



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Conférence des 70 ans de la Convention européenne des droits de l'homme

Promouvoir une forme de gouvernance démocratique

Discours de Laurence Burgorgue-Larsen
Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

Strasbourg, le 18 septembre 2020

Particulièrement discutée, la notion de « gouvernance démocratique » a entraîné dans le champ intellectuel des débats importants et complexes. Trop souvent associée au crédo néo-libéral de la « bonne gouvernance », elle engendra ce faisant de nombreux quiproquos. Et pourtant, le titre de mon intervention se réfère explicitement à cette notion en lui accolant une sorte de bémol, puisqu'il est question d'analyser la jurisprudence de la Cour, au prisme de ce qui serait la promotion d'une simple « forme » de gouvernance démocratique. Ceci ajoute, sans aucun doute, à la complexité de la formule et, ce faisant, à la complexité des contours de mon intervention.

En réalité, quand on se plonge dans le maquis jurisprudentiel toujours plus dense de la Cour européenne, on comprend la retenue induite par ce titre. Il s'agit de promouvoir et non d'imposer ; il s'agit de promouvoir certains principes, et non d'imposer des modèles. En un mot, il s'agit de promouvoir des principes nécessaires au bon fonctionnement d'une « société démocratique », pour reprendre une formule utilisée par la Convention de sauvegarde elle-même, mais dont on sait qu'elle se garde bien, évidemment, de définir.

De quelle manière, donc, la Cour arrive-t-elle à *promouvoir les principes nécessaires au bon fonctionnement des sociétés démocratiques européennes* ? Elle déploie, selon moi, une politique jurisprudentielle marquée par un balancement somme toute classique, fait de retenue et d'audace, afin de trouver *le point d'équilibre* entre, d'un côté, la préservation des histoires, traditions et cultures nationales et, de l'autre, l'édification de principes contre lesquels, en revanche, aucune spécificité n'est censée pouvoir s'opposer.

Entre prudence stratégique et audace remarquable, la Cour entend promouvoir un fonctionnement démocratique censé arriver à emporter l'adhésion d'Etats dont certains, parmi les 47, n'ont pas ou plus le marqueur du libéralisme politique comme gouvernail.

I. Une *prudence* jurisprudentielle stratégique

Le champ électoral est le domaine par excellence où la Cour entend préserver la diversité des traditions et cultures juridiques.

On sait que la Cour, à partir de 1987 avec l'arrêt *Mathieu Mohin et Clerfayt* (Cour EDH, 2 mars 1987, *Mathieu Mohin et Clerfayt c/ Belgique*) transforma la portée de l'article 3 du protocole n°1. D'une simple clause politique mettant à la charge des Etats la seule obligation d'organiser des élections législatives libres à intervalles réguliers, elle est devenue la base juridique qui lui a permis de consacrer des droits subjectifs au profit des individus. Il s'est agi d'un bouleversement conséquent.

Ceci étant dit, dans ce cadre élargi, la politique jurisprudentielle de la Cour fut sans cesse marquée par une prudence significative. Elle avança toujours en prônant l'équilibre : chaque éventuelle avancée fut contrebalancée par une retenue, toute stratégique.

Cela s'est manifesté de façon éclatante à trois niveaux : celui de l'*identification* du corps législatif (A), de son *élection* (B) et des éventuelles *contestations* qui peuvent en découler (C).

A. L'*identification* du « corps législatif »

S'agissant du premier point, l'*identification* du « corps législatif », la Cour a toujours dûment pris en considération le *fonctionnement concret* de chaque système politique, tout en refusant de dénaturer la notion de corps législatif. Ainsi, elle s'est toujours *gardé de l'appliquer à des processus électoraux qui ne seraient pas parlementaires*. Quelques exemples suffiront à la démontrer.

En examinant le *fonctionnement concret des Etats* – et notamment celui des « Etats composés » – où l'élaboration de la loi est un processus collectif au cœur duquel les autorités infra-étatiques sont associées de façon singulière, la Cour considéra que les assemblées des *Länder* autrichiens (Com. EDH, 12 juillet 1976, *X c/ Autriche*) et allemands (Com. EDH, 11 septembre 1995, *Timke c/ Allemagne*), mais également des parlements régionaux espagnols (Com. EDH, 7 juin 2001, *Federación nacionalista canaria c/ Espagne*) ou encore italiens (Cour EDH, 1er juillet 2004, *Vito Sante Santori c/ Italie*) étaient des « corps législatifs » au sens de l'article 3 du protocole n°1. Ce faisant, la Cour s'est alignée sur les modèles régionaux et autonomiques choisis par les constituants. Elle n'a rien bouleversé, elle a pris acte des choix politiques de ces pays.

Dans la même veine, en considérant l'évolution du fonctionnement du processus législatif de l'Union Européen, où le Parlement européen devint au fil des années un codécideur à parts égales avec le Conseil de l'Union, elle reconnut ce que beaucoup dans les milieux doctrinaux avaient considéré comme acté, à savoir le rôle législatif important du Parlement européen. L'arrêt *Matthews* fut symptomatique à cet égard (Cour EDH, 18 février 1999, *Matthews c/ Royaume-Uni*).

