

## REMARQUES AU PROJET DE LOI SUR L'ASSISTANCE JUDICIAIRE ET ADMINISTRATIVE

Le service juridique ne s'est pas contenté de modifier un ou deux articles de la loi, mais propose un texte entièrement remanié. Certains articles sont modifiés sur le fond, d'autres - en apparence en tout cas - uniquement au niveau rédactionnel. Le rapport explicatif ne discute que des modifications essentielles apportées au texte actuel. On constate toutefois à la lecture du projet que la plupart des articles méritent des commentaires. Ceux-ci seront développés de manière systématique, article par article. Une analyse globale du projet les suivra.

### Article 1

Le nouvel article premier ajoute au champ d'application, son but, à savoir, *"garantir aux personnes dénuées de moyens financiers, si elles ont une cause raisonnable à défendre, la faculté d'accéder à la justice et de bénéficier d'un procès équitable de la même manière que celles qui en ont les moyens"*. Sur le fond, il n'y a rien de nouveau. On peut toutefois souligner que le but ainsi défini s'apparente plus aux causes civiles et administratives qu'aux causes pénales.

Les relations entre l'assistance judiciaire et l'aide juridique octroyée en application de l'article 3 alinéa 4 LAVI est depuis peu l'objet d'un certain nombre d'arrêts publiés du Tribunal fédéral (ATF 121 I 209, 212-213; ATF 122 II 211, 219-220).

Pour bien montrer l'interdépendance entre l'aide découlant de la LAJA et celle découlant de la LAVI, un alinéa 3 pourrait être ajouté à l'article 1 aux termes duquel *"l'aide juridique octroyée en application de la LAVI est réservée"*.

Sur le fond, on ne peut que souhaiter que le législateur cantonal révise prochainement ses dispositions d'application de la LAVI au vu des développements jurisprudentiels précités (voies et délais de recours en cas de refus de l'aide juridique due en vertu de l'article 3 alinéa 4 LAVI, etc.).

### Article 2 alinéa 1

L'article actuel dispose que *"toute personne dont les revenus ou la fortune ne lui permettent pas de garantir ..."*, alors que la nouvelle disposition parle de personne *"sans fortune et dont les revenus ne leur permettent pas ..."*. L'ancienne formulation est sans aucun doute meilleure, puisque concernant la fortune, et comme l'a confirmé la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'autorité doit examiner un certain nombre de circonstances, en particulier si le requérant peut disposer de sa fortune au moment du dépôt de la requête d'assistance judiciaire. Pour la jurisprudence neuchâteloise, on peut, entre autres, se référer aux RJN 1991 p. 109; RJN 1991 p. 111, 112; RJN 1986 p. 125, et pour la jurisprudence fédérale à l'ATF 118 Ia 369, JT 1995 I 541; ATF 119 Ia 11, JT 1995 II 58, SJ 1993 p. 454. Dès lors, on devrait préférer le texte suivant à celui du projet : *"l'assistance judiciaire et administrative est accordée aux personnes dont les revenus ou la fortune ne permettent pas d'assumer les frais nécessaires à la défense de leur cause"*.

#### Article 2 alinéa 2

L'alinéa 2 du projet codifie un principe établi par la jurisprudence. Voir, par exemple, ATF 119 Ia 11, SJ 1993 p. 454; ATF 119 Ia 134, JT 1996 p. 286. Seul problème, la jurisprudence a admis depuis longtemps que **la dette alimentaire** ne peut être prise en considération pour déterminer le droit à l'assistance judiciaire (JT 1990 I 299; JT 1941 I 530). La formulation proposée paraît donc trop large.

