



« Les Cours internationales et nationales face aux violations massives des droits de l'homme »



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

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

Dialogue entre juges

Actes du séminaire
29 janvier 2016

« *Les Cours internationales et nationales
face aux violations massives
des droits de l'homme* »

Tout ou partie de ce document peut faire l'objet d'une reproduction libre de droits avec mention de la source « *Dialogue entre juges, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2016* »

© Cour européenne des droits de l'homme, 2016
© Photos : Conseil de l'Europe

Strasbourg, janvier 2016

TABLE DES MATIERES

Actes du séminaire

« Les Cours internationales et nationales face aux violations massives des droits de l’homme

1. Génocide, crimes contre l’humanité et crimes de guerre

2. Terrorisme »

Guido Raimondi	5
Président de la Cour européenne des droits de l’homme	
Julia Laffranque	7
Juge à la Cour européenne des droits de l’homme	
Juge Piotr Hofmański	9
Juge à la Cour pénale internationale - La Haye	
Erik Møse	13
Juge à la Cour européenne des droits de l’homme	
Ksenija Turković	17
Juge à la Cour européenne des droits de l’homme	
Aharon Barak	21
Professeur de droit - <i>Interdisciplinary Center</i> - Israël	
Robert Spano	29
Juge à la Cour européenne des droits de l’homme	
Iulia-Antoanella Motoc	33
Juge à la Cour européenne des droits de l’homme	
Audience solennelle à l’occasion de l’ouverture de l’Année judiciaire 2016	
Guido Raimondi	36
Président de la Cour européenne des droits de l’homme	
Andrzej Rzepliński	41
Président du Tribunal constitutionnel, Pologne	
Photos	47



Guido Raimondi

Président
de la Cour européenne des droits de l’homme

Discours introductif

Mesdames et Messieurs les Présidents, Mesdames et Messieurs, Chers amis,

Permettez-moi d’abord de vous dire combien je suis heureux de vous voir aussi nombreux, rassemblés pour ce séminaire qui précède traditionnellement l’audience solennelle de la Cour.

Votre présence témoigne de l’intérêt que vous portez à ce rendez-vous entre la Cour européenne des droits de l’homme et les juridictions suprêmes européennes. Nous avons parmi nous des universitaires de haut niveau, des agents de gouvernements devant la Cour, et je suis convaincu que votre présence à tous contribuera à l’intérêt des discussions de cet après-midi.

Qu’il me soit permis de remercier les juges Yudkivska, Laffranque, Møse, Lemmens, Vehabović, Turković, Spano, Motoc, et Grozev qui ont organisé le séminaire avec l’assistance des services du Jurisconsulte et de John Darcy.

Nous bénéficions cette année de la participation de deux orateurs que je n’hésite pas à qualifier d’exceptionnels et c’est un honneur pour moi de les saluer : Monsieur le Juge Piotr Hofmański, universitaire polonais de grand renom, juge à la chambre criminelle de la Cour suprême de Pologne à partir de 1996 et, depuis quelques mois, juge à la Cour pénale internationale ; et le Président Aharon Barak, ancien Président de la Cour suprême de l’État d’Israël et juriste mondialement connu.

Le thème qui a été choisi cette année pour le séminaire, les cours internationales et nationales face aux violations massives des droits de l’homme est malheureusement d’une tragique actualité. Les questions qui vont être discutées cet après-midi, qu’il s’agisse du génocide, du crime contre l’humanité ou du terrorisme sont désormais, et de plus en plus souvent, débattues devant notre Cour. En ce qui concerne le terrorisme, par exemple, notre jurisprudence se construit en mettant en balance les différents intérêts en jeu : d’une part, la protection des intérêts fondamentaux, car même les terroristes bénéficient de la protection de la Convention européenne des droits de l’homme, d’autre part, la défense de la sécurité et de l’ordre public, sans omettre les droits des victimes qui se font entendre de plus en plus et rappellent aux États qu’ils ont aussi des obligations positives à leur égard.

Plusieurs dispositions de la convention ont vocation à s’appliquer dans ces domaines et je suis certain que les articles 2, 3, 5, 7, 8 et 14 seront au cœur de vos discussions aujourd’hui.

Sans vouloir déflorer mon discours de ce soir, je peux, d’ores et déjà, vous dire que j’évoquerai l’arrêt *Zakharov* rendu récemment et qui a un lien étroit avec le thème que vous allez traiter aujourd’hui.

Voilà, J’ai déjà été trop long et je cède immédiatement la parole à ma collègue et amie Julia Laffranque qui a très gentiment accepté de présider la première partie de ce séminaire. La seconde partie sera présidée par notre collègue Ganna Yudkivska.

Merci de votre attention.



Julia Laffranque

Juge à la
Cour européenne des droits de l’homme

Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les Hauts magistrats, Mesdames, Messieurs, Chers collègues,

« Je préfère mourir debout que vivre à genoux » : ce sont les mots de Stéphane Charbonnier, dit Charb, dessinateur et journaliste à Charlie Hebdo, mort le 7 janvier 2015¹. Quelques mois après ce terrible événement, le 13 novembre de la même année, Paris fut à nouveau victime d’une vague d’attentats terroristes. Chaque jour dans les médias nous apprenons que des actes terroristes ont été commis quelque part dans le monde. Ainsi, comme vous pouvez le constater, les thèmes de ce séminaire sont, et j’en suis bien navrée, toujours d’actualité.