Dans le cadre de ces exemples, la Cour n'a fait que prendre acte des choix politiques des Etats sur la forme (centralisée ou régionale) de leur structure ; de même, elle n'a fait que prendre en considération l'évolution d'un système politique transnational, où le rôle législatif de l'enceinte parlementaire fut indéniable. Elle fut suiviste en quelque sorte ; donc prudente.

Dans la logique de cette approche, la Cour ne s'est jamais aventurée à dépasser l'esprit de l'article 3P1, foncièrement attaché aux élections législatives. Partant, elle a tout simplement exclu de son contrôle certains types d'élections.

Ainsi, les élections locales et les *referenda* ne tombent pas dans le champ d'application de la clause politique. Les assemblées locales parce qu'elles ne disposent que de compétences réglementaires – ainsi des conseils municipaux et des instances communales en général (Com.EDH, 6 mars 2003, *Zdanoka c/ Lettonie*), tandis que « le peuple, lorsqu'il exerce sa souveraineté par la voie du référendum ne constitue pas [...] un corps législatif » (Com.EDH, 3 octobre 1975, *X c/ Royaume-Uni* ; Com. EDH, déc., 15 mai 1996, *Bader c/ Autriche*). Le référendum ne relève donc pas du champ d'application de l'article 3 du protocole 1, y compris (et peut-être surtout) quand il s'agit de prendre position sur l'indépendance d'une région, comme l'Ecosse en 2014 (Cour EDH, déc., 13 juin 2017, *Moohan and Gillon c/ Royaume-Uni*).

La politique jurisprudentielle de la Cour faite de retenue se manifeste également à l'égard, non plus de l'identification du corps législatif, mais de son élection.

B. L'élection du « corps législatif »

Il ressort clairement de la jurisprudence sur l'article 3P1 que cette disposition n'engendre aucune obligation d'introduire un système électoral déterminé, qu'il soit proportionnel, majoritaire ou bien encore mixte (*affaire Mathieu Mohin précitée*, §54). Ce choix du système électoral est en effet dicté par des considérations d'ordre historique propres aux Etats et « relève *en principe* du domaine de compétence exclusive de l'État » (Cour EDH, 9 avril 2004, *Podkolzina c/ Lettonie*, §34).

*Eu égard à la diversité dans l'espace, et à la variabilité dans le temps des lois en pareille matière, une large marge d'appréciation est donc reconnue aux Etats. La Cour s'assure toujours, en dernier ressort, du respect élémentaire de trois types d'éléments : 1) que les conditions auxquelles sont subordonnés les droits de vote (élément actif du droit à des élections libres) ou le fait de se porter candidat à des élections (élément passif de celui-ci) ne réduisent pas les droits en question au point de les atteindre dans leur « substance même » en les privant de leur effectivité ; 2) que ces conditions poursuivent un but légitime et 3) que les moyens employés ne se révèlent pas disproportionnés (Mathieu-Mohin, *ibidem*).*

Une fois le cadre général du contrôle posé, la Cour est particulièrement déférente à l'égard de trois types d'éléments : a). les restrictions aux droits de vote ; b). les hypothèses d'inéligibilité ; c). l'examen des « seuils de représentativité » .

a. S'agissant du premier point, les Etats ont tout le loisir d'imposer des *restrictions au droit de vote* : cela relève de leur autonomie constitutionnelle – qui découle souvent de données historiques – auquel la Cour est particulièrement sensible et n'entend pas, *prima facie*, remettre en cause.

Ainsi, quand la France impose dix ans de résidence en Nouvelle-Calédonie afin de pouvoir être en mesure de voter sur cette île, la Cour – dans *l'affaire Py* de 2005 – considère légitime une telle règle,

non seulement au regard de la situation politique existante sur cette partie du territoire français, mais encore au regard de l'existence de « nécessités locales » (CEDH, 11 février 2005, *Py c/ France*)¹.

De même, quand un pays – dont la Constitution reconnaît *expressis verbis* le droit des citoyens vivant à l'étranger de pouvoir voter (article 51§4 de la Constitution grecque) – n'a pas réussi à mettre en œuvre la législation électorale pour l'exercice effectif d'un tel droit, la Grande chambre – contrairement à la chambre de 7 juges (CEDH, 8 juillet 2010) – estime que la substance du droit de vote n'a pas été atteinte (CEDH, Gde Ch., 15 mars 2012, *Sitaropoulos et Giakoumopoulos c/ Grèce*).