#### Article 2 alinéa 3

Ce nouvel alinéa ajoute qu'en procédure de recours la cause ne doit pas apparaître d'emblée dénuée de toutes chances de succès. Au vu de cette exigence, admise par le Tribunal fédéral dans le cadre de l'application de l'article 4 Cst. (voir ATF 122 I 5), on pourrait, au lieu d'exiger du requérant qu'il dépose une nouvelle requête devant chaque instance, comme le propose le nouvel article 11, faire simplement application de l'article 12 du projet (qui correspond à l'article 11 de la loi actuelle) et charger l'autorité saisie de retirer l'assistance lorsque le bénéficiaire n'y a plus droit, soit parce qu'il n'est plus indigent, soit parce sa cause est dénuée de chances de succès. Par ce biais, on éviterait les complications d'une nouvelle requête aux instances de recours. Cette solution permettrait, en quelque sorte, de *"renverser le fardeau de la preuve"*, en ce qui concerne l'indigence en tout cas.

#### Article 3

Le nouvel article 3 alinéa 1 reprend en partie l'article 9 de la loi actuelle. On ne parle plus que *"d'avances ou de garanties des frais de procédure par l'Etat"*. Le projet supprime la troisième option, soit l'hypothèse dans laquelle l'Etat *"supporte les frais de procédure"*. En effet, dans la loi actuelle, l'assisté ne doit supporter lui-même que le paiement à la partie adverse des frais et dépens auxquels il a été condamné (art. 17 al. 2). Par contre, lorsque les frais ne sont pas avancés par la partie adverse, l'assisté ne peut être recherché par l'Etat qu'en cas de retour à meilleure fortune. On notera au passage que la solution de la loi de 1980 est déjà plus dure que celle de la loi sur l'assistance judiciaire du 23 avril 1907 (et du 14 avril 1925) qui, à son article 2 (article 4 de la loi de 1925), libérait définitivement l'assisté de l'obligation de payer les frais et dépens de l'autre partie (voir CCC 5 425, CCC 6 254).

La condition du retour à meilleure fortune ne demeurerait donc que pour le remboursement à l'Etat des honoraires du mandataire d'office. La solution proposée ne paraît pas judicieuse, puisqu'elle aggrave nettement la situation du plaideur indigent qui risque de se voir mettre immédiatement aux poursuites en cas de perte de procès, alors qu'il a obtenu l'assistance et que sa cause n'apparaissait pas dénuée de chances de succès. S'il est raisonnable que l'Etat tente de faire des économies, la solution proposée, elle, ne l'est pas. Elle ne permettrait d'ailleurs qu'une économie extrêmement modeste, d'une part parce que le gros des montants est représenté par les honoraires de l'avocat d'office, d'autre part parce que réclamer le remboursement immédiat des frais à l'assisté débouchera généralement sur un acte de défaut de biens. La solution qui devrait être préconisée serait d'améliorer le système de recouvrement en cas de retour à meilleure fortune. Il faudrait - si le système actuel n'est pas adéquat - faciliter l'accès du service de l'Etat chargé de recouvrer les frais avancés aux données fiscales, permettant de déterminer si l'assisté a de nouveau des moyens financiers.

L'article 3 n'indique pas, comme c'est le cas de l'article 9 de la loi actuelle, qu'en matière civile *"l'assisté est dispensé de fournir caution"*. Il s'agit d'une lacune qu'il faudrait combler.

On peut également se demander s'il ne serait pas judicieux d'insérer dans le nouvel article 3 une disposition aux termes de laquelle si le requérant n'a pas, au vu de ses revenus ou de sa fortune, droit à l'assistance judiciaire, l'autorité peut, lorsque les circonstances le justifient,

décider qu'une avance de frais devra être faite par acomptes. Cette solution est d'ailleurs déjà pratiquée, mais de manière relativement fluctuante, par les Cours civiles du Tribunal cantonal en tout cas.

Le fait d'avoir supprimé la référence à l'assistance totale ou partielle semble, à première vue, n'avoir aucune incidence. Mais en réalité la distinction demeure, et elle est faite par le Tribunal fédéral (par exemple, ATF 119 Ia 264, JT 1994 p. 603).

