune démarche qui serait dictée par des motifs autres que la défense appropriée de son client (ATF 130 II 87 consid. 4.1 p. 93). Dans la mesure en outre où le législateur cantonal tente par ce moyen de maîtriser au mieux les coûts de l'assistance juridique et de procéder par conséquent à une gestion parcimonieuse des deniers publics, il se fonde sur des motifs objectifs et répond à un intérêt public évident (cf. Jean-François Aubert/Pascal Mahon, op. cit., n° 14 ad art. 36 Cst., p. 328), contrairement à ce que soutient à tort la recourante.

5.3 S'agissant enfin de la situation concrète de la recourante, il a été établi par la première instance cantonale qu'elle est indigente et que la défense de ses droits devant la Commission cantonale de recours est suffisamment compliquée pour qu'elle puisse bénéficier d'un défenseur d'office. Du moment que, comme l'a rappelé à juste titre l'instance cantonale précédente, la recourante peut demander la désignation d'un avocat indépendant comme défenseur d'office, le refus de désigner Gian Luigi Berardi comme tel ne lèse pas ses droits constitutionnels.

5.4 Mal fondés, les griefs de violation des art. 29 al. 3 et 36 Cst. ainsi que de l'art. 12 lettre g et 8 al. 2 LLCA doivent être rejetés.

6.

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours en matière de droit public dans la mesure où il est recevable.

Succombant, la recourante n'a pas droit à des dépens (art. 68 LTF). Elle demande au Tribunal fédéral de nommer Gian Luigi Berardi défenseur d'office.

D'après l'art. 64 al. 1 LTF, si une partie ne dispose pas de ressources suffisantes et si ses conclusions ne paraissent pas vouées à l'échec, le Tribunal fédéral la dispense, à sa demande, de payer les frais judiciaires et de fournir des sûretés en garantie des dépens. Il attribue un avocat à cette partie si la sauvegarde de ses droits le requiert (art. 64 al. 2 LTF).

En l'espèce, les conclusions de la recourante n'avaient pas de chance de succès suffisante de sorte qu'il n'y a pas lieu de nommer Gian Luigi Berardi défenseur d'office de la recourante.

Compte tenu de la situation financière précaire de la recourante, il n'est pas perçu de frais judiciaire (art. 65 al. 2 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.

Le recours en matière de droit public est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

Le recours constitutionnel subsidiaire est irrecevable.

3.

Il n'est pas perçu de frais judiciaires. La demande d'assistance judiciaire est rejetée pour le surplus.

4.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et au Vice-Président de la Cour de Justice du canton de Genève.

Lausanne, le 27 mai 2008

Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse

Le Président: Le Greffier:

Merkli Dubey