La déférence de la Cour on le voit est ici maximale. On sait toutefois qu'il y a également des limites à cette déférence : quand les Etats passent un peu trop aisément de la restriction à la *négation* pure et simple du droit de vote. Le contrôle de la Cour se fera alors plus strict quand elle estimera que des interdictions automatiques et générales au droit de vote de certaines catégories de personnes sont imposées : ainsi des grévistes en Italie (CEDH, 23 mars 2006, *Albanese c/ Italie*), des personnes placées sous tutelle partielle en Hongrie (CEDH, 20 mai 2010, *Alajos Kiss c/ Hongrie*) ou encore, *last but not least*, des détenus au Royaume-Uni (CEDH, Gde Ch., 6 octobre 2005, *Hirst c/ Royaume-Uni n°2*)² ou encore en Autriche (CEDH, 8 avril 2010, *Frodl c/ Autriche*).

Même dans ces cas de figure, la Cour se laisse toujours la voie à l'existence de certaines marges de manœuvre, susceptibilités des Etats oblige. On connaît la marche arrière opérée dans l'affaire *Scoppola* (CEDH, Gde Ch., 22 mai 2012, *Scoppola c/ Italie (n°3)*) comme s'il fallait lancer un appel d'apaisement aux Etats et plus particulièrement au Royaume-Uni sur cette thématique du droit de vote des détenus dont on sait qu'elle engendra moult crispations diplomatiques.

b. En ce qui concerne le second point relatif aux hypothèses d'*inéligibilité*, ce qui importe pour la Cour est que les critères en la matière soient objectifs, équitables et répondent à l'exigence de prévisibilité légale. Par voie de conséquence, les Etats *via* leurs Constitutions et/ou leurs lois peuvent assez librement déterminer, tant les hypothèses d'*inéligibilité*, que les personnes frappées de cette déchéance du droit de vote. Cette politique jurisprudentielle, inaugurée en 1987 (*Mathieu-Mohin*), confirmée en 1997 (CEDH, 1er juillet 1997, *Gitonas c/ Grèce*) et 1998 (CEDH, 2 septembre 1998, *Ahmed et autres c/ Royaume-Uni*) n'a, depuis, reçu aucun coup de canif. Le contrôle est invariablement minimum d'autant plus quand les pays en cause, pour diverses raisons de types historiques, affrontent des problèmes particulier comme le « contentieux letton » le démontre

Ainsi, elle considère que le contexte historique de l'accès à l'indépendance de la Lettonie peut justifier (tout du moins dans un premier temps) une règle qui interdit aux anciens dirigeants du parti communiste letton de se présenter aux élections législatives (CEDH, 16 mars 2006, *Zdanoka c/ Lettonie*).

¹ Et de valider également l'impossibilité pour les résidents de l'île d'Aruba de voter aux élections du Parlement néerlandais. Le fait qu'ils puissent en revanche voter aux élections du Parlement de l'île – qui envoie des délégués au Parlement néerlandais, fut un élément décisif dans l'appréciation de la Cour (CEDH, déc., 6 septembre 2007, *Sevinger c/ Pays-Bas*).

² La Cour estima en effet que la législation britannique, qui prévoit que toute personne purgeant une peine privative de liberté est « systématiquement » déchu de ses droits électoraux, est contraire à la Convention. Son *dictum* fut on ne peut plus sévère : il s'agit « d'un instrument sans nuance, qui dépouille du droit de vote, garanti par la Convention, un grand nombre d'individus, et ce de manière indifférenciée. Cette disposition inflige une restriction globale à tous les détenus condamnés purgeant leur peine et s'applique automatiquement à eux, quelle que soit la durée de leur peine et indépendamment de la nature ou de la gravité de l'infraction qu'ils ont commise et de leur situation personnelle. Force est de considérer que pareille restriction générale, automatique et indifférenciée à un droit consacré par la Convention et revêtant une importance cruciale outrepassa une marge d'appréciation acceptable, aussi large soit-elle et est incompatible avec l'article 3 du protocole n°1 » (§ 82). Elle récidivait à l'endroit du Royaume Uni dans en 2010 (CEDH, 23 novembre 2010, *Greens et M.T. c/ Royaume-Uni*), ce qui ne fut pas pour améliorer les relations avec ce pays.

c. Le troisième élément est sans doute le plus représentatif de l'extrême prudence de la Cour. Si « c'est le principe de l'égalité de traitement de tous les citoyens qu'il faut assurer dans tout système démocratique, il ne s'ensuit pourtant pas que tous les bulletins doivent avoir un poids égal quant au résultat, ni tout candidat des chances égales de l'emporter ». Cette jurisprudence bien établie dans la célèbre affaire *Mathieu-Mohin et Clerfayt* du 2 mars 1987 est régulièrement confirmée, la Cour ne voulant pas réduire à une peau de chagrin l'autonomie constitutionnelle des Etats, surtout quand certains d'entre eux se trouvent confrontés à des situations politiques complexes. Le Guide sur l'article 3 du P1 publié par les services de la Cour ne laisse pas de place au doute en la matière :

« Les effets d'un seuil peuvent viser des buts divergents voire antagonistes. *Un système peut privilégier la représentation équitable des partis au parlement, tandis qu'un autre peut viser à éviter la fragmentation de la représentation en petits partis afin de conférer une majorité absolue de députés à la formation chargée de constituer le gouvernement.* La Cour a considéré qu'aucun de ces buts n'était déraisonnable en soi.