#### Article 4

L'alinéa 1 est contestable. Il conditionne le droit à l'assistance d'un avocat d'office en matière civile, devant le Tribunal de district ou le Tribunal de Prud'hommes, à l'existence de difficultés particulières ou au fait que la partie adverse soit elle-même assistée d'un avocat. Le projet reprend par là une jurisprudence du Tribunal fédéral, développée dans des procédures soumises à la maxime d'office (divorce; procès du droit de la filiation, en particulier ATF 104 Ia 72, JT 1980 I 214, qui résume l'ensemble de la jurisprudence fédérale). D'après cette jurisprudence, la nécessité d'un avocat d'office dépend de la difficulté de la cause, des connaissances juridiques de la partie concernée, ainsi que du point de savoir si l'adverse partie est représentée par un avocat, et de la portée du jugement à rendre (ATF 119 Ia 264, JT 1994 I 603; ATF 110 Ia 27, JT 1986 I 653r, voir également RJN 1989 p. 164, 167). On voit dès lors que le projet ne retient que deux des critères dégagés par le Tribunal fédéral et que le texte proposé paraît donc incomplet. De plus, l'article est peu précis, puisqu'on y parle du Tribunal de district et du Tribunal des Prud'hommes, mais pas de l'Autorité régionale de conciliation en matière de bail, ni du Tribunal matrimonial ou de l'autorité tutélaire. Cet alinéa devrait certainement être biffé. On pourrait éventuellement le remplacer par un alinéa aux termes duquel en procédure civile la désignation d'un avocat d'office intervient "*si elle est nécessaire à la protection des intérêts légitimes du requérant*" (phrase type retenue par le Tribunal fédéral en application de l'article 4 Cst. ATF 119 Ia 264, JT 1994 I 603).

L'alinéa 2, qui existe d'ores et déjà dans la loi actuelle, n'amène pas de remarques particulières. On peut observer que le principe retenu est certainement un peu plus large que le droit découlant de l'article 4 Cst., puisque les conditions fixées par le Tribunal fédéral dans les causes administratives non contentieuses, qui doivent être respectées très strictement (ATF 117 Ia 277, SJ 1992 p. 417), sont :

- Décision ayant une portée considérable pour le requérant.
- Le requérant est dépourvu des connaissances juridiques nécessaires.
- La procédure pose des questions qu'on ne peut éluder et qui ne sont pas faciles à résoudre.

Quant à l'alinéa 3, dernière phrase, qui concerne le plaignant, se pose la question de sa conformité avec l'article 4 Cst., puisque, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le lésé auquel la procédure cantonale accorde un droit de partie et de recours (c'est le cas à Neuchâtel pour le plaignant; article 46 CPPN; article 243 CPPN) a un droit déduit de l'article 4 Cst. à l'assistance judiciaire (ATF 109 Ia 12, 13-14, JT 1984 IV 52). Si le texte actuel (article 2 alinéa 4) est très certainement contraire à ce droit (dans la mesure où il restreint le droit à l'assistance judiciaire au plaignant ayant déposé des conclusions civiles, ce d'autant plus que celles-ci, depuis 1993, ne peuvent être déposées que trois jours avant les débats, article 25 alinéa 2 CPPN), la mouture proposée prête également le flanc à la critique, en ce qu'elle restreint ce droit aux situations dans lesquelles le prévenu est assisté d'un avocat. Il n'est à nouveau pas fait référence à l'ensemble des critères dégagés par le Tribunal fédéral. Le texte suivant pourrait être proposé : *"pour sa part, le plaignant n'a droit à la désignation d'un avocat d'office que si celle-ci est nécessaire à la protection de ses intérêts légitimes"*.

#### Article 5

A l'alinéa 2, le projet indique **"le justiciable ou l'administré doit également être rendu attentif ..."**, alors que la loi actuelle indique *"le justiciable ou l'administré sera rendu attentif ..."*. Si l'on consulte le rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil et les procès-verbaux des discussions qui ont suivi devant le Grand Conseil (BGC 145/2 1730, 1757 ss), on constate que l'article 3 de la loi actuelle voulait faire une distinction quant à la manière d'informer le prévenu et le justiciable en matière civile et administrative des conditions d'octroi de l'assistance judiciaire (la loi actuelle dispose que, "en matière pénale, l'autorité saisie *informe* le prévenu de son droit à l'assistance ...", alors qu'en matière civile et administrative, le justiciable ou l'administré *"sera rendu attentif* à son droit ...", la manière d'informer étant, dans l'esprit du texte, moins stricte en matière civile et administrative que pénale). C'est le mot **"également"** semble suggérer que la manière d'informer et les conséquences en cas d'oubli sont les mêmes en matière pénale, civile et administrative, ce d'autant plus que la jurisprudence utilise également *l'expression "rendre attentif"* pour l'information due au pénal (RJN 1986 p. 99; RJN 1980-1981 p. 123). A noter que selon la jurisprudence actuelle, le fait de ne pas rendre attentif un prévenu à son droit de se pourvoir d'un défenseur d'office est un motif de cassation (RJN 1986 p. 99; RJN 1980-1981 p. 123). Le défaut d'information en procédure

