

FRANÇOIS BOHNET
PASCAL MAHON
Professeurs à l'Université
de Neuchâtel

CONSULTATION

Portant sur la compatibilité de la justice de paix tessinoise
avec les art. 30 al. 1 Cst. et 6 § 1 CEDH

Rendue le 29 juin 2018

Table des matières

I.	Objet de la consultation	3
II.	Art. 6 § 1 CEDH	4
III.	Droit suisse	7
	A. Art. 30 al. 1 Cst.	7
	B. Juges de paix, connaissances juridiques et indépendance envers le référént	8
	C. Légitimité démocratique du collaborateur disposant d'une formation juridique et organisation judiciaire.....	17
IV.	Justice de paix tessinoise	18
V.	Analyse	21
VI.	Synthèse	24

I. Objet de la consultation

1. Le présent avis de droit est établi à la suite de la requête en ce sens du 9 mai 2018 du Conseil d'Etat du Canton du Tessin. Il intervient dans le cadre de la modification actuellement envisagée des arrondissements judiciaires et du statut des juges de paix¹. En réponse à la consultation de ce projet, le Conseil de la magistrature (Consiglio della Magistratura) a en effet exposé ses doutes quant à la constitutionnalité de la figure du juge de paix telle que connue actuellement dans le Canton du Tessin². En substance, le Conseil de la magistrature émet des réserves en raison de la particularité du système tessinois du juge de paix, qui fait de ce magistrat un juge unique sans collaborateur, y compris juridique. Un système de « juge de l'ombre », auquel le juge de paix peut s'adresser, peut ainsi s'avérer discutable si ce n'est inadmissible, puisqu'il pourrait aller à l'encontre du principe de l'indépendance, ceci d'autant plus que les parties à la procédure ignorent cet éventuel recours à une aide juridique. Dans les faits, ce juge de l'ombre peut par ailleurs influencer de manière décisive, si ce n'est exclusive, la procédure et la décision à intervenir. Le Conseil de la magistrature précise également qu'il estime que la formation de base devrait être suivie avant toute entrée en fonction et celle-ci ainsi que les formations continues devraient être obligatoires, ce qui ne ressort pas de la loi.
2. Le présent avis se fonde notamment sur une documentation transmise par la Division de la justice (Divisione della giustizia), le 20 avril 2018, en particulier les documents suivants :
 - Rapporto del 9 giugno 2010 della Commissione della legislazione sul messaggio 22 dicembre 2009 concernente l'adeguamento della legislazione cantonale all'introduzione del codice di diritto processuale civile svizzero (n° 6313 R) ;
 - Risposta del 28 settembre 2011 del Consiglio di Stato all'interrogazione 22 settembre 2011 n. 263.11 – Giudice di pace ;
 - Rapporto del Gruppo di lavoro sulle giudicature di pace del 18 giugno 2014 sulla riorganizzazione delle giudicature di pace ;
 - Progetto di Messaggio Riorganizzazione delle Giudicature di pace, versione 22 gennaio 2018 ;
 - Corriere del Consiglio della Magistratura del 15 febbraio 2018 ;
 - Corriere della Divisione della giustizia del 5 aprile 2018.
3. Dans un premier temps, les soussignés examineront la compatibilité d'un système prévoyant des magistrats laïcs avec les garanties procédurales et les

¹ Progetto di Messaggio Riorganizzazione delle Giudicature di pace, versione 22 gennaio 2018, p. 12.

² Corriere del Consiglio della Magistratura del 15 febbraio 2018.

règles du procès équitable au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH), avant de le faire sous l'angle du droit suisse. Les éléments pertinents de l'organisation judiciaire tessinoise et de la réforme envisagée seront ensuite présentés, avant qu'une analyse et une synthèse ne soient formulées à propos de la constitutionnalité de la justice de paix tessinoise et des corrections à envisager.

4. Les soussignés remercient Me Guillaume Jéquier, collaborateur scientifique et doctorant à la faculté de droit de l'Université de Neuchâtel pour son aide apportée dans la rédaction de cette consultation.

II. Art. 6 § 1 CEDH

5. L'art. 6 § 1 CEDH prévoit que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi [...].
6. La Cour EDH ne s'est, à notre connaissance, pas prononcée sur la question de la compatibilité avec l'art. 6 § 1 CEDH d'un organe judiciaire composé *uniquement* de juges laïcs. Dans plusieurs décisions³, elle a jugé que la présence de juges non professionnels dans une autorité n'était pas contraire à cette disposition. Par exemple, dans une affaire concernant un Tribunal militaire, elle a jugé que « *Firstly, regarding the applicant's complaint about the lack of legal qualification of one of the members, the Court reiterates that the participation of lay judges on tribunals is not, as such, contrary to Article 6: the principles established in the case-law concerning independence and impartiality are to be applied to lay judges as to professional judges* ». Dans cette affaire, la Cour a estimé que la composition du tribunal violait la garantie de l'indépendance dès lors que l'un des trois juges n'était pas un juge militaire professionnel, qu'il était au contraire nommé spécifiquement pour cette affaire et demeurerait soumis à sa hiérarchie. En revanche, la Cour n'a pas considéré « *that the lack of legal qualification of the military officer who sat on the bench of the military criminal court hindered his independence or impartiality* ».⁴
7. En d'autres termes, elle a retenu que l'art. 6 § 1 CEDH n'impose pas qu'un tribunal soit composé exclusivement de juges professionnels⁵. Il est toutefois

³ Cf. notamment Cour EDH *Sramek c. Autriche*, du 22 octobre 1984, affaire N° 8790/79, § 39 ; *Le Compte et alii c. Belgique*, du 23 juin 1981, affaire N° 6878/75, § 57 ; *Langborger c. Suède*, du 22 juin 1989, affaire N° 11179/84, § 30 ; *Ettl et alii c. Autriche* du 23 avril 1987, affaire N° 9273/81, § 37 ss.

⁴ Cour EDH, *Ibrahim Gürkan c. Turquie*, du 3 juillet 2012, affaire N° 10987/10, § 18.

⁵ CHRISTOPH GRABENWARTER/KATHARINA PABEL, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 6^e éd., Munich, Bâle, Vienne 2016, § 24 N 31 ; CHRISTOPH GRABENWARTER, *European Convention on Human Rights – Commentary*, Bâle 2014, art. 6 N 37 et les références citées, qui traitent toutes de juridictions composées de magistrats professionnels et d'autres membres non juristes.

nécessaire, à l'instar des juges professionnels, que la législation prévoyant l'institution de juges laïcs contienne des précisions « quant à la sélection des candidats, à leur nomination subséquente au poste, à leurs droits et obligations, etc. », afin que le tribunal soit établi par la loi⁶.

8. La Cour a encore eu l'occasion de préciser, en ce qui concerne la connaissance préalable par un juge de l'affaire dans un autre rôle (dans les cas d'espèce, en procédure pénale), que les juges professionnels, au moment de traiter pour la seconde fois le même contexte de faits, étaient plus à même de se distancer des considérations qui les avaient accompagnés lors de leur première implication que les juges non professionnels⁷.
9. Dans une affaire *Cooper c. Royaume-Uni*⁸, qui concernait une cour martiale anglaise, la Cour a traité de manière précise la question de l'absence de qualification juridique de ses membres, en lien avec la garantie d'indépendance prévue à l'art. 6 § 1 CEDH. Pour ce faire, elle a tenu compte de différents éléments pertinents sur ce thème.
10. Elle a en premier lieu retenu que les membres de la formation de jugement sans qualification juridique avaient reçu une documentation contenant de nombreuses informations sur le déroulé de l'audience, leur rôle et prérogative lors de celle-ci et les interdictions qui leur étaient faites de prendre un quelconque contact avec les parties au procès. Ce document exposait également l'interdiction absolue de discuter de l'affaire en cours avec quiconque si ce n'est les membres de la Cour martiale. La Cour a vu dans ce document un élément fort permettant de garantir l'indépendance de l'autorité⁹.
11. Une autre garantie importante en matière d'indépendance et d'impartialité était donnée en raison de la présence, dans la Cour, d'un *judge advocate* au bénéfice d'une formation juridique, lequel dirigeait dans les faits la formation et traitait de toutes les questions juridiques au cours de l'instance, au niveau procédural. Par ailleurs, bien qu'il ne participe pas à la délibération sur le verdict de culpabilité (mais uniquement, cas échéant, à celle sur la peine), ce membre juriste donnait également aux juges laïcs, en public, toutes les informations juridiques pertinentes par rapport au fond de l'affaire.
12. Sur la base de ces deux éléments, la Cour EDH a retenu que la présence de membres ne disposant pas de connaissances juridiques dans la Cour n'était pas

⁶ Cour EDH *Pandjikidzé et alii c. Géorgie*, du 27 octobre 2009, affaire N° 30323/02, § 109 ss : c'est bien en raison de l'absence de ces précisions que la Cour a retenu une violation de l'art. 6 § 1 CEDH, et non en raison de la présence, en tant que telle, de juges non professionnels.