En outre, le rôle joué par les seuils diffère en fonction notamment de leur hauteur et de la configuration des partis en place dans chaque pays (.../...). Partant, la Cour évalue le seuil en question en tenant compte du système électoral dans lequel il s'inscrit. » (Cour européenne, *Guide sur l'article 3 du P1*, Strasbourg, 2019, § 67, p. 18).

Ainsi, l'affaire *Yumak et Sadak* (2008) représente l'archétype de cette approche déférente, au point de valider l'établissement d'un seuil électoral de 10% en Turquie pour les élections parlementaires, ce qui entraîna la mise à l'écart la représentation nationale en 2002 un parti pro-kurde rassemblant 6,22% des suffrages à l'échelle nationale (CEDH, Gde. Ch., 8 juillet 2008, *Yumak et Sadak c/ Turquie*).

Après l'identification et l'élection du corps législatif, c'est dans le champ des *contestations post-électorales* que la prudente politique jurisprudentielle de la Cour se manifeste.

C. Les contestations post-électorales

La déférence de la Cour à l'égard des *contestations* post-électorales vient de recevoir une consécration éclatante dans l'arrêt de Grande chambre du 10 juillet 2020, *Mugemangango c Belgique*. Dans le cadre d'une contestation ayant surgi dans la foulée des élections au Parlement wallon de 2014, la Cour dut se pencher sur le système constitutionnel belge qui n'octroie aucune place au contrôle juridictionnel des contentieux électoraux. Il y avait plusieurs manières d'aborder la problématique : celle, exigeante, consistant à se demander si l'absence de recours juridictionnel (notamment en deuxième instance) était, en soi, contraire à l'article 3 du protocole n°1 ; celle, minimale, consistant à examiner si, *in casu*, le système existant respectait certaines obligations de nature procédurale. La première option, certes exigeante, était toutefois délicate au regard de la susceptibilité des Etats à l'égard de leurs traditions juridiques. Le lecteur s'en rend d'ailleurs rapidement compte quand il prend connaissance de la défense du gouvernement belge et de la tierce intervention du Danemark.

Le premier, en plus de valoriser l'avantage technique d'un contrôle exclusivement parlementaire – « construit sur le mode d'une voie de recours unique et non équivoque, ce qui serait de nature à renforcer la sécurité juridique » – fit surtout mention du « patrimoine constitutionnel de l'Etat belge ». L'utilisation de la tierce intervention par le Danemark fut tout aussi révélatrice de la volonté d'un pays – se trouvant dans la même situation minoritaire que la Belgique – de défendre sa tradition juridique. Et de rappeler que la première Constitution danoise datant de 1849 (*i.e.*, la première constitution du pays, tout un symbole) prévoyait le même type de système. Mis en place « dans le but de garantir l'indépendance du parlement et de le protéger de l'intervention du Roi, (...), ce système fait partie

intégrante de la structure constitutionnelle, de la séparation des pouvoirs et des longues traditions démocratiques fermement ancrées du pays » (§ 65).

Le message était clair. Il fut parfaitement reçu par la Cour. La Cour ne voulut point s’immiscer dans un domaine où traditionnellement la marge nationale d’appréciation des Etats est ample ; partant, elle préféra jouer la carte de la procéduralisation de l’article 3 du protocole n°1.

Toutefois, si elle ne voulut même pas *questionner* un système ultra-minoritaire en Europe, elle fut implacable en retour au niveau de l’analyse de l’équité de la procédure. A l’unanimité des 17 juges composant la Grande chambre, la Cour déclara non seulement la violation de l’article 3 du protocole n°1, mais également celle de l’article 13 de la Convention. Elle constata que l’arbitraire n’avait pas pu être évité : la décision du Parlement wallon qui examina la contestation électorale ne présentait pas de garanties suffisantes d’impartialité ; son pouvoir d’appréciation était excessif ; il n’était pas suffisamment circonscrit par des dispositions du droit interne ; *last but not least*, la procédure ne fut pas de nature à garantir une décision équitable, objective et suffisamment motivée (§§ 87-123).

Cette radicalité dans le contrôle du déroulement de la procédure belge fut la contrepartie nécessaire de l’ample marge nationale d’appréciation accordée à la Belgique afin qu’elle preserve ce qu’elle nomma son « patrimoine constitutionnel ».

S’arrêter à cette présentation ne serait pas faire honneur à la richesse de l’œuvre jurisprudentielle de la Cour ; surtout, ce serait passer à côté de son audace, pour ne pas dire sa fermeté, quand il s’agit de préserver des principes qui, quelles que soient les circonstances, représentant le soubassement du fonctionnement démocratique de sociétés européennes.

II. Une *audace* jurisprudentielle remarquée

Le fonctionnement normal des sociétés démocratiques repose sur des principes essentiels qui sont apparus au fur et à mesure de l’implantation, après le « tournant 45 », du constitutionnalisme dit « libéral ».