Les questions touchant au génocide, aux crimes contre l’humanité et aux crimes de guerre font malheureusement partie intégrante de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme. Les Estoniens, comme les autres peuples baltes et bon nombre d’autres peuples, ont fait la douloureuse expérience du joug d’un régime totalitaire étranger, expérience qu’un président de la République estonienne, Lennart Meri, a en son temps qualifiée de précieuse valeur ajoutée au système juridique européen et à l’épanouissement du monde démocratique².

Nous devons encore et toujours demeurer conscients de la fragilité de l’état de droit et de la nécessité de protéger les droits de l’homme.

Ne nous abaissons pas au niveau de ceux qui foulent aux pieds les droits protégés par la Convention européenne des droits de l’homme ; il est important de ne pas répondre au terrorisme par des mesures limitant les droits fondamentaux. Nous devons demeurer fidèles à nous-mêmes : des juges indépendants et impartiaux, fidèles aux valeurs fondamentales. La Cour des droits de l’homme doit être en cela exemplaire.

Dans ce contexte, une coopération entre les juridictions nationales, régionales et internationales apparaît fondamentale, car nous sommes unis par notre attachement commun aux droits de l’homme. Nous représentons en quelque sorte la conscience des peuples et des États européens.

Mesdames et messieurs, comme l’a dit l’ancien président de notre Cour, Dean Spielmann, le dialogue judiciaire est la clef d’or de l’avenir souhaitable de la protection des droits de l’homme en Europe³. J’irais même plus loin : j’ajouterais qu’il ne suffit pas d’avoir une clef, mais qu’il faut aussi savoir s’en servir. Bien entendu, un séminaire est une rencontre importante et un moyen précieux d’échanger des vues et des idées et de passer du temps ensemble, mais la coopération judiciaire ne doit pas demeurer un concept abstrait et théorique, elle ne doit pas être faite que de mots et de slogans ; elle doit être réalisée en pratique, dans notre travail quotidien – et pourquoi pas aussi, à l’avenir, par la mise en œuvre active du Protocole n° 16 une fois qu’il sera entré en vigueur. Je me réjouis donc que la Cour européenne des droits de l’homme ait ouvert un réseau d’échange

1 Zoom, *Morts sur leur lieu de travail*, DNA, jeudi 8 janvier 2015, p. 5.
2 Lennart Meri, 10 septembre 2001, allocution d’ouverture de la session parlementaire, in *Sirp*, sotsiaalia, 14.09.2001.
3 Dean Spielmann, Président de la Cour européenne des droits de l’homme, *Whither Judicial Dialogue?* Sir Thomas More Lecture, Lincoln’s Inn, 12 octobre 2015.

d'informations avec les juridictions supérieures des États parties à la Convention européenne des droits de l'homme. Il serait bon que ce réseau puisse bénéficier non seulement aux juridictions partenaires de la Cour, mais aussi à la Cour elle-même, ainsi qu'aux juridictions nationales dans leurs interactions entre elles. Mieux encore, souhaitons que tous ensemble, en coopérant, nous nous rappelions à chaque instant notre mission : œuvrer pour la démocratie et l'état de droit et, surtout, ne pas oublier ce que nous avons de plus précieux – l'être humain et la dignité humaine.

Cette année encore, nous avons le privilège d'accueillir pour ce séminaire des intervenants de renommée internationale, ainsi que quatre co-intervenants/commentateurs de notre Cour. À l'issue du séminaire, il y aura aussi une présentation du réseau des juridictions supérieures. Les documents de référence, qui ont comme à l'accoutumée été publiés sur notre site Internet, ont été préparés cette fois-ci par la Division de la recherche et de la bibliothèque. Ils récapitulent la jurisprudence de notre Cour relative aux thèmes du séminaire. J'en remercie chaleureusement Anna Austin et Stefano Piedimonte. Une autre innovation importante cette année est que non seulement nous avons préparé des documents de référence mais aussi nous vous avons demandé à vous, les juridictions nationales, de participer activement en amont à la préparation du séminaire et de nous exposer le droit et la pratique judiciaire de vos pays respectifs en répondant dans des contributions écrites à trois questions sur chacun des deux sujets du séminaire. Vous retrouverez ces documents précieux dans le dossier du séminaire. Nous remercions tous ceux qui nous ont adressé leur contribution et nous vous appelons tous à participer activement au séminaire.

Le comité d'organisation a aussi été renouvelé et étendu, et j'ai eu l'honneur d'en être réélue présidente. Ce sera toutefois le dernier séminaire annuel de la Cour que je présiderai. Je vous remercie tous chaleureusement de votre très agréable coopération au fil des années, et je remercie de même mes collègues, y compris les présidents actuel et passés de la Cour, de la confiance qu'ils m'ont faite. Ces quatre années ont été une expérience formidable et j'y ai pris grand plaisir. Je voudrais remercier particulièrement tous ceux dont les efforts ont énormément contribué au succès de notre manifestation : Rod Liddell, Valérie Schwartz, John Darcy, Patrick Titiun, Erika Nyman, les interprètes, et bien d'autres encore. Depuis le 3 novembre dernier, date à laquelle j'ai été élue vice-présidente de la deuxième section de notre Cour, de nouvelles tâches m'attendent, et je voudrais y consacrer toute mon énergie. À cet égard, je voudrais vous rappeler que nous devons tous, nous les juges, nous former régulièrement, suivre notre époque et nous tenir au courant de l'évolution du monde, et avoir le courage de relever de nouveaux défis.