⁷ Cour EDH *Mimoshvili c. Russie*, du 28 juin 2011, affaire N° 20197/03, § 120 ; *Khodorkovskiy et Lebedev c. Russie*, du 25 juillet 2013, affaire N° 11082/06, § 547 et 555.

⁸ Cour EDH *Cooper c. Royaume-Uni*, du 16 décembre 2003, affaire N° 48843/99.

⁹ *Idem*, § 123.

à même de faire douter de son indépendance. Elle n'a revanche pas considéré « *comme particulièrement pertinent* » pour garantir cette indépendance le fait que les membres ne disposant pas de qualifications juridiques aient suivi « *un cours de commandement destiné aux officiers subalternes, qui comportait une formation aux procédures disciplinaires* »¹⁰.

13. S'agissant de la motivation des décisions, la Cour EDH s'est prononcée sur la compatibilité des décisions des jurys populaires en Belgique, lesquelles n'étaient motivées qu'au travers d'une réponse à une question posée par l'accusation. Elle a relevé que « *Dans les procédures qui se déroulent devant des magistrats professionnels, la compréhension par un accusé de sa condamnation est assurée au premier chef par la motivation des décisions de justice. Dans ces affaires, les juridictions internes doivent exposer avec une clarté suffisante les motifs sur lesquels elles se fondent. [...] En outre, elle oblige le juge à fonder son raisonnement sur des arguments objectifs et préserve les droits de la défense. [...] Devant les cours d'assises avec participation d'un jury populaire [...] l'article 6 exige de rechercher si l'accusé a pu bénéficier des garanties suffisantes de nature à écarter tout risque d'arbitraire et à lui permettre de comprendre les raisons de sa condamnation. Ces garanties procédurales peuvent consister par exemple en des instructions ou éclaircissements donnés par le président de la cour d'assises aux jurés quant aux problèmes juridiques posés ou aux éléments de preuve produits, et en des questions précises, non équivoques, soumises au jury par ce magistrat, de nature à former une trame apte à servir de fondement au verdict ou à compenser adéquatement l'absence de motivation des réponses du jury* »¹¹.
14. L'art. 6 § 1 CEDH, dans son acception signifiant que le tribunal doit fonctionner conformément à la loi, est violé lorsque la composition du tribunal, dans une affaire déterminée, n'est pas conforme aux prescriptions légales¹².
15. Il ressort de l'examen de la jurisprudence de la Cour EDH que les juges ne disposant pas de formation juridique ne sont pas, en soi, à bannir de toute autorité judiciaire. Il faut toutefois que ces membres puissent se référer à un juriste qui pourra les éclairer tant sur leurs obligations relatives au maintien du secret et à l'interdiction d'avoir des contacts avec des parties que sur le droit de fond et sur la procédure.
16. L'on déduit également de ces arrêts que les décisions émanant des juges ne disposant pas de qualification juridique doivent être suffisamment motivées

¹⁰ *Idem*, § 123 à propos de la pertinence du suivi du cours et § 12 à propos de la description du cours.

¹¹ Cour EDH *Taxquet c. Belgique*, du 16 novembre 2010, affaire N° 926/05.

¹² Cour EDH *Posokhov c. Russie*, du 4 mars 2003, affaire N° 63486/00, § 39 et 43 ; *Kontalexis c. Grèce*, du 31 mai 2008, affaire N° 59000/08, § 38.

pour exposer avec une clarté suffisante les motifs sur lesquels la décision se fonde.

17. Enfin, la Cour EDH rappelle, de manière générale, que n'est un tribunal au sens de l'art. 6 § 1 CEDH que l'autorité qui fonctionne conformément à ce qui est indiqué dans la loi. En ce sens, tout fonctionnement qui s'en écarte devrait prendre fin ou alors être ajouté dans une loi au sens formel.

III. Droit suisse

A. Art. 30 al. 1 Cst.

18. L'art. 29 al. 1 Cst. dispose que toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable.
19. L'art. 30 al. 1 Cst. prévoit que toute personne dont la cause doit être jugée dans une procédure judiciaire a droit à ce que sa cause soit portée devant un tribunal établi par la loi, compétent, indépendant et impartial.
20. Selon le Tribunal fédéral, « *est un tribunal au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CEDH) ou de l'art. 30 al. 1 Cst. une autorité qui rend des décisions dans des contestations, décisions qui sont obligatoires, qui sont fondées sur la loi et le droit et qui interviennent au terme d'une procédure juridictionnelle et équitable. Cette autorité ne doit pas nécessairement faire partie de la structure judiciaire ordinaire d'un Etat; elle doit cependant, par son organisation et sa composition, d'après la façon dont sont nommés ses membres et la durée de leurs fonctions, être indépendante et impartiale, en étant protégée des influences extérieures et en donnant l'apparence de cette indépendance par rapport aux autres autorités et par rapport aux parties. Des représentants d'une profession déterminée peuvent en être membres, sans que cela viole les garanties conventionnelles et constitutionnelles, pour autant qu'il ne s'agisse pas de fonctionnaires liés par des instructions* »¹³. De même, « *un tribunal, tel qu'exigé par [les art. 30 al. 1 Cst. et 6 § 1 CEDH] est une autorité qui résout des litiges par des décisions motivées et contraignantes à l'issue d'une procédure ordonnée et équitable* »¹⁴.
21. Plusieurs exigences doivent ainsi être réunies pour qu'une autorité revête la qualité de tribunal, lesquelles n'ont pas toutes à être analysées dans le cadre du présent avis de droit. Les soussignés se concentrent par conséquent sur les aspects qui ont un lien avec le système actuel de la justice de paix dans le canton du Tessin.

¹³ ATF 126 I 228, consid. 2.a.bb, JdT 2003 I 101.

¹⁴ ATF 139 III 98, consid. 4.2, JdT 2014 I 35.

22. Avant toute chose, rappelons que l'art. 122 al. 2 Cst. réserve aux cantons la compétence de décider de leur organisation judiciaire, sauf règles fédérales contraires. Dans ce cadre, certains d'entre eux, dont le Tessin, ont conservé dans leur organisation la figure du juge de paix, ou de juges laïcs, avec diverses compétences et statuts en fonction des cantons¹⁵. Il est toutefois impératif que les règles cantonales d'organisation et de composition des tribunaux répondent aux exigences des art. 30 Cst. et 6 § 1 CEDH, faute de quoi les organes qui ne les remplissent pas ne sont pas considérés comme des tribunaux au sens de ces dispositions¹⁶.

B. Juges de paix, connaissances juridiques et indépendance envers le référent

23. A l'occasion de l'unification de la procédure civile en 2011, le Conseil fédéral a relevé à plusieurs reprises dans son Message¹⁷ qu'il serait loisible aux cantons de conserver l'institution du juge de paix dans le cadre de la nouvelle procédure civile suisse. La possibilité de maintenir cette organisation n'est toutefois évoquée qu'en lien avec la phase de la conciliation (art. 197 ss CPC). Il est uniquement requis que l'autorité de conciliation soit matériellement et physiquement indépendante de l'administration, la structure d'un tribunal au sens formel n'étant pas nécessaire. Le Message CPC fait par ailleurs expressément référence, en ce qui concerne les juges de paix, aux compétences décisionnelles prévues aux actuels art. 210 et 212 CPC¹⁸.

24. Le Tribunal fédéral a rendu un ATF 134 I 16¹⁹ topique en matière de constitutionnalité du juge laïc (arrêt cité tant par le Conseil de la magistrature²⁰ que par le rapport de la Commission législative à l'occasion des travaux d'adaptation de la législation en lien avec l'introduction du CPC fédéral²¹). Au vu de son contenu, il convient d'en citer de larges passages :

« Les recourants n'invoquent pas une des garanties susmentionnées, mais ils déduisent de l'art. 30 al. 1er Cst. une prétention à être jugé par des juges au bénéfice d'une formation juridique ou, en tout cas, par un président de tribunal qui dispose des connaissances correspondantes. La

¹⁵ Pour une comparaison, cf. SUZANNE PASQUIER, Les juges laïcs survivent à la procédure unifiée, Plaidoyer 2012/3, p. 16 ; ANNA RÜEFLI, *Fachrichterbeteiligung im Lichte der Justiz- und Verfahrensgarantien*, Thèse Saint-Gall, Berne 2018, pp. 41 ss.