Sans rentrer dans des analyses conceptuelles fouillées et denses, et en suivant le brillant politologue Yasha Mounk, la démocratie libérale repose tout à la fois sur le vote (où la Cour européenne entend, on vient de le voir, ménager les Etats et la richesse culturelle de leurs systèmes juridiques), mais également sur la préservation des droits et libertés, notamment des minorités (cette préservation des droits de la minorité étant d’ailleurs également au cœur du logiciel des Cours constitutionnelles ou des Cours suprêmes ayant des fonctions constitutionnelles).

Dans ce contexte, les gardiens de ces droits au sein des Etats – les juges – doivent être, coûte que coûte, à l’abri des pressions d’où qu’elles viennent afin que leur indépendance soit préservée.

Partant, c’est sur deux fronts que la jurisprudence de la Cour se veut implacable, intransigeante même, celui la préservation de l’*indépendance* judiciaire tout d’abord ; celui de la préservation de la liberté d’*expression d’acteurs politiques* représentant un point de vue minoritaire (c’est-à-dire dissident), ensuite.

Il s’agit de deux matrices essentielles au bon fonctionnement des sociétés démocratiques. Alors que nous venons de voir qu’elle n’entend imposer aucun modèle électoral particulier, qu’elle n’entend pas

questionner les choix des Etats, souvent reliés à leur histoire, elle n'en reste pas moins déterminée à préserver les principes consubstantiels au fonctionnement démocratique.

Ici, les vecteurs juridiques qui permettent cette préservation sont divers : cela va des articles 6, 10, 18 ou encore 1 du P12.

A. La préservation de l'indépendance judiciaire

S'agissant de la préservation de l'indépendance judiciaire, la jurisprudence de la Cour européenne n'a eu de cesse de s'aligner sur un standard posé par de nombreux documents de *soft law* qui – à partir du début des années 1980 – ont eu pour objet de dresser des codes de bonnes pratiques à l'attention des Etats afin qu'ils garantissent l'indépendance des juges.

Des Nations-Unies (*Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature*, Rés. 40/32 et 40/146 de 1985), en passant par le Conseil de l'Europe (*Charte européenne sur le statut des juges* du 8-10 juill. 1998 ; recommandation du Comité des ministres sur les juges du 17 nov. 2010 ; nombreux avis de la Commission de Venise et *Magna Carta* des juges du Conseil consultatif de juges européens de nov. 2010), les textes sont légion et témoignent de la nécessité vitale de combattre toute confiscation démocratique qui passerait pas une atteinte à l'indépendance des juges.

Sur la base du libellé de l'article 6 §1 qui mentionne l'exigence d'indépendance des tribunaux – trop souvent confondue avec celle d'impartialité – toute la jurisprudence de la Cour s'est construite autour du *droit des justiciables* à une justice indépendante (a). Au regard de l'évolution du standard international, la question se pose de savoir si la Cour européenne arrivera à consacrer un *droit subjectif du juge* à ce que son indépendance soit préservée (b).

a. Le droit du justiciable à un juge indépendant tel que garanti par l'article 6§1 s'est manifesté dans deux importantes directions. La première concerne l'indépendance eu égard aux pouvoirs constitués : les pouvoirs exécutifs (je pense ici à la saga jurisprudentielle récurrente concernant le problème de l'indépendance des magistrats du Parquet par exemple)³, mais également les pouvoirs législatifs (autrement dit, toute intrusion disproportionnée du pouvoir législatif dans le cours de la justice au moyen par exemple des validations législatives, ne vaut pas)..

³ Après l'arrêt *Medvedyev*, qui avait commencé à « faire trembler le parquet » (J-P. Marguénaud, note sous CEDH, Gde Ch., 29 mars 2010, *Medvedyev c. France*, RSC, 2010, 685), l'affaire *Moulin* est venue enfoncer le clou (CEDH, Gde Ch., 23 nov. 2010, *Moulin c. France*) en dénonçant le défaut d'indépendance des magistrats du Parquet en France dans une affaire où la requérante se plaignait de ne pas avoir bénéficié des garanties de l'article 5§3 de la Convention, tant sous l'angle du délai de comparution que sous l'angle de l'indépendance du magistrat qui « selon la loi est habilité à exercer des fonctions judiciaires ». Le point 56 de l'arrêt est une petite leçon en la matière qui rappelle les fondamentaux des principes gouvernant l'architecture de « l'autorité judiciaire » mentionnée à l'article 66 de la Constitution française. Elle rappelle les différences qui étreignent les magistrats du siège d'avec les membres du ministère public : « Ces derniers dépendent tous d'un supérieur hiérarchique commun, le garde des sceaux, ministre de la Justice, qui est membre du gouvernement, et donc du pouvoir exécutif. Contrairement aux juges du siège, ils ne sont pas inamovibles en vertu de l'article 64 de la Constitution. Ils sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques au sein du Parquet, et sous l'autorité du Garde des sceaux, ministre de la Justice. En vertu de l'article 33 du CPP, le ministère public est tenu de prendre des réquisitions écrites conformes aux instructions qui lui sont données dans les conditions prévues aux articles 36, 37 et 44 du même code, même s'il développe librement les observations orales qu'il croit convenables au bien de la justice. » Le *dictum* du point 57 restera longtemps dans les annales pour avoir emporté la condamnation à l'unanimité de la France : « La Cour considère que, du fait de leur statut ainsi rappelé, les membres du ministère public, en France, ne remplissent pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif qui, selon une jurisprudence constante compte, au même titre que l'impartialité, parmi les garanties inhérentes à la notion « autonome » de « magistrat » au sens de l'article 5§3 ».