Une cour de justice ne peut agir seule, mais elle ne doit pas non plus remplacer les politiciens, et il ne faut assurément pas que ceux-ci nous utilisent pour accomplir les tâches dont ils ne veulent pas assumer la responsabilité. Un tribunal indépendant ne s'occupe pas de politique, même s'il peut se trouver confronté à des questions de politique judiciaire et juridique importantes. Nous devons être capables, lorsque nous tranchons un cas concret, de voir aussi au-delà de l'affaire elle-même les conséquences que peuvent avoir nos décisions. Je vous souhaite à tous le courage, la santé et la force d'accomplir notre mission commune, et je vous remercie encore de tout mon cœur !



Prof. Dr. Piotr Hofmański

Juge à la Cour pénale internationale
de La Haye

La perspective de la Cour pénale internationale sur les points évoqués dans le Document de travail du séminaire établi par le Service du Jurisconsulte de la CEDH est légèrement différente. La CPI est compétente pour connaître des faits de génocide, de crime contre l'humanité et de crime de guerre. Ses juges examinent donc des allégations de violations massives des droits de l'homme. Notre tâche consiste principalement à examiner la responsabilité pénale d'individus à raison d'agissements relevant de la compétence de la CPI, plutôt que la responsabilité des États, et ce même lorsque les agissements en cause visaient à mettre en œuvre une politique d'État. Néanmoins, un certain nombre de points importants présentent un intérêt commun pour toutes les cours qui ont à statuer sur des violations massives des droits de l'homme.

Dans le cas des crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale, des violations des droits de l'homme d'une abominable cruauté sont commises. Je suis intimement convaincu que seule une action collective multidimensionnelle peut mettre un terme à ces atrocités. C'est là l'un des défis les plus importants pour la communauté internationale. Si les juridictions et les instances confrontées à des violations des droits de l'homme ont toutes un rôle à jouer, celui des cours internationales est crucial. Je voudrais souligner que pour être efficaces, les cours internationales ne doivent pas agir isolément. Il ne faut pas non plus oublier les juridictions nationales confrontées à des violations graves des droits de l'homme ni les autorités publiques responsables de politiques ayant une incidence sur le niveau de respect des droits de l'homme et sur l'effectivité de la protection de ces droits. Les organisations non gouvernementales jouent elles aussi un rôle de plus en plus important : elles surveillent les activités des autorités nationales et des tribunaux, y compris les cours internationales, et elles sensibilisent au respect de l'état de droit et des droits de l'homme.

Pour renforcer l'efficacité de la protection au niveau international, nous devons intensifier deux processus.

En premier lieu, il faut universaliser la justice pénale internationale. Comme vous le savez, 123 États sont désormais parties au Statut de Rome. C'est là un nombre relativement important, mais il ne faut pas oublier que plusieurs autres États, dont un certain nombre de grandes puissances, telles que les États-Unis, la Chine, l'Inde et la Russie, n'ont pas ratifié le Statut de Rome, certains de ces États étant semble-t-il préoccupés par l'absence de mécanisme politique permettant de limiter la responsabilité potentielle de leurs agents et de leurs citoyens. La triste conséquence de cet état de fait est que plus de la moitié de la population mondiale reste privée de la protection offerte par la CPI. C'est un grave problème. D'une part, des États puissants se tiennent à l'écart de la CPI, peut-être en raison du caractère limité de l'influence politique qu'ils peuvent avoir sur ses travaux, mais d'autre part, il est essentiel de renforcer l'indépendance politique de la Cour pour assurer l'efficacité de ses activités et garantir sa crédibilité internationale.

Il convient de réfléchir à la relation entre la souveraineté des États et leur disposition à accepter la compétence de la Cour. De manière générale, l'exercice d'une juridiction pénale est une question sensible lorsque la souveraineté est concernée, mais j'espère que plus d'États seront prêts à

redéfinir la notion de souveraineté dans un avenir proche. À mon avis, la souveraineté devrait aussi comprendre la responsabilité d'assurer la sécurité commune et de faire en sorte que les crimes les plus graves ne demeurent pas impunis.

Le second processus important est la sensibilisation aux normes internationales de protection des droits de l'homme. Cette démarche doit revêtir non seulement un aspect régional mais aussi un aspect universel. L'Europe est dotée d'un système régional de protection des droits de l'homme parmi les meilleurs et les plus efficaces qui soient. Toutefois, des atrocités d'une grande cruauté sont perpétrées sur d'autres continents, et c'est pourquoi nous avons pour tâche et pour responsabilité de renforcer les autres systèmes régionaux. Une autre solution consisterait à mettre en place un système universel puissant de protection des droits de l'homme. Un tel système existe au sein des Nations unies, mais certains craignent que son efficacité ne soit pas absolue. Ses limites peuvent notamment s'expliquer par la difficulté qu'il y a à parvenir à un consensus international quant aux droits à protéger. Cette difficulté trouve parfois sa source dans les différences profondes qui existent entre les cultures juridiques et les niveaux de développement social des différents pays.