¹⁶ ATF 125 I 119, consid. 3.a.

¹⁷ Message CPC, FF 2006 6841 ss.

¹⁸ Message CPC, p. 6843, 6892, 6936, 6941, 6983.

¹⁹ JdT 2008 I 96.

²⁰ Corriere del Consiglio della Magistratura del 15 febbraio 2018, p. 1.

²¹ Rapporto del 9 giugno 2010 della Commissione della legislazione sul messaggio 22 dicembre 2009 concernente l'adeguamento della legislazione cantonale all'introduzione del codice di diritto processuale civile svizzero (n° 6313 R), p. 27.

Constitution fédérale ne prévoit cependant aucune garantie institutionnelle à ce propos : même pour l'éligibilité en qualité de juge au TF, la constitution exige seulement du point de vue formel l'âge de 18 ans révolus et la nationalité suisse (cf. art. 143 Cst. en relation avec l'art. 5 al. 1er LTF). Si la Constitution fédérale renonce explicitement à faire d'une formation juridique une condition de l'éligibilité en qualité de juge au tribunal suprême, on ne saurait d'emblée déduire aucune garantie institutionnelle correspondante pour les tribunaux cantonaux » (consid. 4.2, mise en évidence ajoutée).

« Comme on l'a déjà exposé, les recourants ne se prévalent pas, à l'appui de leurs conclusions, de la maxime de l'indépendance judiciaire et de l'impartialité au sens strict, mais ils posent la question de la formation requise pour exercer la fonction de juge, en exigeant que les juges aient des connaissances juridiques qui s'acquerraient en premier lieu, mais pas nécessairement, dans le cadre des études universitaires en faculté de droit.

Il y a cependant un lien de connexité entre l'indépendance judiciaire et les conditions de formation requises pour exercer la fonction de juge dans la mesure où seules des connaissances suffisantes de fait et de droit rendent le juge apte à former sa volonté de manière indépendante et à appliquer correctement le droit. Le juge doit être en mesure de comprendre l'affaire dans tous ses détails, de se former une opinion sur elle et d'appliquer ensuite le droit. S'il ne l'est pas, on ne saurait parler d'un procès équitable, d'autant qu'il y a une relation avec le droit d'être entendu : le juge doit être capable de procéder à une appréciation adéquate des demandes et des arguments que lui soumettent les parties au procès. C'est pourquoi le droit à un juge indépendant, respectivement à un procès équitable, peut être atteint lorsque des juges laïcs inexpérimentés doivent exercer leur fonction sans pouvoir s'appuyer sur l'aide d'un professionnel indépendant ; en pareille hypothèse, il faudrait en tout cas se demander si l'on ne devrait pas parler d'un *judex inhabilis*, auquel il manquerait les qualités requises pour prendre une décision correcte.

Urs Obrecht, qui exerce depuis l'année 1996 la fonction de juge de district élu par le peuple, assume la présidence du tribunal. Certes, il n'est pas au bénéfice d'une formation juridique. Mais, comme on l'a dit, cela ne suffit pas pour le rendre inapte à exercer la fonction de juge, d'autant moins que la direction du procès et l'élaboration du jugement se fait avec le concours d'un greffier au bénéfice d'une formation juridique, auquel l'art. 104 al. 1er CPC TG accorde expressément une voix consultative et qui peut assister le juge Urs Obrecht tant en ce qui concerne les questions de droit matériel que les difficultés que pourrait soulever la procédure. Dans ce contexte, les recourants n'avancent aucun argument qui ferait apparaître Urs Obrecht comme incapable d'exercer la fonction judiciaire » (consid. 4.3).

25. Il ressort ainsi de cet arrêt que, en tant que telle, l'institution du juge de paix ne disposant pas de formation juridique n'est pas proscrite par la Constitution, mais que, pour que cette institution soit conforme aux garanties procédurales, il importe que certaines exigences soient remplies. Il est notamment important que la décision à intervenir puisse reposer sur une analyse pertinente du droit applicable, ce qui implique qu'une personne disposant des connaissances nécessaires fasse partie du processus de décision.
26. Le contenu de cet arrêt a été récemment confirmé par le Tribunal fédéral, qui rappelle que « *zu gewährleisten sind dabei an sich auch minimale fachliche Voraussetzungen auf Seiten des Gerichts, ohne dass ein Anspruch auf einen juristisch ausgebildeten Richter besteht* »²². Dans une autre décision postérieure à l'ATF 134 I 16, le rôle de soutien du juriste a encore été mis en valeur : « *il est allégué que la formation juridique de certains membres des conseils est inexistante ou insuffisante ; quoi qu'il en soit, ni l'art. 30 al. 1 Cst., ni l'art. 6 § 1 CEDH n'excluent par principe les juges laïcs. Un conseiller de district laïc peut siéger avec l'assistance d'un secrétaire doté d'une formation juridique ; cette situation n'implique en elle-même aucune dépendance inadmissible, le secrétaire apportant au contraire une aide bienvenue* »²³.
27. Dans un arrêt traitant d'une thématique connexe, le Tribunal fédéral a considéré que la différence de salaire entre un juge disposant d'une formation juridique et un juge laïc était objectivement justifiée, relevant entre autres que la « *formation juridique était propice à une activité judiciaire de haute qualité* »²⁴. Outre l'importance à nouveau attachée à la formation juridique, le Tribunal fédéral confirme implicitement que les juges non juristes sont envisageables en Suisse.
28. L'ATF 134 I 16 est largement cité par la doctrine. Certains auteurs se limitent à en reprendre les éléments essentiels, sans apporter spécifiquement d'autres commentaires²⁵. En particulier, ces auteurs admettent tous la possibilité d'une violation du procès équitable, de l'indépendance ou de l'impartialité lorsqu'un

²² TF [07.06.2017] 1B_101/2017, consid. 2.3.

²³ ATF 139 III 38, consid. 4.3.2, JdT 2014 I 35.

²⁴ ATF 139 I 161, consid. 5.3.3, JdT 2014 I 98 ; CHRISTOPH LEUENBERGER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahr 2013 – 1. Teil : Zivilprozessrecht im internen Verhältnis, RJB 2015, pp. 242 ss, p. 245.

²⁵ SGK BV – STEINMANN, art. 30 N 19 ; CPC-BOHNET, art. 47 N 34 ; KELLER in *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, Donatsch et alii (édit.), 2^e éd., art. 56 N 43 ; BK StPo – BOOG, nbp 270 ad art. 57 N 61 ; THOMAS SUTTER-SOMM, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3^e éd., Zurich, Bâle, Genève 2017, N 157 ; BK ZPO – PETER, art. 197 N 6 ; JULIE HIRSCH, La responsabilité civile des magistrats, en particulier dans le canton de Neuchâtel, RJN 2013, pp. 15 ss, p. 21 ; BSK ZPO – GEHRI, art. 57 N 4 ; PETER BIERI, Schriftenreihe zur Justizforschung, RDS 2017, pp. 7-37, N 51.

juge ne disposant pas d'une formation juridique ne peut pas non plus s'appuyer sur un juriste, sans toutefois affirmer qu'il y a nécessairement violation de ces principes lorsque cette dernière possibilité n'est pas offerte.

29. D'autres auteurs, en revanche, critiquent la solution du Tribunal fédéral ou, à tout le moins, apportent d'autres éléments d'analyse.
30. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND retiennent que même si la Constitution ne garantit pas un droit à un juge disposant d'une formation juridique, la présence de juges laïcs à temps plein a tendance à diminuer, ceci d'autant plus que, dans les causes civiles où se présentent des problèmes complexes de droit de fond ou procédural, « *les juges non professionnels sont souvent surchargés* »²⁶.
31. L'absence de connaissance juridique est également vue, par certains auteurs, comme ne garantissant pas que des éléments extérieurs au litige ne soient pas pris en compte dans le jugement, ceci en raison de la complexification des procédures et cela d'autant plus lorsque l'opinion publique émet une certaine pression²⁷.
32. Ainsi, la faculté, exigée par le Tribunal fédéral, de « *comprendre l'affaire dans tous ses détails, de se former une opinion sur elle et d'appliquer ensuite le droit* »²⁸, nécessite, selon HANGARTNER, non seulement la connaissance du droit positif en tant que tel, mais aussi et surtout la capacité d'établir correctement l'état de fait et d'être en mesure de manier les principes d'interprétation et d'application du droit²⁹.
33. De manière plus explicite, OBERHAMMER estime que lorsqu'un juge laïc ne peut se référer à l'aide d'un juriste, hormis les cas de routines extrêmement simples, les garanties d'un procès équitable au sens de l'art. 6 § 1 CEDH sont alors violées³⁰.