La deuxième direction concerne l'administration de la justice considérée *lato sensu*. Les juges doivent à titre individuel être libres non seulement de toute influence provenant de l'extérieur, mais aussi de toute influence provenant de l'intérieur. Cette « indépendance judiciaire interne » implique que les juges ne reçoivent aucune directive ou pression de la part de leurs collègues ou de ceux qui ont des responsabilités administratives dans une cour, tels un président de cour ou de chambre (CEDH, 9 oct. 2008, *Moïsseiev c. Russie*, §182 ; CEDH, 22 déc. 2009, *Parlov-Tkalčić c. Croatie*, §86 ; CEDH, 6 oct. 2011, *Agrokompleks c. Ukraine*, §137).

b. A côté du droit des justiciables à ce que leur cause soit entendue par un tribunal indépendant, la question se pose de savoir si on peut inférer de l'article 6§1 de la Convention un droit subjectif du juge lui-même à ce que sa propre indépendance soit garantie et respectée par l'Etat.

Alors que le libellé des articles 14§1 du Pacte IDCP et 8§1 de la Convention américaine n'aborderait la question de l'indépendance du juge qu'à travers le prisme du droit des justiciables (à l'instar de l'article 6§1 de la Convention), leur jurisprudence respective a fini par se placer sur le terrain des juges eux-mêmes. Ce droit subjectif, clairement établi à l'échelle internationale, sera-t-il également consacré comme tel à l'échelle européenne ?

C'est l'affaire *Baka* de 2016 jugée en grande chambre qui permet de lancer, à l'échelle de la Convention européenne, la question de savoir s'il ne faudrait pas intégrer, comme élément inhérent au procès équitable garanti par l'article 6§1, un droit subjectif du juge lui-même à ce que sa propre indépendance soit garantie et respectée par l'Etat (CEDH, Gde Ch., 23 juin 2016, *Baka c. Hongrie*) L'opinion concordante du juge Alexandre Sicilianos présentée sous cet arrêt majeur plaide clairement en ce sens, s'inspirant explicitement de l'approche identique posée tant par le Comité des droits de l'homme des Nations-Unies que par la Cour interaméricaine.

Cette affaire marque un tournant majeur dans la jurisprudence de la Cour et ce à plusieurs titres : face à la destitution arbitraire du président de la Cour suprême hongroise (anciennement juge à la Cour européenne entre 1991 et 2008) – révélatrice de la lente dérive démocratique de la Hongrie depuis le début des années 2010 – la Cour fut intransigeante : elle déclara, à deux reprises, quoiqu'avec des variantes analytiques (CEDH, 27 mai 2014, *Baka c. Hongrie* ; Cour EDH, Gde Ch., 23 juin 2016, *Baka c. Hongrie*) – l'inconventionnalité d'une telle manœuvre, tant sous l'angle de l'article 6§1 (car le requérant ne put accéder à la Cour constitutionnelle), que sous l'angle de l'article 10 (pour avoir été destitué suite à des propos qu'il avait tenu dans le cadre de ses attributions professionnelles en tant que président du Conseil national de la justice). Elle n'hésita point à mettre en évidence que la loi transitoire de destitution était une loi *ad hominem* et, en ce sens, manquait de « but légitime ». Elle valorisa particulièrement l'exigence de la prééminence du droit renouant avec les fondamentaux méthodologiques posés dans l'arrêt *Golder* (CEDH, 21 fév. 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, §34).

Cette affaire est également essentielle car la Cour – bien qu'elle n'ait pas été explicite en la matière – contrôle en réalité une législation de nature constitutionnelle. On sait que cette question est majeure et particulièrement sensible alors que la Cour connaît de très nombreuses requêtes de juges turcs qui furent destitués brutalement après la tentative avortée de coup d'Etat.

La Cour se doit de poursuivre sur la voie de la fermeté afin de ne pas donner une impression (qui serait dévastatrice pour son autorité) de l'existence d'un double standard en la matière.

S'agissant du deuxième pilier du fonctionnement démocratique, la préservation des minorités, là encore, le standard jurisprudentiel de la Cour est particulièrement protecteur et exigeant, et c'est heureux.