Au niveau international, les cours pénales et les cours de protection des droits de l'homme sont complémentaires. Les cours pénales internationales examinent la responsabilité pénale des individus pour les crimes relevant de leur compétence. Les cours internationales de protection des droits de l'homme statuent sur la responsabilité des États pour les violations des droits des individus. Extérieurement, les champs de compétences respectifs des premières et des secondes peuvent paraître très différents. En réalité, un État peut être responsable de violations des droits de l'homme causées par la conduite d'individus agissant en son nom ; et en même temps, cette conduite peut aussi relever de la compétence d'une cour pénale internationale. Les personnes ayant commis des crimes au nom d'un État, en particulier celles qui occupaient de hautes fonctions gouvernementales, sont généralement jugées par les cours pénales internationales.

Pour autant, il n'y a pas de conflit de juridiction. Tant par son objet que par sa nature, la responsabilité est différente devant l'un et l'autre types de cours. D'un côté, il s'agit d'une responsabilité pénale classique à raison d'une conduite constitutive d'un crime international relevant de la juridiction des cours pénales internationales. De l'autre, la même conduite est considérée comme un acte de violation des droits de l'homme. Dans un cas, la justice se concentre principalement sur les auteurs, dans l'autre elle se concentre sur les victimes. C'est pourquoi les deux types de responsabilité sont parfaitement complémentaires.

Ces deux éléments devraient être considérés comme nécessaires, en vertu du rôle double de la justice internationale. Les cours internationales de protection des droits de l'homme statuent principalement sur la responsabilité des États pour violation des droits de l'homme. Cependant, la responsabilité de l'État et la protection de l'individu contre les violations des droits de l'homme résultant des activités de cet État ne sont pas les seuls buts. Il est tout aussi important, et peut-être même plus, d'avoir un effet préventif.

De même, le but principal de la justice pénale internationale est de faire en sorte que ceux qui ont commis des crimes doivent en répondre et, en montrant à la communauté internationale que le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre ne demeurent pas impunis, d'empêcher que de tels crimes ne soient à nouveau perpétrés à l'avenir.

Les cours internationales sont des juridictions de dernier ressort. Les cours de protection des droits de l'homme ne peuvent assurément pas traiter toutes les violations des droits de l'homme perpétrées dans le monde entier. Pour cette raison, l'un des critères de recevabilité des requêtes individuelles portées devant elles est l'épuisement préalable des voies de recours internes effectives. De plus, les traités internationaux imposent aux États parties d'ouvrir des voies de recours effectives devant leurs autorités internes pour toute personne s'estimant victime d'une violation des droits protégés par les traités (cette obligation est par exemple posée à l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme). Ce critère de recevabilité est interprété de manière large, et les États parties sont encouragés à mettre en place de tels recours dans un nombre croissant de domaines. L'effet

contraignant des décisions de la Cour étend le rôle des autorités internes en matière de protection des victimes de violations des droits de l'homme et renforce les systèmes internes de protection des droits de l'homme.

Un mécanisme similaire s'applique aux affaires examinées par la CPI. Pour des raisons évidentes, les cours pénales internationales ne peuvent traiter tous les crimes relevant de leur compétence commis dans le monde entier. En vertu du principe de complémentarité, la Cour ne peut connaître d'une affaire que si elle ne fait pas déjà l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part d'un État ayant compétence en l'espèce, à moins que cet État n'ait pas la volonté ou soit dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites. Les autorités nationales doivent donc être encouragées à mener des enquêtes effectives à l'égard des auteurs de génocide, de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre.

Je voudrais souligner que les règles appliquées par les cours internationales de protection des droits de l'homme, y compris la CEDH, jouent en faveur d'une limitation de la compétence de la CPI. En vertu de la jurisprudence de la CEDH, les autorités nationales sont tenues non seulement de ne pas violer les droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, mais encore de mettre en place des dispositions de droit pénal effectives, appuyées par un mécanisme d'application des lois, afin d'assurer la mise en œuvre concrète des dispositions du droit interne protégeant les droits garantis par la Convention. Cela concerne aussi les auteurs des crimes internationaux les plus graves, ces crimes aboutissant généralement à des violations massives des droits de l'homme. C'est ainsi que la justice internationale de protection des droits de l'homme et la justice pénale internationale peuvent se compléter.

Il est évident que ces deux types de justice internationale visent le même but, même si différentes juridictions le poursuivent par différents moyens. Du point de vue de la justice pénale internationale, l'objectif est de mettre fin à l'impunité des auteurs des crimes les plus graves ayant une portée internationale. Du point de vue des cours internationales de protection des droits de l'homme, l'objectif est de prévenir les violations des droits de l'homme. Ce que les deux systèmes ont en commun, c'est le souci des victimes de crimes graves et de violations massives des droits de l'homme.

La protection des victimes est l'essence même de la justice internationale de sauvegarde des droits de l'homme. Les cours de protection des droits de l'homme statuent sur la responsabilité des États à raison de violations des droits de l'homme, et certaines octroient à la partie lésée une satisfaction équitable.

À La Haye, la protection des victimes est un objectif supplémentaire. Une fois que le criminel a été jugé coupable, la Cour peut octroyer une réparation dans le cadre d'une procédure distincte. La raison à cela est que le système doit être complet. D'une part, il est crucial de montrer que les crimes internationaux les plus atroces ne demeurent pas impunis, d'autre part, les victimes de tels crimes doivent être assurées qu'elles ne sont pas abandonnées. Ainsi, comme vous le savez, il a été créé en vertu du Statut de Rome un Fonds au profit des victimes, géré selon les principes fixés par l'Assemblée des États Parties.