²⁶ ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, 2^e éd., Zurich, Bâle, Genève 2013, § 6 N 15 ; ils sont rejoints, sur le constat de la diminution progressive de l'institution des juges laïcs, par SUTTER-SOMM (note 25), N 155.

²⁷ SIMON M. SCHÄDLER, *Völkerstrafrecht und Militärstrafrecht / Der Strafprozess vor Militärgericht im Rechtsstaat – Staats- und völkerrechtliche Überlegungen zur Vereinbarkeit der Schweizer Militärjustiz mit Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 EMRK*, in *Differenzierung als Legitimationsfrage*, Loacker et alii (édit.), Zurich 2012, pp. 401 ss, p. 407 ; YVO HANGARTNER, Art. 30 Abs. 1 BV. Befähigung eines Laienrichter zur Ausübung des Richteramtes, AJP 2008, pp. 368 ss, p. 369.

²⁸ ATF 134 I 16, consid. 4.2, JdT 2008 I 96.

²⁹ YVO HANGARTNER (note 27), p. 369.

³⁰ KUKO ZPO-OBERHAMMER, art. 57 N 6 : « E contrario ist daraus der – überaus berechnete – Schluss zu ziehen, dass ein Verfahren vor einem Laienrichter, der sich nicht der Hilfe einer den Anforderungen von BV und EMRK an die gerichtliche Unabhängigkeit Genüge tuenden juristischen Sekretärin bedienen kann, abgesehen

34. S'agissant de la direction de la procédure, RÜEFLI note qu'elle est très rarement confiée à un juge laïc spécialisé, en raison des connaissances en matière procédurale qu'elle nécessite. Elle évoque également le manque de pratique et de routine dans ce domaine, du fait du caractère accessoire de la profession de juge laïc³¹. Elle mentionne toutefois quelques exemples dans lesquels les juges laïcs spécialisés s'occupent de la conduite de l'instance, à savoir par exemple les juges à plein temps ou à temps partiel et expérimentés de l'Autorité de protection des enfants et des adultes d'Argovie³² ou encore les juges du *Zürcher Baurekursgericht*, lesquels peuvent toutefois transmettre cette fonction de conduite de la procédure au juge instructeur ou à des greffiers-rédacteurs³³. Les mêmes remarques sont faites s'agissant de la position de juge laïc en tant que juge unique³⁴, l'auteure relevant qu'en cas de juge unique laïc, les législations prévoient en règle générale des conseils juridiques³⁵.
35. SCHMID note que, depuis l'entrée en vigueur du code de procédure civile fédéral, les compétences des juges de paix qui s'occupaient uniquement de la conciliation ont été augmentées avec les pouvoirs décisionnels conférés par les art. 210 et 212 CPC. Il précise ensuite que ces procédures ne requièrent alors pas uniquement du bon sens (*gesunden Menschenverstand*), mais également une connaissance du droit, en approuvant le passage topique de l'ATF 134 I 16, selon lequel le droit à un juge indépendant et à un procès équitable peut être violé lorsque le juge non professionnel inexpérimenté ne peut obtenir d'aide d'un juriste indépendant³⁶.
36. MEIER/SCHINDLER se penchent également sur la possibilité, pour un juge conciliateur laïc, de prendre des décisions sur la base de l'art. 212 CPC, en constatant qu'un tel juge, en première instance, sera accompagné d'un greffier-rédacteur vers lequel il pourra se tourner en cas de question alors que tel n'est souvent pas le cas pour la phase de conciliation. Ils estiment toutefois que cette absence de référent n'est pas problématique dès lors que pour cette première phase, il entre dans le pouvoir d'appréciation du juge de choisir s'il entend rendre une décision ou s'il préfère constater l'absence de conciliation³⁷.

von extrem einfachen Routineangelegenheiten per se der von Art. 6 Abs. 1 EMRK gebotenen Verfahrensfairness widerspricht ».

³¹ RÜEFLI (note 15), N 288.

³² *Idem*, N 289.

³³ *Idem*, N 290.

³⁴ *Idem*, N 338 s.

³⁵ *Idem*, N 340.

³⁶ HANS SCHMIDT, Abschied vom Laienrichtertum im Kanton Zürich, RSJ 111/2015, pp. 56 ss, p. 557.

³⁷ ISAAK MEIER/RICCARDA SCHINDLER, Die Schlichtungsbehörde als small-claims court, in *Das Schlichtungsverfahren nach ZPO*, Berne 2016, pp. 19 ss, p. 40.

37. Cette seule possibilité de recours à un juriste est toutefois sujette à débat au sein de la doctrine, qui estime que le lien de dépendance est relativement élevé entre le juge laïc et le greffier-rédacteur ou le collaborateur disposant d'une formation juridique.
38. L'absence de connaissance juridique est un élément qui a été examiné par le Tribunal fédéral en lien avec l'octroi de l'assistance judiciaire. Dans une affaire de droit du travail où dite assistance avait été refusée, le Tribunal fédéral a estimé que des domaines où plusieurs réglementations entraient en jeu, lesquelles impliquaient des notions juridiques indéterminées, n'étaient que difficilement compréhensibles pour les non-juristes (*juristische Laien*; en l'espèce, absence pour cause d'accident puis de maladie, résiliation du contrat, prétentions salariales). Le fait que des conseils juridiques soient prodigués par l'autorité de conciliation sur la procédure, l'autorité compétente et les prétentions envisageables, dans les grandes lignes, n'est pas suffisant dans un tel cas, ces conseils n'étant adaptés que dans des situations simples. En particulier, de tels conseils ne peuvent remplacer la représentation en procédure laquelle, à côté de la formulation des prétentions, assure également la réaction aux objections de la partie adverse et la représentation dans d'éventuelles tentatives de négociation, qui nécessitent une vue d'ensemble sur la matière du procès, afin de pouvoir y participer activement et de pouvoir prendre position. Le Tribunal fédéral reconnaissait enfin que les difficultés du cas d'espèce impliquaient l'assistance d'un professionnel, un non-juriste n'étant pas à même de procéder efficacement, même à l'aide de formulaires et de conseils et alors que la maxime inquisitoire s'appliquait³⁸.
39. Cette affaire, même si elle se focalise sur la situation d'une *partie* dépourvue de connaissances juridiques – et non du juge –, est néanmoins intéressante dans le cadre du présent avis dès lors qu'elle fait référence aux conditions minimales nécessaires à la compréhension juridique d'une affaire complexe, faisant appel à des notions juridiques indéterminées, mais également aux connaissances nécessaires pour rédiger des actes judiciaires. La situation peut ainsi être transposée au cas d'un juge ne disposant pas d'une formation juridique, la difficulté de comprendre le droit et de rédiger un acte pouvant se présenter non seulement pour les parties, mais également pour le juge.
40. Cet arrêt illustre la nécessité d'être soutenu et même « représenté » par une personne bénéficiant d'une formation juridique dans ce genre de situation. Il confirme ainsi la jurisprudence du Tribunal fédéral, selon laquelle l'indépendance de l'autorité, le droit d'être entendu et les exigences du procès équitable ne sont pas garantis si le juge de paix ne peut pas se référer à un greffier-rédacteur ou, à tout le moins, à une aide juridique.
41. Ce précédent met également en lumière une certaine « dépendance » du non-juriste envers le juriste, afin que le droit soit compris et utilement mis en

³⁸ TF [03.05.2007] 4A_36/2007, c. 2.4, in RSPC 2007 383.

œuvre. C'est ce qui fait dire à plusieurs auteurs de doctrine que la tâche de soutien accordée au greffier-rédacteur ne permet pas d'assurer l'indépendance du juge de paix, celui-ci ne pouvant s'écarter que difficilement de ses avis et considérations.