civile et administrative devra ainsi désormais également aboutir la cassation ou à l'annulation.

#### Articles 6, 7, 8 et 9

Ces nouvelles dispositions correspondent aux articles 4, 5, 6 et 7 de l'ancienne loi, avec quelques modifications. On n'y retrouve pas le 2ème alinéa de l'article 4 qui dispose : "*au besoin, l'autorité compétente aide le requérant à rédiger sa demande*". Il s'agit peut-être d'un principe implicite, mais cette phrase devrait certainement être maintenue. La 2ème phrase de l'article 6 a également été rayée, probablement parce que le principe de la transmission d'office est d'ores et déjà prévu par la LPJA.

Le principe de l'article 9 alinéa 3 du nouveau texte, à savoir la perte du droit à l'assistance en cas de refus du requérant de fournir les renseignements nécessaires, est une codification d'un principe incontesté, tant en jurisprudence cantonale (RJN 1989 p. 168), qu'en jurisprudence fédérale (ATF 120 Ia 179, JT 1975 I 283).

#### Article 10

Cette disposition, qui traite de la gratuité, correspond sur le fond au texte de l'article 8 de la loi actuelle. On peut s'étonner que le projet ne codifie pas le principe, retenu par le Tribunal administratif, aux termes duquel la gratuité de la procédure d'octroi ne s'applique pas à l'avocat d'office qui conteste son indemnité (RJN 1995 p. 154, 158). Il est sans doute très rare qu'un assisté recourt contre le montant de l'indemnité accordée à son avocat d'office (parce qu'il considère celle-ci comme trop élevée et craint de devoir payer un montant exagéré en cas de retour à meilleure fortune), mais il ne serait pas inutile de préciser si ce principe s'applique également à la contestation de l'indemnité par celui-ci, ou uniquement parce qu'elle est l'oeuvre de l'avocat d'office.

#### Article 11

Cette nouvelle disposition prévoit que l'assistance se termine à la fin de l'instance pour laquelle elle a été accordée. On peut ici renvoyer aux remarques à l'article 2 alinéa 3.

Examinons encore deux cas particuliers :

- Dans la mesure où le Tribunal fédéral admet désormais que l'assistance judiciaire peut être accordée dans la procédure devant l'autorité régionale de conciliation (ATF 119 Ia 264, JT 1994 I 603), devrait-on admettre que la procédure ultérieure devant le Tribunal de district, voire devant une des Cours civiles sont de nouvelles instances ou, à tout le moins dans les cas où l'Autorité de conciliation n'a pas de pouvoir de décision, la 2ème phase d'une même instance ?
- Un recours devant la Chambre d'accusation, dans une procédure pénale pour laquelle l'assistance a été accordée, devrait-il faire l'objet d'une nouvelle demande d'assistance ? S'agit-il, à ce titre, d'une nouvelle instance ? La question se pose avec d'autant plus d'acuité du fait que la jurisprudence neuchâteloise a admis que la Chambre d'accusation, saisie d'un recours, doit se prononcer sur l'indemnité d'avocat d'office, celle-ci étant l'autorité saisie de la cause (article 16 du texte actuel; voir l'article 17 du projet; RJN 1990 p. 110), comme elle l'a admis pour le recours interjeté devant la Cour de cassation pénale (RJN 1990 p. 107, 108), manifestement considérée comme une nouvelle instance dans le projet.