Il est aussi à noter que les victimes des crimes examinés par la Cour ont un rôle important à jouer dans la procédure. Le système de la CPI est le premier système judiciaire international où les victimes participent aux procédures menées contre les personnes accusées de génocide, de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre. Les victimes reçoivent un soutien complet d'une section spéciale du greffe.

Les traités internationaux de protection des droits de l'homme et la jurisprudence des organes chargés du contrôle de leur mise en œuvre reconnaissent un rôle crucial au principe de légalité. Toute condamnation doit toujours reposer sur une base légale appropriée. La question de savoir si l'on peut ou non être condamné sur la seule base du droit international fait débat depuis des années. Personnellement, je considère qu'au fil de l'évolution du droit pénal international, en particulier depuis l'entrée en vigueur du Statut de Rome, l'importance des dispositions du droit pénal substantiel international s'est accrue. Néanmoins, il est nécessaire de poser une base légale appropriée pour

la responsabilité pénale individuelle à raison de crimes internationaux commis au niveau national. Comme je l'ai déjà dit, le but est de mettre fin à l'impunité des auteurs de génocide, de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre. Ce but sera assurément plus facile à atteindre avec l'aide des systèmes judiciaires nationaux, en particulier si ceux-ci sont encouragés à poursuivre effectivement ces crimes au niveau national.

Pour la CEDH, cela semble crucial à la lumière de la garantie consacrée à l'article 7 de la Convention. L'incorporation des crimes internationaux dans les systèmes internes de droit pénal est importante aussi en raison du fait que l'on attend des États parties à la Convention qu'ils enquêtent activement sur tous les agissements liés à des violations des droits de l'homme garantis par la Convention. Quant à la CPI, elle n'a pas non plus pour but d'accroître le nombre de situations et d'affaires examinées par son procureur.

L'incorporation des articles 6 à 8 du Statut de Rome dans les ordres juridiques internes est donc essentielle aussi pour la CPI compte tenu du principe de complémentarité : il est assurément plus réaliste d'attendre des États qu'ils enquêtent sur les crimes relevant de la compétence de la CPI s'ils ont introduit dans leur droit pénal interne des dispositions appropriées ; et, toujours en vertu du principe de complémentarité, il est dans l'intérêt des États de procéder ainsi.

Pour autant, il faut se rappeler qu'il ne suffit pas qu'un État partie incorpore les dispositions pertinentes dans son ordre juridique interne – il doit aussi les appliquer. Pour cette raison, la CPI ne se substitue aux juridictions internes que lorsque les autorités nationales ne sont pas déjà en train d'enquêter sur un crime ou de le poursuivre, à moins que ces autorités ne veuillent ou ne puissent pas mener à bien comme il se doit l'enquête ou les poursuites.

7. Comme je viens de l'expliquer brièvement, il y a de nombreux liens entre les différents types de juridictions internationales en ce qui concerne les cas de génocide, de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre ainsi que les résultats de ces crimes. Il y a aussi un autre élément dont ces deux types de juridictions ont le même souci : la protection des droits procéduraux de l'accusé. C'est un truisme que de dire que même l'auteur d'un crime abominable a droit à un procès équitable. Les juridictions nationales qui ont à juger ces crimes sont tenues de respecter les normes énoncées dans les traités internationaux de protection des droits de l'homme ratifiés par les autorités de leur pays. De plus, dans certains systèmes régionaux de protection des droits de l'homme, le juge international peut vérifier la conformité de la procédure interne avec les normes internationales.

Cela ne s'applique pas à la CPI. Celle-ci ne peut être partie à aucune convention de protection des droits de l'homme, que ce soit au niveau universel ou au niveau régional. Néanmoins, en vertu de l'article 21 § 3 du Statut de Rome, l'application et l'interprétation qu'elle fait du droit doivent être compatibles avec les droits de l'homme internationalement reconnus et exemptes de toute discrimination fondée sur des considérations telles que l'appartenance à l'un ou l'autre sexe, l'âge, la race, la couleur, la langue, la religion ou la conviction, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale, ethnique ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre qualité. Lorsqu'elle applique cette disposition, la CPI se réfère souvent à la jurisprudence de la CEDH. Nous avons à cœur la protection des droits procéduraux de l'accusé. C'est en effet un élément qui légitimise l'exercice de notre juridiction.

Les cours internationales de protection des droits de l'homme auront peut-être elles aussi l'occasion de se référer à la jurisprudence de la CPI, en particulier en ce qui concerne l'interprétation des éléments constitutifs du génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre. La CEDH a déjà eu l'occasion de s'appuyer sur la jurisprudence du TPIY. La jurisprudence de la CPI fera aussi de plus en plus partie de ce dialogue judiciaire. Nous traitons des affaires qui concernent des atrocités dont il faut espérer qu'elles ne se produiront pas en Europe, mais notre jurisprudence a aussi une valeur plus générale, en particulier pour ce qui est de la notion de procès équitable.



Erik Møse

Juge à la
Cour européenne des droits de l'homme

I. INTRODUCTION

Dans la brillante intervention par laquelle il a ouvert cette session sur le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, le juge Hofmański a souligné que pour être efficaces, les cours internationales ne doivent pas agir isolément. Il a appelé notre attention sur l'article 21 § 3 du Statut de la Cour pénale internationale (CPI), en vertu duquel l'application et l'interprétation du droit doivent être compatibles avec les droits de l'homme internationalement reconnus, et il a dit que la CPI se référait souvent à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Il a également exprimé l'espoir que les cours internationales de protection des droits de l'homme se réfèrent de même à la jurisprudence de la CPI. Cela soulève la question de ce que l'on appelle souvent le « dialogue judiciaire », en l'occurrence le dialogue entre les juridictions de protection des droits de l'homme et les juridictions pénales internationales.