42. FORNAGE estime ainsi que même en procédure de conciliation, au vu des compétences décisionnelles prévues aux art. 210 et 212 CPC, l'autorité devrait comporter au moins un membre au bénéfice d'une formation juridique complète³⁹. Elle estime en effet, en référence à la solution du Tribunal fédéral, que la possibilité de s'appuyer sur les connaissances d'un greffier n'est pas suffisante : « *seules des connaissances juridiques suffisantes rendent à notre avis un juge apte à former sa volonté de manière indépendante. Or la voix consultative du greffier ne permet justement pas d'atteindre un tel objectif : il ne peut en effet être exclu que le magistrat laïc s'abstienne de le consulter* »⁴⁰.
43. RASELLI rappelle également que même si le mécanisme de soutien par un collaborateur disposant d'une formation juridique existe, il n'est pas certain qu'il soit gage d'indépendance, voir même qu'il soit, dans les faits, utilisé : le juriste peut en effet exercer une influence déterminante sur le juge laïc lorsque celui-ci ne dispose pas de l'expérience nécessaire ; il est par ailleurs envisageable que le juge ne tienne guère compte des conseils, même avisés, de son greffier-rédacteur⁴¹. LEUENBERGER conclut ainsi que l'on ne saurait déduire de la seule existence de ce mécanisme de conseil une indépendance du juge laïc, en particulier lorsque celui-ci est investi de la charge de la conduite de l'instance ; il est encore nécessaire que le juge laïc puisse se faire lui-même une opinion personnelle de l'affaire et soit à même d'en saisir les tenants et aboutissants⁴².
44. Pour KÄLIN/LIENHARD/TSCHANNEN/TSCHENTSCHER, la solution du Tribunal fédéral doit être approuvée, à tout le moins lorsque le juge laïc est membre d'une juridiction collégiale, laquelle est dirigée par une personne disposant d'une formation juridique. Elle se révèle toutefois plus problématique, dans des cas complexes, lorsque l'autorité n'est composée que de laïcs. La possibilité de requérir l'aide d'un juriste n'est pas en mesure d'atténuer cette préoccupation puisque, dans les faits, les juges ne font alors que « ratifier » la solution proposée par le collaborateur disposant d'une formation juridique. L'un des auteurs mentionne d'ailleurs sa propre expérience de greffier-rédacteur, où il devait alors exposer à plusieurs reprises aux juges laïcs la

³⁹ ANNE-CHRISTINE FORNAGE, *La mise en œuvre des droits du consommateur contractant*, Thèse Fribourg, Berne 2011, N 1639.

⁴⁰ *Idem*, N 1640.

⁴¹ NICCOLÒ RASELLI, *Laien als Richter und Richterinnen*, RSJ 104/2008 96, p. 99.

⁴² CHRISTOPH LEUENBERGER, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahr 2008*, RJB 2010, pp. 196 ss, p. 195.

manière dont la décision devait être prise, en fonction de la doctrine et de la jurisprudence⁴³.

45. DIGGELMANN se montre lui aussi plus critique à propos du résultat auquel parvient le Tribunal fédéral : « *Cependant, une méconnaissance générale du domaine juridique affecte certainement le droit des parties à un procès équitable. Le Tribunal fédéral, en se référant aux racines historiques du développement de l'office du juge laïc, a certes retenu qu'il n'existait pas de prétention à un juge disposant d'une formation juridique. Le transfert, en grande partie, de la responsabilité de l'élaboration matérielle des décisions du juge compétent à un greffier rédacteur en qualité de personne de soutien demeure toutefois problématique. Le fait que le juge non professionnel puisse examiner d'un point de vue critique l'exposé qui lui est soumis en tant que base de prise de décision et qu'il puisse se forger sa propre opinion est probablement un vœu pieux (ou plutôt une fiction politiquement motivée) dans les cas complexes* »⁴⁴.
46. Selon SCHINDLER, la formation autonome du jugement par le juge est mise à mal lorsqu'il ne dispose pas de compétences juridiques et qu'il doit largement recourir à un greffier rédacteur ou à des collègues⁴⁵. Cet auteur estime d'ailleurs que le Tribunal fédéral, en précisant à l'ATF 134 I 16 que « *nur ausreichende fachlich-sachliche Kenntnisse den Richter zu unabhängiger Willensbildung und richtiger Rechtsanwendung befähigen* » (consid. 4.3), aurait clairement exprimé son souhait de voir les différents tribunaux des cantons composés différemment.
47. MEIER/SCHINDLER estiment qu'il découle de manière limpide de l'ATF 134 I 16 qu'un juge au sens de l'art. 30 Cst. et du principe du procès équitable de l'art. 6 § 1 CEDH doit être suffisamment formé à la pratique de l'activité juridique⁴⁶.
48. La problématique de l'indépendance du juge laïc par rapport à son greffier disposant d'une formation juridique a également été identifiée par le Tribunal fédéral. Après avoir présenté le rôle de premier ordre du greffier-rédacteur dans le système suisse⁴⁷, la Haute Cour a précisé qu'il « *y a lieu de tenir*

⁴³ WALTER KÄLIN, ANDREAS LIENHARD, PIERRE TSCHANNEN, AXEL TSCHENTSCHER, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2008 und 2009, RJB 2009, pp. 719 ss, p. 782.

⁴⁴ Traduction libre de DIKE ZPO-DIGGELMANN, art. 47 N 39.

⁴⁵ BENJAMIN SCHINDLER, Richterliche Unabhängigkeit in kleinräumigen Verhältnissen, SCZS 2016, pp. 113 s., p. 113.

⁴⁶ ISAAK MEIER/RICCARDA SCHINDLER (note 37), p. 39.

⁴⁷ ATF 115 Ia 224 : « *Le greffier appelé à rédiger un jugement exprime par là la volonté du tribunal. Il n'est pas exclu qu'il puisse, en raison de la connaissance approfondie qu'il doit avoir du dossier, être appelé au cours des audiences et des délibérations à attirer l'attention des juges sur des éléments de fait ou de droit importants pour la décision à prendre, voire à renseigner les juges sur la procédure*

compte du fait que le Tribunal criminel est composé d'un magistrat professionnel présidant la cour, de quatre juges laïcs et d'un greffier juriste. Or, l'influence du greffier est d'autant plus grande que le tribunal est formé de laïcs. Même si l'aptitude des juges échevins à se prononcer de façon indépendante et impartiale ne saurait être mise en doute par principe, il n'est pas exclu d'emblée que l'un d'eux s'adresse au greffier pour obtenir un avis propre à confirmer ou à infirmer l'opinion juridique émise par le président ».

49. Dans une affaire ultérieure, l'absence d'indépendance du juge laïc était invoquée en raison du fait que l'un des avocats dans cette procédure était également l'avocat d'une partie en procès contre ce même juge, dans une autre procédure. Le Tribunal fédéral a rejeté ce grief en jugeant que le juge ne disposant pas d'une formation juridique était tout autant indépendant que tout autre magistrat professionnel : *« D'après la jurisprudence, tous les magistrats judiciaires ont le devoir et la capacité de s'élever au-dessus des contingences, de considérer impassiblement les causes qui leur sont soumises et de statuer en toute sérénité. Contrairement à ce que prétend le recourant, l'aptitude des juges laïcs à se prononcer de manière impartiale et indépendante ne saurait être mise en doute par principe ; ils sont en mesure, comme tout magistrat, de se placer constamment au-dessus des parties et de forger leur propre opinion au sujet de la cause déférée au tribunal ».* Le Tribunal fédéral relevait néanmoins, en lien avec l'ATF 115 Ia 224, que *« cette affaire concerne en effet le cas, différent de la présente espèce, où l'autorité appelée à statuer est composée de juges laïcs et où le greffier a voix consultative ; si le Tribunal fédéral admet, dans une telle hypothèse, que les juges laïcs puissent être influencés par l'opinion du greffier qui, contrairement à eux, dispose d'une formation juridique, on ne saurait en déduire de façon générale, à l'instar du recourant, un «risque de prévention accrue chez un juge laïc» »*⁴⁸.

50. RÜEFLI précise que même si la jurisprudence de la Cour EDH et du Tribunal fédéral ne s'étend pas particulièrement sur la problématique de l'indépendance du juge laïc vis-à-vis du juriste amené à lui apporter son aide, il apparaît nécessaire que des mécanismes visant à l'assurer soient mis en place. Elle prescrit en premier lieu que le greffier-rédacteur ne se contente pas uniquement de présenter une solution à l'affaire, mais au contraire qu'il présente un certain nombre d'alternatives et explique au juge laïc les différentes conditions, les tenants et aboutissants du domaine juridique en question, de manière à ce que le juge ne se contente pas d'entériner la proposition de jugement, mais puisse également l'influencer. En parallèle, le juge de paix doit s'efforcer d'examiner avec un œil critique la solution qui lui

et l'évolution du droit positif » (consid. 7.b.aa) ; « La tâche du greffier qui rédige le jugement est donc de premier ordre. Il lui incombe de mettre en forme les constatations de fait retenues par le tribunal et le raisonnement juridique qu'il a suivi. Il exprime la motivation du jugement sous une forme qui, une fois approuvée, constitue l'opinion des juges, et offre la base de la discussion juridique qui s'engagera dans une procédure de recours éventuelle » (consid. 7.b.bb).