L'article 10 du texte actuel aux termes duquel "*dans les causes en divorce l'assistance peut commencer dès et y compris la tentative de conciliation*" n'est pas repris dans le projet. Ceci paraît logique puisque le nouveau code de procédure civile, contrairement à l'ancien, fixe l'introduction de l'instance au dépôt de la citation en conciliation. Et comme l'article 6 du projet (article 5 actuel) précise que l'assistance peut être demandée avant l'introduction de l'instance et que l'article 11 indique que l'assistance prend effet le jour où elle a été requise, la précision de l'article 10 alinéa 3 ne paraît plus nécessaire. A moins qu'il ne s'agisse là d'un silence qualifié (il ne découle de l'article 4 Cst aucun droit à l'assistance judiciaire pour la phase de conciliation ATF 114 Ia 29).

L'article 11 alinéa 2 reprend l'article 10 alinéa 2 de la loi actuelle. L'application que font les autorités neuchâteloise de l'article 10 alinéa 2 est plus large que la jurisprudence du Tribunal fédéral sur ce point.

### Article 12

On peut renvoyer aux remarques faites à l'article 2 alinéa 3.

L'article 12 alinéa 3 ne répond pas à un point laissé en suspens par le Tribunal administratif, à savoir si le retrait peut avoir un effet rétroactif (RJN 1989 p. 164, 168). Le principe de la non rétroactivité du retrait devrait être admise et mentionnée dans la loi. En effet, la loi actuelle et le projet offrent

déjà la possibilité à l'Etat d'exiger de l'assisté le remboursement de ses prestations si l'assistance a été accordée à tort (article 21 de la loi actuelle, article 23 du projet).

### Article 13

La différence entre ce texte et l'article 12 de la loi actuelle est d'ordre rédactionnel. La loi actuelle parle aux trois alinéas de "choix" de l'assisté, alors que le nouveau texte, s'il maintient le verbe "choisir" à l'alinéa 1, parle de "proposition" dans les deux alinéas suivants. En fait, la situation est la même, puisque dans le texte actuel, on réserve la *ratification* de l'autorité, alors que dans le nouveau texte, l'autorité compétente nomme sur *proposition* du bénéficiaire. Formellement, l'ancien texte est meilleur.

### Article 14

Si l'article 13 du projet reprend les termes de l'article 12 en disposant que "*l'avocat d'office est choisi parmi les avocats autorisés à plaider dans le canton*", par contre l'article 14 indique qu'a le devoir d'accepter le mandat d'office "*l'avocat établi dans le canton pour y exercer professionnellement le barreau, à titre indépendant ou comme collaborateur d'un avocat indépendant*". Le texte actuel indique à l'article 13 que "*l'avocat qui pratique a le devoir d'accepter son mandat*". Par conséquent, un avocat établi dans le Canton du Jura mais titulaire d'une autorisation générale de plaider dans le Canton de Neuchâtel, voire d'un brevet d'avocat neuchâtelois, ne pourrait être contraint d'accepter un mandat. A croire que le nouveau texte est plus restrictif que l'ancien. On peut encore se demander si l'Etat se fonde sur le rôle officiel du barreau pour attribuer ces mandats, puisque les conditions qu'il pose à l'obligation d'accepter un mandat d'office correspondent aux conditions nécessaires à l'inscription au rôle officiel. Toutefois, il est bien clair qu'un avocat établi dans le canton pour y exercer professionnellement le barreau n'est pas contraint de se faire inscrire au rôle officiel du barreau, mais doit de toute manière, aux termes de la loi accepter un mandat d'office.

### Article 15

Cet article correspond à l'article 14 actuel. On y a ajouté un 3ème alinéa selon lequel l'activité de l'avocat d'office doit se limiter à ce qui est nécessaire à la défense des intérêts qui lui sont confiés. Ce principe est certainement tiré de la jurisprudence fédérale concernant la rémunération de l'avocat d'office, aux termes de laquelle l'aide morale ou l'aide sociale ne sont pas à la charge de l'Etat (ATF 109 Ia 107, JT 1984 IV 95, SJ 1984 p.