II. LES JURIDICTIONS PÉNALES INTERNATIONALES

Je voudrais commencer par dire quelques mots de la jurisprudence des juridictions pénales internationales. Dans bon nombre de leurs arrêts et décisions, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) et les Tribunaux spéciaux pour la Sierra Leone, le Cambodge et le Liban ont fait référence à la Convention européenne des droits de l'homme et à d'autres conventions de protection des droits de l'homme. Notre jurisprudence relative au droit à un procès équitable a souvent été utilisée.

Parmi les grands arrêts renvoyant à la Convention européenne des droits de l'homme, on trouve *Aleksovski*, *Čelebići*, *Tadić* et *Kayishema et Ruzindana*, pour n'en citer que quelques-uns. Plusieurs auteurs se sont intéressés à l'impact de la Convention européenne des droits de l'homme dans le domaine de la justice pénale internationale. Le livre *Human Rights and Criminal Justice for the Downtrodden: Essays in Honour of Asbjørn Eide* (2003) contient des contributions à ce sujet. En ce qui concerne la CPI, on trouve dans un livre récent publié sous la direction de Carsten Stahn, *The Law and Practice of the International Criminal Court* (2015), un article rapportant que la CPI s'appuie fréquemment sur la jurisprudence de la CEDH. Nous n'avons malheureusement pas le temps d'entrer plus dans les détails sur ce point aujourd'hui.

III. LA JURISPRUDENCE DE LA CEDH

Le principal thème que je vais aborder est l'utilisation que fait la Cour de Strasbourg des statuts et de la jurisprudence des juridictions pénales internationales. Par commodité, je partirai du document de travail du séminaire établi par le Service du Jurisconsulte.

1. La première partie de ce document concerne la jurisprudence de la CEDH relative aux disparitions forcées, aux personnes disparues et aux enquêtes y afférentes, situations qui soulèvent des questions relatives au respect du droit à la vie protégé par l'article 2. Il existe bon nombre d'arrêts à ce sujet, mais peu d'entre eux renferment des références spécifiques au droit pénal international. Par exemple, ni les arrêts bien connus rendus par la Grande Chambre dans les affaires *Šilih c. Slovénie* (2009) et *Varnava et autres c. Turquie* (2009), ni l'important arrêt semi-pilote rendu par une chambre de la Cour en l'affaire *Aslakhanova et autres c. Russie* (2012) ne mentionnent ces sources de droit.

Certains arrêts rendus sur des griefs tirés de l'article 2 renferment des références au droit pénal international dans l'exposé des faits ou la partie consacrée au droit comparé, mais non dans le raisonnement. Par exemple, dans l'arrêt *Palić c. Bosnie-Herzégovine* (chambre, 2011), la Cour a expliqué dans l'exposé des faits (au paragraphe 30) comment le TPIY appliquait la doctrine de l'entreprise criminelle commune, mais elle n'a pas eu besoin d'y revenir dans son raisonnement. De même, dans l'affaire *Janowiec et autres c. Russie* (Grande Chambre, 2013), qui concernait le massacre de Katyn (1940), la Cour a fait brièvement référence au Tribunal de Nuremberg dans la section de l'arrêt consacrée au droit international (aux paragraphes 76-77).

À mon avis, cela n'est pas surprenant. Les principes essentiels énoncés par la CEDH dans le contexte de l'application de l'article 2 ont été établis progressivement mais relativement tôt, à une époque où les juridictions pénales internationales n'avaient pas encore été créées ou en étaient encore à leurs débuts.

En revanche, dans certaines affaires récentes relatives à l'article 2, l'influence du droit pénal international est visible dans le raisonnement. Ainsi, dans l'affaire *Jelić c. Croatie* (chambre, 2014), la requérante se plaignait que les autorités n'aient pas pris de mesures suffisantes pour enquêter sur les circonstances dans lesquelles son mari avait été tué pendant les événements du début des années 1990. Dans la partie de l'arrêt exposant l'état du droit international (paragraphe 42), la Cour a cité les dispositions du Statut de la CPI (article 25), du Statut du TPIR (article 6) et du Statut du TPIY (article 7) relatives à la responsabilité pénale individuelle. Puis, dans le raisonnement, elle a observé (aux paragraphes 88-90) que dans le contexte des crimes de guerre, la responsabilité des supérieurs (responsabilité du commandement) devait être distinguée de celle de leurs subordonnés : il ne suffisait pas que l'enquête des autorités ait mené à la poursuite et au châtement d'un supérieur impliqué dans les faits au cours desquels le mari de la requérante avait été tué ; il fallait encore que les subordonnés répondent pénalement de leurs actes. La chambre a donc conclu à l'unanimité que l'enquête n'avait pas été adéquate et effective.

Dans une affaire similaire, *B. et autres c. Croatie* (chambre, 2015), la Cour a aussi conclu, à la majorité, à la violation du volet procédural de l'article 2 (voir les paragraphes 39 et 72-74 de l'arrêt).