⁴⁸ TF [09.09.2009] 5A_756/2008, c. 2.3, mise en évidence ajoutée.

est présentée et de la questionner, afin que les différentes possibilités de résolution soient évoquées et que la solution qui sera apportée au litige soit la plus adéquate possible. De plus, cette dernière exigence ne peut être effective et utile que si les juges laïcs peuvent participer à une formation continue, organisée par les tribunaux, laquelle devra couvrir tant les aspects de droit de procédure que ceux de droit matériel. Enfin, dernier élément important selon elle, seuls des juges expérimentés devraient être investis de la tâche de la direction de la procédure. En d'autres termes, lorsque l'organisation judiciaire prévoit un juge unique, seules des personnes disposant d'une certaine expérience devraient pouvoir assumer cette fonction⁴⁹.

C. Légitimité démocratique du collaborateur disposant d'une formation juridique et organisation judiciaire

51. L'on rappellera, s'agissant du rôle de greffier-rédacteur ou du collaborateur disposant d'une formation juridique, que le Conseil fédéral, dans son message relatif au CPC, excluait que ceux-ci puissent être institués de tâches de conduite de l'instance : *« Des participants à la procédure de consultation ont demandé que l'administration des preuves puisse être déléguée également au greffier du tribunal, à l'exemple de certaines procédures cantonales. Le projet n'a pas retenu cette proposition. Même s'ils ont une formation juridique, leur position et leur légitimité ne sont pas celles d'un juge, membre du tribunal habilité à connaître de l'affaire »*⁵⁰.
52. Le Tribunal fédéral s'est d'ailleurs récemment penché sur l'admissibilité de la délégation de la composition d'une autorité judiciaire à un greffe de tribunal ou à un greffier-rédacteur, estimant qu'elle n'était envisageable que si la norme de délégation ne laisse aucune marge de manœuvre dans la prise de décision en raison de critères prédéterminés. Si la loi laisse un pouvoir d'appréciation dans la composition, seul un juge peut l'effectuer, les membres d'une chancellerie ou d'un greffe n'apparaissant pas suffisamment indépendants dès lors qu'ils sont soumis à un rapport hiérarchique et ne disposent pas de légitimation démocratique⁵¹.
53. Par ailleurs, s'agissant toujours du collaborateur juriste, *« la pratique considère que les garanties découlant de l'art. 30 al. 1 Cst. (qui a, de ce point de vue, la même portée que l'art. 6 par. 1 CEDH : ATF 135 I 14 consid. 2 p. 15) s'appliquent non seulement aux juges, mais également aux greffiers d'une autorité judiciaire, dans la mesure où ils participent à la formation de la décision, ce qui est le cas lorsqu'en relation avec leur activité de rédaction, ils*

⁴⁹ RÜEFLI (note 15), N 592 à 595 et les références citées, qui reprend ses développements à propos des juges spécialisés pour les appliquer tels quels aux juges laïcs, cf. N 1271 s.

⁵⁰ Message CPC, p. 6923.

⁵¹ TF [20.03.2018] 1C_187/2017, in RSJ 2018 p. 283 ; cf. également TF [13.03.2018] 1B_517/2017, destiné à la publication.

assistent à la délibération et peuvent exprimer leur position, même s'ils n'ont pas le droit de voter »⁵². De même, « *le droit constitutionnel à un tribunal indépendant et impartial vise aussi la personne du greffier, respectivement du secrétaire de l'instance en cause, et cela tout particulièrement lorsqu'il s'agit d'un juriste disposant d'une voix consultative lors des délibérations et que ladite instance est composée en tout ou partie de non-juristes* »⁵³.

54. Enfin, s'agissant du droit suisse, rappelons que lorsque la composition des autorités est facilement accessible aux justiciables, ceux-ci se doivent de la vérifier eux-mêmes, afin de faire valoir leurs éventuels motifs de récusation⁵⁴. Il n'est en revanche pas attendu des justiciables qu'ils déterminent qui, au sein d'une administration, a pu être, de près ou de loin, impliqué dans son cas⁵⁵.

IV. Justice de paix tessinoise

55. L'art. 35 al. 2 Cst. TI prévoit que le juge de paix est élu par le peuple dans la circonscription électorale correspondant à sa juridiction ; est inéligible le citoyen condamné à une peine privative de liberté ou pécuniaire pour des crimes ou des délits contraires à la dignité de la charge.
56. L'art. 29 al. 1 Cst. TI prévoit que toute personne qui a le droit de vote au niveau fédéral est éligible à une autorité cantonale.
57. L'art. 80 Cst. TI prévoit que la loi règle l'organisation judiciaire, les compétences, les procédures et fixe les conditions de formation professionnelle ainsi que l'âge maximum des magistrats. Cet article est concrétisé par les articles 17 et, en ce qui concerne les juges de paix, 28 al. 3 LOG TI, dispositions qui ont la teneur suivante :

Art. 17 LOG TI Requisiti di eleggibilità

1. Sono eleggibili a magistrato dell'ordine giudiziario i cittadini in possesso di un dottorato in giurisprudenza o titolo equivalente o del certificato di capacità per l'esercizio dell'avvocatura; è riservato il cpv.

2.

2. Ogni cittadino attivo è eleggibile all'ufficio di giudice di pace e di supplente dello stesso.

28 al. 3 LOG Organizzazione

3. Il Consiglio di Stato organizza e finanzia corsi di formazione e di aggiornamento destinati ai giudici di pace.

⁵² ATF 140 I 271, consid. 8.4.1.

⁵³ TF [28.07.1998], publié in SJ 1999 I 496.

⁵⁴ Sur ces questions, ATF 140 I 271, consid. 8.4.3 ; ATF 142 I 93, in RSPC 2016, p. 1, avec note de Guillaume Jéquier.

⁵⁵ ATF 140 I 240, consid. 2.4.

58. L'art. 17 al. 2 du projet de loi annexé au projet de Message du Conseil d'Etat concernant la réorganisation de la justice de paix, dans sa version du 22 janvier 2018, prévoit que « *Alla carica di giudice di pace è eleggibile ogni cittadino con domicilio politico e diritto di voto nel Cantone* ».
59. L'art. 37 al. 4 LOG, relatif à la compétence des *pretori*, dispose que ceux-ci « *decidono sulle domande di ricusa nei confronti dei giudici di pace, dei segretari assessori e degli uffici di conciliazione con sede nella loro giurisdizione territoriale* ».
60. Au contraire de ce qui est prévu pour les *pretori* (art. 35 LOG), la loi ne prévoit aucune assistance par un secrétaire assesseur (*segretario assessore*) pour les juges de paix. Il ressort toutefois de plusieurs documents que les juges de paix peuvent faire appel à un référent, en l'occurrence un *pretore*⁵⁶. En particulier, la possibilité, pour les juges de paix, de se référer à un juge était expressément exposée, au moment de discuter de la nouvelle organisation judiciaire en raison de l'entrée en vigueur du code de procédure civile fédéral, comme permettant de remplir les exigences de l'ATF 134 I 16 :

*« Il giudice di pace è l'unico magistrato del nostro Cantone che non deve necessariamente avere una formazione giuridica (vi sono anche i periti del Tribunale di espropriazione, ma questi hanno una funzione di tecnico complementare al giudice). Il Tribunale federale ha ricordato che la figura del giudice non giurista è compatibile con l'ordinamento svizzero (134 I 16 consid. 4.3). Il diritto a un giudice imparziale e indipendente è garantito qualora il giudice non giurista con poca esperienza possa fare affidamento sulla collaborazione di una persona esperta indipendente. Nel nostro Cantone i giudici di pace hanno un pretore di riferimento che li consiglia e li assiste in caso di necessità. La figura del giudice di pace così come conosciuta nella nostra organizzazione giudiziaria è pertanto ammissibile e conforme al diritto costituzionale »*⁵⁷.

61. Il est toutefois mentionné que l'appel au *pretore* de référence n'est pas systématique, mais n'intervient au contraire qu'en cas de nécessité, laquelle devrait aller croissant en raison de la possibilité désormais existante pour les parties d'être représentées par un avocat devant le juge de paix, ce qui aura pour incidence qu'il seront plus confrontés à des problèmes de droit⁵⁸.