B. La préservation des minorités

J'entends ici développer une acceptation particulièrement ample de la formule de 'minorités'. Au-delà de l'approche classique qui est celle du droit international public (*i.e.* la protection des minorités ethniques), j'y associe toute voix dissidente, *i.e.* celle des individus ou des groupes d'individus (réunis notamment au sein de partis politiques), qui défendent un point de vue minoritaire à l'égard des autorités au pouvoir. La vitalité démocratique d'une société s'évalue en effet à l'aune, tant de la protection des minorités ethniques que des diverses voix dissidentes.

Dans ce contexte, tantôt le principe de non-discrimination (a), tantôt l'importance de la liberté d'expression (b), permet à la Cour d'être intransigeante et de rester ferme sur des principes élémentaires afin de sauvegarder la vitalité démocratique des sociétés européennes.

a. La préservation par la valorisation du principe de non-discrimination

Que se passe-t-il quand la non-discrimination entre en scène ? On a rappelé que l'on doit aux spécificités constitutionnelles belges, le premier arrêt majeur en matière électorale rendu en 1987. L'arrêt *Mathieu Mohin et Clerfayt* (CEDH, 2 mars 1987, *Mathieu Mohin et Clerfayt c. Belgique*) donnait en effet l'occasion à la Cour (à 13 voix contre 5), d'accorder le primat à des impératifs politiques (de coexistence sereine entre différentes communautés linguistiques) sur les droits individuels (de quelques personnalités politiques wallonnes désirant une égalité de traitement égalitaire). La Cour fut prudente en affichant sans état d'âme la nécessité d'une ample marge nationale d'appréciation dans une affaire de *power sharing*.

On sait également qu'à cette prudence initiale succéda une audace remarquée avec deux affaires bosniaques : *Sedjic et Finci* (CEDH, Gde Ch., 22 décembre 2009, *Sejdic et Finci c/ Bosnie Herzégovine*) et *Zornic* (CEDH, 2014, *Zornic c/ Bosnie Herzégovine*). Fortement discutées pour ne pas dire critiquées par d'importantes voix doctrinales spécialistes des questions de répartition du pouvoir entre plusieurs communautés ethniques, religieuses, culturelles différentes⁴, mais également par certains *insiders* (je pense à l'opinion séparée du juge Bonello), il n'empêche que ces affaires ont fait primer le droit individuel subjectif à ne pas être discriminé au regard de critères ethniques, sur les impératifs politiques, découlant des accords de Dayton, et consistant à tenter d'assurer une paix durable en Bosnie-Herzégovine. Pour le dire encore différemment et de façon quelque peu schématique, entre les deux piliers de la démocratie libérale (les modalités d'organisation du vote) et la préservation des droits individuels, notamment en l'espèce, des droits de minorités ethniques, la politique jurisprudentielle de la Cour pencha vers la préservation du deuxième pilier.

Aux côtés de la force pour ne pas dire de la puissance subversive du principe de non-discrimination, se trouve celle de la liberté d'expression.

b. La préservation par la valorisation de la liberté d'expression

De même, quand des opposants politiques au pouvoir en place – que ces opposants soient des parlementaires ou des activistes au sens large, regroupés ou non au sein de partis politiques – entendent faire entendre leurs voix dissidentes, la Cour est particulièrement vigilante afin de s'assurer qu'ils puissent s'exprimer et que le pluralisme des opinions et des idées soit une réalité concrète et

⁴ S. Graziadei, « 'Democracy v. Human Rights' », *The Strasbourg Court and the Challenge of Power Sharing*, *ECLR*, 2016, 54-84 ou encore le remarquable ouvrage critique de C. McCrudden, B. O'Leary, *Courts and Consociations*, Oxford, OUP, 2013, 216 p.

effective. Cette fermeté de la Cour afin de préserver la voix de ceux que l'on veut faire taire, est d'autant plus essentielle, à l'heure où un imposant processus de « déconsolidation démocratique » (Y. Mounk) est à l'œuvre dans de nombreux pays du monde, où l'illibéralisme est devenue la nouvelle boussole idéologique de nombreux autocrates qui prédisent, pis qui appellent de leur vœu, le « crépuscule de l'universel » (Chantal Delsol) et avec lui, ce qui a fait le sel des régimes démocratiques d'après-guerre...

Il est important, pour ne pas dire vital, que la Cour européenne continue de rester ferme sur la liberté d'expression de ceux que l'on veut faire taire. On distinguera ici trois cas de figure, loin d'être exhaustif des situations que la Cour a pu connaître, mais qui sont à elles seules suffisamment exemplaires pour permettre de discerner les tendances jurisprudentielles à l'œuvre : la liberté d'expression des partis politiques en période électorale (*), des parlementaires de l'opposition dans l'enceinte des parlements (**) et globalement celle des dissidents, où qu'ils se trouvent, quelles que soient leur fonctions, leurs statuts (***)).