2. La deuxième partie du document établi par le Service du Jurisconsulte illustre le fait que la répression du génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre a soulevé des questions sous l'angle de l'article 7 de la Convention, relativement tant au principe de légalité qu'à la non-rétroactivité de la loi pénale.

Dans l'arrêt *Korbely c. Hongrie* (Grande Chambre, 2008), qui concernait une condamnation pour un homicide commis en 1956, la Cour a exposé de manière complète les règles du droit humanitaire dans la partie consacrée au droit comparé, citant les dispositions pertinentes des statuts du TPIY, du TPIR et de la CPI (paragraphe 51). Dans son raisonnement, elle a observé que le meurtre figurait dans chacune des « quatre principales définitions d'un crime contre l'humanité » (paragraphe 81) avant d'examiner le point de savoir si les autres éléments constitutifs du crime contre l'humanité étaient réunis lorsque le requérant avait été condamné.

Dans l'arrêt *Scoppola c. Italie* (n° 2) de 2009 (Grande Chambre), la Cour a cité, dans la section relative aux textes et documents internationaux, l'article 24 § 2 du Statut de la CPI, en vertu duquel, si le droit applicable à une affaire est modifié, c'est le droit le plus favorable à la personne faisant l'objet d'une enquête, de poursuites ou d'une condamnation qui s'applique (paragraphe 40). Dans la partie de l'arrêt consacrée au droit comparé, elle a cité l'arrêt *Dragan Nikolić*, dans lequel

la chambre d'appel du TPIY avait dit que le principe de l'application de la loi la plus clément s'appliquait au Statut du TPIY (paragraphe 41). Elle s'est ensuite appuyée sur ces deux éléments dans le raisonnement par lequel elle a conclu à la violation de la Convention (paragraphe 105).

L'arrêt *Kononov c. Lettonie* (Grande Chambre, 2010), qui concernait une condamnation pour crimes de guerre à raison d'actes commis en 1944, renferme un aperçu des règles du droit humanitaire et des règles appliquées en matière de poursuite de crimes de guerre par les Tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo (aux paragraphes 115-122). Dans cet arrêt, la Cour s'est appuyée lourdement, dans son raisonnement, sur les règles appliquées par ces tribunaux (paragraphes 186-233 de l'arrêt), et elle a cité – certes en notes de bas de page – les textes appliqués par la CPI, le TPIY, le TPIR et le Tribunal spécial pour la Sierra Leone (notes 50, 58, 59 et 63). Elle a conclu à la non-violation de l'article 7.

L'arrêt *Vasiliauskas c. Lituanie* (Grande Chambre, 2015) constitue un exemple instructif de l'impact que peut avoir la jurisprudence des juridictions pénales internationales. Dans cette affaire, le requérant avait été reconnu coupable en 2005 d'avoir tué deux partisans lituaniens en 1953. La Cour a considéré que sa condamnation pour génocide à l'égard d'un « groupe politique » n'était pas prévisible au moment de l'homicide, et elle a conclu à la violation de l'article 7. L'arrêt contient non seulement des références à la Charte du Tribunal de Nuremberg (aux paragraphes 75-76) et aux statuts du TPIY, du TPIR et de la CPI (aux paragraphes 85-87), mais aussi d'abondantes références à la jurisprudence du TPIY (affaires *Jelisić*, *Krstić*, *Sikirica* et *Tolimir*, paragraphes 97-104) et du TPIR (affaires *Rutaganda*, *Semanza* et *Kamuhanda*, paragraphes 109-113). La Cour s'est fortement appuyée sur ces affaires dans son raisonnement (en particulier aux paragraphes 167-178 de l'arrêt).

3. En ce qui concerne maintenant les amnisties de violations graves des droits de l'homme, l'affaire de référence est l'affaire *Marguš c. Croatie* (Grande Chambre, 2014). Dans cette affaire, la Cour a considéré que les autorités internes avaient agi conformément à la Convention en inculpant à nouveau le requérant et en le déclarant coupable de crimes de guerre contre la population civile alors qu'il avait précédemment bénéficié d'une amnistie. L'article 4 du Protocole n° 7 (*non bis in idem*) n'était pas applicable aux circonstances de la cause. Dans la partie de l'arrêt consacrée au droit comparé, la Cour a cité la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (paragraphe 42), l'article 20 du Statut de la CPI, relatif au principe *non bis in idem* (paragraphe 44), et les règles coutumières du droit international humanitaire. Dans son raisonnement (paragraphe 135), elle a tenu compte expressément des décisions de plusieurs juridictions internationales, notamment de l'arrêt *Furundžija* du TPIY (paragraphe 55) et des décisions rendues par les Tribunaux spéciaux pour le Cambodge et la Sierra Leone (paragraphes 67-68).

4. Enfin, je voudrais souligner que la jurisprudence des juridictions pénales internationales est aussi pertinente dans d'autres contextes que celui des articles 2 et 7.

Ainsi, dans l'arrêt *Perinçek c. Suisse* (Grande Chambre, 2015), qui concernait l'incrimination de la négation d'un génocide, la Cour s'est référée aux statuts du Tribunal de Nuremberg et de la CPI (aux paragraphes 53-54), ainsi qu'aux arrêts rendus par le TPIR dans l'affaire *Akayesu*, qui constitue un tournant dans la jurisprudence relative au génocide, et dans l'affaire *Nahimana et consorts*, souvent appelée l'Affaire des médias (paragraphes 55-58). Elle a tenu compte de ces éléments dans son raisonnement, à l'issue duquel elle a conclu qu'au moment des faits aucun des traités internationaux en vigueur ne commandait en termes clairs et explicites l'imposition de sanctions pénales pour la négation d'un génocide en tant que telle (paragraphes 262-268).