⁵⁶ Rapporto del 9 giugno 2010 della Commissione della legislazione sul messaggio 22 dicembre 2009 concernente l'adeguamento della legislazione cantonale all'introduzione del codice di diritto processuale civile svizzero (n° 6313 R), p. 18, 20 ; Risposta del 28 settembre del Consiglio di Stato all'interrogazione 22 settembre 2011 n. 263.11 – Giudice di pace.

⁵⁷ *Idem*, p. 27.

⁵⁸ *Idem*, p. 20 : « *I giudici di pace hanno avuto per molti anni come consulente il pretore Bassetti mentre ora tale compito è assunto dal pretore Losa. I giudici di pace in caso di necessità hanno la possibilità di contattare il consulente. La figura del consulente è importante per i giudici di pace e, a causa della possibilità di presenza*

62. Ce même rapport fait état de la position de l'ancienne Présidente du *Tribunale d'appello* Emanuela Epiney-Colombo à propos de la conciliation. Elle estimait que, dans les domaines où l'autorité de conciliation a pour tâche également de donner des conseils (art. 201 al. 2 CPC, i.e. en matière de bail à loyer et à ferme d'habitation ou de locaux commerciaux et de litiges relevant de la loi fédérale sur l'égalité), les juges de paix ne sont pas adéquats puisque, même s'ils sont capables de concilier les parties, ils ne sont en revanche pas en mesure de conseiller les parties ou de leur expliquer la durée probable de la procédure ou son coût, de faire une évaluation juridique du litige et de leur donner toutes les informations nécessaires à la conciliation. L'avantage de disposer d'un conciliateur à l'intérieur d'un tribunal (tel que le secrétaire assesseur) est qu'il est en mesure de donner ces informations. Elle relevait encore que ces lacunes pouvaient être effacées si les juges de paix ont la possibilité de se référer à un juriste, par exemple au sein du *Dipartimento delle istituzioni*, en précisant qu'à l'heure actuelle les juges de paix disposent d'un *pretore* comme référent⁵⁹.
63. S'agissant de la formation des juges de paix, la loi ne contient aucune exigence quant à la fréquentation et à l'acquisition obligatoires d'une formation, puisqu'elle ne fait que mentionner que le Conseil d'Etat organise et finance des cours de formation et de mise à jour en faveur des juges de paix.
64. Le projet de message du 22 janvier 2018 relatif à la réorganisation de la justice de paix mentionne la formation comme étant un aspect primordial en raison de l'important développement de la jurisprudence. Cette formation était jusqu'alors organisée par la Division de la justice en collaboration avec l'association des juges de paix de manière régulière et portait tant sur du droit de procédure que de fond. L'objectif est de renforcer encore la formation, en la séparant en deux étapes, à savoir une formation de base, destinée à toute personne intéressée, en premier lieu, mais pas uniquement, aux juges de paix nouvellement élus et qui n'ont pas encore suivi de formation continue. Elle

dell'avvocato, i giudici saranno confrontati maggiormente con problemi di diritto e quindi acquisirà maggiore importanza la consulenza. È giusto quindi pensare anche a questo tipo di supporto ».

⁵⁹ *Idem*, p. 18 : « La legge federale afferma esplicitamente che gli uffici di conciliazione in materia di locazione e di parità dei sessi devono offrire consulenza giuridica. Nella situazione attuale è difficile dare concretizzazione a questa norma, a meno che il Dipartimento non doti queste autorità di conciliazione di un giurista fisso. Il giudice di pace può avere capacità conciliative, ma non è in grado di consigliare una parte, spiegandoli quali sarebbero la durata di un'eventuale causa, i costi, ecc. Il vantaggio di una figura di conciliatore inserita in un ufficio giudiziario (come i segretari assessori) è che è in grado di fornire queste informazioni. Il giudice di pace ben difficilmente potrà compiere una valutazione giuridica e dare alle parti tutte le informazioni che servono loro per trovare una conciliazione. Si potrebbe ovviare a ciò se i giudici di pace potessero contare su di una figura di riferimento, ad esempio un giurista presso il Dipartimento delle istituzioni. Attualmente i giudici di pace hanno come riferimento un pretore ».

serait à charge des participants et porterait d'une part sur le droit matériel et, d'autre part, sur le droit de procédure. La formation continue se tiendrait tous les deux ans et comporterait une dizaine de leçons. Elle serait obligatoire, à charge de l'Etat et les thèmes seraient décidés en collaboration entre les juges de paix, les magistrats et les consultants externes⁶⁰.

65. Ce Message se fonde notamment sur le rapport du groupe de travail du 18 juin 2014 sur la réorganisation de la justice de paix. Ce rapport insistait sur l'importance de la formation, la mettant notamment en lien avec les développements jurisprudentiels sur l'institution des juges laïcs, qui exigent que ceux-ci puissent faire appel à des juristes⁶¹.
66. Le 5 avril 2018, la Division de la justice a envoyé aux juges de paix un courrier expliquant les nouveautés en matière de formation, selon ce qui figure dans le projet de Message du 22 janvier 2018. Il semble que, malgré son intitulé (*Approfondimenti di procedura civile riguardanti l'attività del giudice di pace*), ce document concerne plutôt la future formation de base. Il est en effet mentionné que, à l'inverse de la formation continue, les frais de déplacement ne seront pas remboursés. La formation ainsi envisagée se compose de 13 leçons et portera uniquement sur des aspects de droit de procédure intéressant les compétences des juges de paix. La présence à 80% des leçons permettra d'obtenir la délivrance d'un certificat de participation qui pourrait se révéler utile dans la perspective de la réélection. Enfin, le courrier ne mentionne pas que le suivi de ce cours est obligatoire⁶².

V. Analyse

67. Les critères d'indépendance du juge et de garantie du procès équitable, en lien avec l'exercice de la charge de juge par une personne ne disposant pas de formation juridique, ont fait l'objet de plusieurs développements jurisprudentiels et doctrinaux récents. Les indications qui précèdent laissent apparaître que l'organisation judiciaire tessinoise présente plusieurs aspects problématiques en lien avec les art. 30 al. 1 Cst. et 6 § 1 CEDH, que nous analysons ci-dessous.
68. Tout d'abord, il faut souligner que la loi ne prévoit pas, à notre connaissance, que les juges de paix peuvent recourir à l'aide d'un *pretore*, lequel est externe à l'autorité (comp. art. 75 Cst. TI, qui liste les différentes autorités en matière

⁶⁰ Progetto di Messaggio Riorganizzazione delle Giudicature di pace, versione 22 gennaio 2018, p. 12.

⁶¹ Rapporto del Gruppo di lavoro sulle giudicature di pace del 18 giugno 2014 sulla riorganizzazione delle giudicature di pace, p. 10 ; la relation entre formation et évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral est rappelée par le Conseil de la magistrature dans sa prise de position du 15 février 2018.

⁶² Corriere della Divisione della Giustizia del 5 aprile 2018 aux Juges de paix et aux Juges de paix suppléants.

civile). Or, comme le retient la Cour EDH, la loi *doit prévoir* notamment les droits et obligations des juges laïcs, de même que leur mode de fonctionnement, sous peine que l'autorité dans laquelle ils évoluent ne soit plus un tribunal au sens de l'art. 6 § 1 CEDH⁶³. Par ailleurs, les art. 29 et 30 Cst. imposent que la composition d'un tribunal, y compris les greffiers qui participent à l'élaboration de la décision, soit connue et transparente⁶⁴. En l'état actuel, il apparaît que tel n'est pas le cas, le Conseil de la magistrature utilisant l'expression de « juge de l'ombre ». Sur le vu des seules règles légales, les justiciables ne sont ainsi pas en mesure de savoir qui participe à l'élaboration de la décision et ne sont pas non plus en mesure de vérifier que leurs droits à un procès équitable sont garantis.