49; RJN 1994 p. 129, 130). La tournure proposée a peut-être le désavantage de confondre activité rémunérée et activité nécessaire. L'aide sociale ou l'aide morale, non rémunérées, peuvent être nécessaires. Il ne faudrait pas considérer que l'avocat d'office excède ses pouvoirs en dispensant une telle aide.

### Article 16

Le nouvel article 16 pose le principe d'une rémunération fondée sur un tarif horaire fixé par le Conseil d'Etat. Comme l'a jugé récemment le Tribunal fédéral (SJ 1996 p. 667 ss), un tel arrêté constituerait une base légale suffisante. La solution proposée n'est de loin pas la meilleure, dans la mesure où l'on sait que la jurisprudence du Tribunal fédéral évolue assez rapidement sur ce point (le Tribunal fédéral a récemment jugé qu'une indemnité de frs 120.-- ne suffisait plus, dans le Canton de Genève, à assurer une rémunération suffisante pour l'avocat d'office SJ 1996 p. 667). Le système actuel, de fait jurisprudentiel (mis à part le principe retenu à l'article 3 RELAJA, puisque les maxima fixés dans cet arrêté du Conseil d'Etat ont été jugés susceptibles d'être contraires à l'article 4 Cst. RJN 1993 p. 186, 187; RJN 1982 p. 117, 120-121) est plus souple et certainement plus judicieux. Il est clair en tout cas que l'Etat ne fera aucune économie en instaurant un tarif horaire, dans la mesure où la jurisprudence du Tribunal fédéral a d'ores et déjà placé la barre (pour le Canton de Genève) à la hauteur, voire plus haut que celle qu'a fixée par le Tribunal administratif (RJN 1995 p. 154 : frs 125.-- de l'heure, alors que le Tribunal fédéral considère que la limite doit être entre frs 121.-- et frs 152.-- pour couvrir les frais généraux, entre 40 et 50 % SJ 1996 p. 667).

Une solution convenable consisterait à insérer dans la loi les principes retenus à l'article 3 de l'arrêté du Conseil d'Etat, qui fait référence aux différents critères retenus par le Tribunal fédéral. Par contre, les articles 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 de l'arrêté devraient être purement et simplement biffés (voir d'ailleurs RJN 1993 p. 186, 187; ATF in RJN 1982 p. 117, 12-121).

On notera également que le système proposé dans le projet risque de réserver des surprises aux collaborateurs d'études, puisque le rapport

indique en page 6 que celui-ci permettra "d'opérer les distinctions nécessaires, selon qu'il s'agit d'une activité d'un avocat indépendant, de l'un de ses collaborateurs ou de l'un de ses stagiaires". Cette solution a été retenue dans le Canton de Genève où les avocats indépendants étaient rémunérés (avant l'arrêt du Tribunal fédéral du 31 janvier 1996 précité) à frs 120.-- l'heure, les collaborateurs à frs 100.-- et les stagiaires à frs 50.-. La distinction entre avocats indépendants et collaborateurs viole certainement l'article 4 Cst. Concernant la rémunération des stagiaires, il convient de préciser que la solution genevoise ne pourrait être reprise comme telle, dans la mesure où dans ce canton les avocats-stagiaires sont mandatés personnellement (ATF 109 Ia 107, JT 1984 IV 95, SJ 1984 p. 49).

#### Article 17

Voir remarques ad art. 11.

#### Article 18

La jurisprudence tirée de l'article 18 alinéa 1 lit. b LAJA, aux termes de laquelle il est coutume de déposer le mémoire en début d'audience ou à tout le moins jusqu'à clôture des débats (RJN 1985 p. 137, 139) serait modifiée par le nouvel article 18 selon lequel la demande de rémunération se ferait dans les six mois qui suivent la fin de l'instance pour laquelle l'assistance a été accordée. Il est peut-être regrettable que l'avocat d'office ne puisse pas également déposer son mémoire en début d'audience ou jusqu'à clôture des débats, ce qui lui permettrait d'être fixé plus rapidement sur son indemnité. L'article 18 pourrait donc être élargi dans ce sens.