* L'expression des partis politiques notamment de l'opposition est tout simplement vitale en période électorale l'arrêt de grande chambre du 20 janvier 2020 (CEDH, Gde Ch., 20 janvier 2020, *Magyar Kétfarkú Kutya Párt c. Hongrie*), le rappela récemment. Et de valoriser l'impératif de prévisibilité quand il s'agit de restreindre les droits de l'opposition, car sinon c'est de « nature à nuire au déroulement d'un débat politique ouvert, à la légitimité du processus électoral et des résultats qui en découlent et, en définitive, risque de saper la confiance des citoyens dans l'intégrité des institutions démocratiques et leur adhésion à l'état de droit. » (§ 101).

** L'importante qu'il y a à préserver la liberté d'expression parlementaires de l'opposition, l'affaire *Karácsony et autres* (CEDH, Gde Ch., 17 mai 2016, *Karácsony et autres c/ Hongrie*) sont significatives. Si la Grande chambre acta l'hétérogénéité des traditions parlementaires en Europe ainsi que le principe de l'immunité parlementaire, qui atteste l'importance des parlements (en ce qu'ils constituent des enceintes uniques pour le débat démocratique), elle n'en a pas moins affirmé que l'autonomie parlementaire ne saurait être détournée aux fins d'étouffer la liberté d'expression des parlementaires. Partant, tout abus de position dominante de la majorité doit être sanctionné. Dans ce cadre, elle dressa ce faisant un canevas analytique où elle distingua deux cas de figure afin de présenter l'étendue de son contrôle. Le premier assez théorique est relatif à celui d'un parlement qui agirait « manifestement par excès de pouvoir, arbitrairement, voire de mauvaise foi en imposant une sanction non prévue par son règlement intérieur ou incontestablement disproportionnée à l'infraction disciplinaire » (§153). Ici, le contrôle de la Cour serait entier car le parlement ne pourrait pas s'appuyer sur sa propre autonomie pour justifier la sanction qu'il inflige. Le second cas de figure (pertinent en l'espèce) est « celui d'un parlementaire sanctionné auquel la procédure parlementaire n'offrirait pas les garanties procédurales élémentaires lui permettant de contester la mesure disciplinaire dont il est l'objet » (§154). Elle déclina à ce stade à nouveau deux autres hypothèses, celle des sanctions immédiates et celles des sanctions *a posteriori* ; *summa divisio* dont elle s'est plu à mentionner qu'elle était prévue dans le règlement du Parlement européen (§155). Evasive sur les premières étant « hors de propos en l'espèce », elle affirma en revanche pour les secondes, « que les garanties procédurales offertes à cette fin doivent prévoir, au minimum, le droit pour le parlementaire concerné d'être entendu dans le cadre d'une procédure parlementaire préalablement au prononcé de la sanction. Elle constate que le droit d'être entendu apparaît de plus en plus constituer dans les États démocratiques une règle procédurale élémentaire qui ne se limite pas au seul cadre judiciaire, comme le montre notamment l'article 41 § 2 a) de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. » (§156).

*** Sur le troisième et dernier point, mais non des moindres, celui de la préservation des voix dissidentes, de « courageuses personnes » qui, au risque de leur vie, ont entendu s'élever contre l'arbitraire à l'état pur, contre des phénomènes systémiques de corruption, contre des techniques de confiscation de pouvoir etc...et qui, pour ce faire, ont été emprisonnées voire empoisonnées, la Cour reste ferme et doit, coûte que coûte, continuer à l'être. Il y va de sa légitimité, car ces affaires sont tout simplement sa raison d'être, celle qui a présidé à la création tant du Conseil de l'Europe que de la Cour : lutter coûte que coûte contre l'arbitraire et l'autoritarisme.

Dans ce contexte où une vertigineuse déliquescence démocratique a cours au sein de nombreux Etats ; où, sous couvert de réprimer des actes tombant sous le coup de dispositions pénales, ce sont des opposants politiques qui sont emprisonnés, la Cour est de plus en plus amenée à examiner si les conditions sont réunies afin d'acter l'applicabilité de l'article 18 de la Convention, la fameuse « clause dite anti-détournement » de pouvoir. Combinée avec l'article 5, cette clause – qui sommeillait jusqu'alors – a explosé dans le contentieux. Même si une analyse pointilleuse de la politique jurisprudentielle de la Cour n'est pas exempte de critique – notamment au regard de son approche fractionnée de l'analyse des « buts non conventionnels » – il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'un outil précieux pour combattre l'arbitraire, ce que la Cour fit avec fermeté dans l'affaire *Kavala contre Turquie* (CEDH, 10 décembre 2019, *Kavala c. Turquie*) ou, antérieurement dans l'affaire *Navalny c. Russie* (CEDH, Ge Ch., 15 novembre 2018, *Navalny c. Russie*).

Mesdames et Messieurs les juges, votre jurisprudence est la marque d'un équilibre subtil, fait de retenue et d'audace. Or, par les temps dangereux et instables qui sont ceux auxquels le continent européen est confronté, la Cour européenne des droits de l'homme, doit plus que jamais continuer à préserver l'essentiel, *i.e.*, ce pour quoi elle fut créée : assurer le fonctionnement démocratique des sociétés en s'élevant contre tous les abus de pouvoir et les mécaniques politiques destructrices.