69. En conséquence, il est impératif que la loi précise que les juges de paix disposent d'un soutien juridique (qu'il s'agisse d'un *pretore*, d'un greffier-rédacteur ou de toute autre personne), que les bases de leur collaboration soient prévues par la loi et que les justiciables puissent avoir facilement connaissance de l'implication ou non des juristes dans la résolution de leur cas.
70. Cela étant, la possibilité de recourir à un juriste, hormis peut-être pour les affaires de pure routine, est unanimement admise par la doctrine et la jurisprudence comme étant nécessaire pour assurer que la garantie d'indépendance et les règles du procès équitable soient sauvegardées. D'après la compréhension des soussignés, une telle possibilité existe, en la personne d'un *pretore* (laquelle devrait toutefois être à tout le moins formalisée dans une loi). La fréquence à laquelle il est fait recours et le type de conseils donnés ne sont toutefois pas connus. On relève ici que certains auteurs estiment que les règles du procès équitable ne sont respectées qu'en cas de recours *effectif* à un tel juriste. Le Tribunal fédéral semble ne pas aller aussi loin, dès lors qu'il ne fait qu'exiger, à tout le moins de manière expresse, qu'une telle possibilité existe. L'on doute toutefois que seule une assurance formelle d'existence de soutien juridique suffise à respecter la garantie d'indépendance. Il importe en effet bien plus que, matériellement, la procédure et la décision à intervenir soient conformes au droit et prennent en compte non seulement les faits pertinents, mais également le droit applicable, à l'issue d'une recherche de la doctrine et de la jurisprudence pertinentes et en application des principes d'interprétation reconnus. Il apparaît ainsi que, plus qu'une possibilité, le regard d'un juriste sur la procédure et la décision à intervenir est, sauf dans les cas de routine, impératif.
71. Il en va d'autant plus ainsi dans le cas des juges de paix tessinois, au regard de la limitation de leur compétence à une procédure avec une valeur litigieuse maximale de CHF 5'000.00. En effet, selon l'art. 319 let. a *cum* 308 al. 2 CPC, de telles décisions ne sont susceptibles que d'un recours limité au droit (pas

⁶³ Cour EDH *Pandjikidzé et alii c. Géorgie*, du 27 octobre 2009, affaire N° 30323/02, § 109 ss.

⁶⁴ Cf. *supra*, N 52.

d'ouverture à appel). Une erreur dans l'établissement de l'état de fait ne sera ainsi corrigée par l'autorité de recours que dans un cas d'arbitraire. On en profite pour préciser que la faible valeur litigieuse n'a aucune incidence sur la complexité juridique de la cause. Aussi, en l'état actuel, il est douteux que les procédures civiles dont la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 5'000.00 respectent le droit à un procès équitable, puisque la première instance ne dispose pas, à tout le moins légalement, des compétences juridiques nécessaires et que la deuxième instance ne dispose pas d'une compétence de pleine juridiction.

72. Il ressort à notre sens de ce qui précède, et à tout le moins lorsque le juge de paix rend une décision contraignante, que le recours à une personne disposant d'une formation juridique prévue par la loi ne doit pas uniquement être possible, mais doit être obligatoire, sauf en de rares occasions où la problématique litigieuse est simple. En ce qui concerne la tâche d'autorité de conciliation, la solution existant actuellement semble pouvoir être maintenue, dès lors que le Conseil fédéral, dans son Message relatif au CPC, admettait expressément une telle possibilité. Une attention particulière devrait toutefois être portée dans les cas où les juges de paix font usage de la faculté de rendre une décision (art. 212 CPC).
73. Enfin, de manière à mettre en œuvre les réquisits du Tribunal fédéral et conformément à ce que défend une partie de la doctrine, il importe que les juges de paix disposent d'une base de connaissances juridiques suffisante, afin d'être en mesure de discuter la solution présentée par un collaborateur disposant d'une formation juridique. Il faut en effet que les magistrats soient en mesure de comprendre l'affaire dans tous ses détails, de se former une opinion sur elle et d'appliquer ensuite le droit. De plus, il importe que la décision émane réellement de la personne disposant de la légitimité démocratique, à savoir du juge élu. Celui-ci doit ainsi pouvoir comprendre les tenants et aboutissants de la solution choisie. La motivation de la décision doit également répondre aux exigences de la jurisprudence en la matière. La qualité actuelle de ces motivations n'est pas connue, de même que l'aide apportée à ce sujet par le *pretore*, de sorte que les soussignés ne se prononcent pas plus avant sur cette question.
74. Le cursus de formation proposé dans le projet de Message et dans le rapport du groupe de travail semble être suffisant pour assurer que le juge de paix dispose d'un minimum de connaissances pour évaluer de manière critique le travail de la personne de soutien disposant d'une formation juridique. A ce sujet toutefois, le prochain cours de formation annoncé, alors même qu'il s'agira sans doute, selon la compréhension des soussignés, du module de base, ne porte que sur le droit de procédure. Il conviendrait ainsi également d'envisager une formation à tout le moins introductive aux règles de droit matériel. Quant à la temporalité, les soussignés rejoignent le Conseil de la magistrature lorsqu'il estime que cette formation de base devrait être achevée *avant* que le juge de paix ne débute son activité judiciaire. Le juge doit en effet

être à même de remplir sa tâche conformément aux exigences constitutionnelles dès son entrée en fonction, ceci d'autant plus qu'il ne pourra, en cas de premier mandat, se fonder sur son expérience.

75. Cette formation apparaît d'autant plus nécessaire que, selon la jurisprudence de la Cour EDH, les juges non professionnels sont moins armés pour se distancer de leur premier avis lorsqu'ils ont à juger d'un même complexe de faits⁶⁵. Or il apparaît que les juges de paix agissent simultanément en tant qu'autorité de conciliation et, en cas d'échec de la conciliation, en tant que juge de première instance. Certes, l'art. 47 al. 2 let. b CPC prévoit que la participation à la conciliation n'est, en principe, pas un motif de récusation. Il n'en demeure pas moins qu'en présence d'un juge non juriste, et au regard de la jurisprudence de la Cour EDH, une apparence de prévention pourrait plus facilement surgir aux yeux des justiciables. L'assurance que les juges disposent d'un bagage juridique minimal est à n'en pas douter à même de réduire cette apparence.
76. Enfin, on relèvera que le choix de la personne du *pretore* en tant que soutien juridique aux juges de paix peut prêter le flanc à la critique puisque ce magistrat est également susceptible d'agir en tant qu'autorité compétente pour juger de la demande de récusation d'un juge de paix, notamment en raison de son absence d'indépendance pour des raisons de connaissances insuffisantes du droit. S'il n'est pas douteux que le *pretore* dispose d'une connaissance juridique et d'une expérience judiciaire assurément suffisantes pour conseiller les juges de paix, ce système ne permet pas d'éviter qu'il puisse potentiellement être saisi d'une affaire à deux titres très similaires, ouvrant potentiellement la voie à sa propre prévention.

VI. Synthèse

77. Sur la base des développements qui précèdent, il apparaît que le système actuel de la justice de paix tessinoise ne remplit pas entièrement les exigences des art. 30 al. 1 Cst. et 6 § 1 CEDH lorsque les juges de paix rendent une décision qui, faute de possibilité d'appel, entre en force (art. 212 CPC ; autorité de première instance dans les affaires où la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 5'000.00). Plusieurs aspects sont problématiques, ainsi que l'a d'ailleurs relevé le Conseil de la magistrature.
78. En premier lieu, il est impératif que dans les cas mentionnés dans le paragraphe précédent, les juges de paix puissent faire appel, de par la loi, à un soutien qui dispose d'une formation juridique. De plus, le seul fait que cette possibilité existe ne suffit pas, un recours au référé devant être effectif dans

⁶⁵ Cour EDH *Miminoshvili c. Russie*, du 28 juin 2011, affaire N° 20197/03, § 120 ; *Khodorkovskiy et Lebedev c. Russie*, du 25 juillet 2013, affaire N° 11082/06, § 547 et 555.

tous les cas – qu’il s’agisse de questions procédurales ou de droit matériel – hormis ceux de pure routine.

79. En plus de ce recours effectif, et de manière à garantir que la décision à intervenir soit réellement l’expression du raisonnement du juge de paix, il est nécessaire que ces magistrats disposent d’une formation juridique de base, leur permettant d’examiner avec un regard critique la solution proposée par la personne de soutien disposant d’une formation juridique. A cet égard, la formation envisagée semble être suffisante, sous réserve que la formation de base traite non seulement des aspects procéduraux mais également des aspects de droit matériel et qu’elle soit obligatoire et ait été achevée avant l’entrée en fonction.
80. De plus, il est indispensable que tant le recours à une personne de référence que le contenu, la temporalité et l’obligation de suivre les formations de base et continue soient prévus par la loi au sens formel.
81. Enfin, à titre de dernière remarque, il importera, au moment de réfléchir à une éventuelle nouvelle organisation, de s’assurer que les liens entre la personne de soutien et le juge de paix ne puissent pas entraîner la connaissance d’une affaire à deux titres différents.

Les soussignés remercient le Conseil d’Etat pour la confiance témoignée dans l’attribution de ce mandat et se tiennent naturellement à disposition des autorités tessinoises pour discuter du présent avis ou y apporter d’éventuelles précisions.

Neuchâtel, le 29 juin 2018

François BOHNET



Pascal MAHON