#### Article 19

L'article 19, tout comme l'article 15 de la loi actuelle, n'indique pas si l'avocat d'office répond en vertu des règles du mandat (en particulier en cas de violation du devoir de diligence) du dommage qu'il cause à l'assisté, dans l'hypothèse où aucun acte illicite ne lui serait imputable. Ce point devrait certainement être élucidé.

Article 20

On se réfère aux remarques à l'article 3 alinéa 1. Idem pour l'article 21.

Article 23

Voir remarques ad art. 3 al. 1.

Concernant le remboursement immédiat des frais de justice en matière pénale, la situation est d'autant plus choquante que l'article 23 alinéa 1 dispose que l'Etat : *"peut renoncer à ce remboursement [de l'indemnité d'avocat d'office], ou en modaliser les conditions, s'il apparaît que la réinsertion sociale de l'intéressé en serait sérieusement compromise"*.

Article 26

Cet article reprend l'article 24 de la loi actuelle. Pour éviter toute confusion (même certains tribunaux l'ont faite parfois) et bien que ce principe découle déjà de la LPJA, il serait bon d'y indiquer expressément que le délai de recours contre le refus de l'assistance est de 10 jours, la décision étant incidente (article 27 alinéa 2 litt. h LPJA; RJN 1989 p. 164, 166), contrairement à la décision fixant la rémunération de l'avocat d'office, soumise au délai ordinaire de 20 jours (arrêt non publié du Tribunal administratif du 16 mars 1994).

Article 30

Le 2ème alinéa de cette disposition transitoire ne paraît pas très clair : il indique que *"la désignation d'un avocat d'office ne peut toutefois être remise en question"*. Cela signifie-t-il que la désignation aurait un effet pour l'ensemble de la procédure cantonale (1ère et 2ème instance) ?

\* \* \*

Quelles conclusions peuvent être tirées de ces divers commentaires ?

Premièrement, que le but avoué de cette révision, à savoir faire quelques économies en matière d'assistance judiciaire (rapport explicatif, p. 1) ne sera certainement pas atteint. Les dépenses risquent de rester les mêmes; elles ne seront sans doute même pas freinées. Les conditions d'octroi actuelles de l'assistance judiciaire correspondent dans une large mesure à celles que dégage le Tribunal fédéral en application de l'article 4 Cst. Et il est exclu de porter atteinte à ce minimum garanti, comme on pourrait le faire, par

exemple, par une interprétation très stricte de l'article 4 alinéas 1 et 3 du projet.

La loi actuelle place les bons jalons :

- indigence;
- en procédure administrative et civile, causes non dénuées de chances de succès;
- en police et en procédure administrative non contentieuse, difficultés particulières.

La loi cantonale ne peut amener de nouvelles restrictions. Si le but est de contraindre les tribunaux à plus de rigueur, nul besoin de révision. Il suffit - si nécessaire - de les inviter à appliquer strictement les conditions fixées par la loi actuelle. On notera d'ailleurs que l'article 24 bis actuel permet au département de justice de recourir contre les décisions relatives à l'assistance judiciaire. En cas d'octroi trop généreux, le département pourrait donc faire vérifier la décision par le Tribunal administratif. Il suffit d'utiliser les possibilités offertes par la loi. Il resterait, peut-être, à améliorer la communication des décisions LAJA au département, dont on ne connaît pas les modalités.

Quant à l'obligation de demander l'assistance judiciaire à chaque instance, qui occasionne un surplus de travail pour les tribunaux, il est probable qu'elle n'apportera aucune modification sensible des coûts, le gros des honoraires d'avocat d'office, en particulier au pénal, étant, sauf erreur, représenté par la défense des intérêts du client devant la première instance cantonale. La nouvelle tâche confiée aux autorités de recours aura également une incidence sur les frais de justices. Le système proposé est en outre des plus pénalisant pour l'avocat, contraint de travailler avant de savoir si l'assistance sera octroyée à son client, au vu, en particulier, des chances de succès du recours. Et l'on sait que la situation devant le Tribunal fédéral, qui applique ce principe, est des plus contestée, en particulier au regard de ces arrêts fédéraux comptant une dizaine de pages de développement et comportant un paragraphe concis aux termes duquel l'assistance est refusée pour la procédure de recours, *"la cause étant à l'évidence dénuée de chances de succès"* ...

La suppression de la condition du retour à meilleure fortune pour la perception des frais de justice n'apportera pas plus d'argent dans les caisses, comme on l'a déjà indiqué dans le commentaire à l'article 3 alinéa 1. Peut-être découragera-t-elle quelque indigent à agir devant les tribunaux, craignant de voir sa cause - non dénuée de chances de succès - perdue pour un motif ou un autre (et l'on sait qu'il est impossible d'avoir la certitude de gagner un procès), et d'être ainsi mis aux poursuites, ce qui peut avoir des conséquences catastrophiques. On ne peut dire, contrairement au rapport explicatif (p. 1), *"qu'il s'agit [par-là] de faire en sorte que les prestations*

*de l'assistance judiciaire s'adressent de façon plus équitable et plus raisonnable aux personnes qui en éprouvent un réel besoin".*

Enfin, la modification du système de rémunération des avocats d'office n'apportera aucune modification quant au montant alloué à ceux-ci, comme indiqué dans le commentaire à l'article 16 du projet. Ici également seul le contrôle des tribunaux, en particulier du Tribunal administratif, du temps consacré par l'avocat d'office à la cause, permet de limiter les coûts, si faire se peut. Donner de meilleurs moyens à l'autorité chargée d'examiner si l'assisté est revenu à meilleure fortune pourrait peut-être permettre de récupérer une partie des montants avancés, aujourd'hui le plus souvent à fonds perdus.

En résumé, les moyens proposés ne permettront certainement pas d'atteindre le but d'économie poursuivi.

Deuxièmement, que les nouveaux articles sont, au point de vue rédactionnel, souvent moins bons que les anciens (article 2 alinéa 1; article 5; article 13; article 14; article 15 alinéa 3) et laissent parfois planer des doutes sur leur réelle portée : nouveau contenu ou simple modification de tournure ? (article 2 alinéa 1, article 5, article 14, etc).

Troisièmement, que le projet codifie quelques principes jurisprudentiels (article 2 alinéa 2; article 4 alinéa 1; article 4 alinéa 3; article 9 alinéa 3; article 15 alinéa 3, etc.) mais uniquement par bribes, souvent de manière incomplète et donc insuffisante (article 2 alinéa 2; article 4 alinéa 1; article 4 alinéa 3; article 15; article 16), qu'il n'en mentionne pas d'autres qui seraient les bienvenus (commentaire à l'article 3; commentaire à l'article 26), qu'il fait disparaître certains principes qu'il n'est pas inutile de rappeler à première vue (commentaire de l'article 3; commentaire de l'article 4 alinéa 2; commentaire de l'article 10 alinéa 3), et qu'il ne résout pas certaines questions en suspens (commentaire de l'article 1; commentaire de l'article 19; commentaire de l'article 12 alinéa 3).

Quatrièmement, que certains articles proposés pourraient, si l'on s'en tient à une interprétation littérale, être appliqués de manière contraire à l'article 4 Cst. (article 2 alinéa 1; article 4; article 16, suivant l'arrêté d'exécution qui sera mis sur pied).

Au vu de l'ensemble de ces éléments, peut-être serait-il plus judicieux de conserver le texte actuel, avec certaines modifications, essentiellement sur les points suivants :

- Relation de la LAJA avec la LAVI.
- Avance de frais par acompte pour le plaideur non indigent mais incapable de verser en une seule fois le montant de celle-ci.

- Chances de succès en procédure de recours (y compris au pénal).
- Octroi de l'assistance judiciaire au plaignant.
- Décision séparée sur la rémunération de l'avocat d'office.
- Responsabilité de l'avocat d'office en dehors des cas d'actes illicites.
- Délai de recours.
- Transmission des décisions concernant la LAJA au département.
- Meilleure coordination des services pour l'examen du retour à meilleure fortune.

Le 30 mai 2007

FB/fj