Dans l'affaire *M.C. c. Bulgarie* (chambre, 2003), la Cour a considéré que les articles 3 et 8 imposaient intrinsèquement aux États l'obligation positive d'adopter des dispositions pénales sanctionnant réellement le viol et de les appliquer en pratique par des enquêtes et des sanctions effectives. Elle a tenu compte de nombreux éléments de droit comparé, et notamment de l'évolution du droit pénal international, selon lequel étaient répréhensibles non seulement l'acte sexuel imposé par la force mais aussi le fait de profiter de circonstances coercitives pour accomplir des actes sexuels (paragraphe 163). Elle a cité deux affaires du TPIY : l'affaire *Furundžija* et l'affaire *Kunarac, Kovač et Vuković* (paragraphes 102-107).

Enfin, dans l'affaire *Ahorugeze c. Suède* (chambre, 2011), un ressortissant rwandais soutenait que s'il était extradé de la Suède au Rwanda pour être jugé pour des faits de génocide commis pendant les événements de 1994, il y aurait violation des articles 3 et 6 de la Convention. La Cour a jugé qu'il n'y avait pas de risque réel que le requérant subisse des traitements prohibés par l'article 3 ou un déni de justice. Elle a attaché un poids déterminant à la jurisprudence du TPIR, qui avait progressivement accepté le transfert de certains procès de sa compétence à celle des autorités rwandaises (paragraphe 44-61 de l'arrêt).

IV. CONCLUSION

Premièrement, il faut garder à l'esprit que l'apparition de juridictions pénales internationales est un phénomène relativement nouveau. On se rappellera que le TPIY et le TPIR ont été créés respectivement en 1993 et en 1994, et que le Statut de la CPI date de l'année 2000 et est entré en vigueur en 2002. De même, les Tribunaux spéciaux pour la Sierra Leone, le Cambodge et le Liban ont été créés en 2002, 2003 et 2007 respectivement. Ce n'est donc que depuis quelques années que la Cour de Strasbourg peut mentionner ces organes dans sa propre jurisprudence.

Deuxièmement, il n'est pas étonnant que les premières références faites aux tribunaux pénaux internationaux aient seulement consisté à mentionner leurs statuts. Il a nécessairement fallu à ces tribunaux un certain temps pour développer une jurisprudence susceptible d'être pertinente dans le contexte des affaires examinées à Strasbourg. Le moment venu, la Cour de Strasbourg a utilisé leurs décisions non seulement dans la partie de ses arrêts relative au droit comparé mais aussi dans ses raisonnements.

Troisièmement, la Cour est ouverte à ces sources de droit. Cela non plus ne devrait pas être surprenant. La Cour a toujours tenu compte des autres instruments juridiques et de la pratique internationale, notamment des conventions de protection des droits de l'homme des Nations unies, du droit de l'UE et des conventions de La Haye. Une approche visant à concilier différentes sources internationales permet d'éviter la fragmentation et aide les juridictions nationales à appliquer plus aisément le droit international.

Quatrièmement, il y a tout lieu de croire que, au fur et à mesure que la jurisprudence de la CPI se développera, son influence sur la jurisprudence de la CEDH ira croissant. À l'avenir, la CPI pourrait bien devenir le principal interlocuteur de la Cour de Strasbourg en matière de droit pénal international. Il est à noter que le TPIR a été remplacé le 1^{er} janvier 2016 par le Mécanisme international appelé à exercer les fonctions résiduelles des tribunaux pénaux, et que bientôt ce mécanisme remplacera de même le TPIY. Le Tribunal pour la Sierra Leone Court a fermé, et les Tribunaux pour le Cambodge et le Liban arrivent au terme de leur mandat.



Ksenija Turković

**Juge à la
Cour européenne des droits de l'homme**

Mesdames et Messieurs, c'est un grand plaisir et un privilège pour moi que de pouvoir participer à ce dialogue entre juges à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire 2016 et de revenir, avec mon ami le juge Møse, sur l'exposé que nous a présenté notre éminent collègue Piotr Hofmański au sujet du premier thème de notre séminaire : les Cours internationales et nationales face aux violations massives des droits de l'homme.

Monsieur Hofmański, ma réflexion s'inspire de votre thèse voulant que seule une action conjointe et multidimensionnelle puisse mettre fin aux atrocités (paragraphe 2 de votre exposé) et que les deux systèmes de justice internationale incarnés par la Cour pénale internationale et par la Cour européenne des droits de l'homme poursuivent le même objectif, quoique les moyens qu'ils emploient pour tenter de l'atteindre soient différents (paragraphe 5 de votre exposé). Dans mes observations, je me pencherai sur les rapports qu'entretiennent la Cour pénale internationale, la Cour européenne des droits de l'homme et les juridictions nationales pour lutter contre l'impunité afin de rendre justice aux victimes, de prévenir par la dissuasion la commission de nouvelles violations et de préserver l'État de droit ainsi que la confiance du public dans le système judiciaire¹.

La création, au début des années 1990, de juridictions pénales internationales *ad hoc* a conduit les mouvements de défense des droits de l'homme à s'intéresser davantage à la justice pénale – tant sur le plan interne que sur le plan international – et à lui accorder leur confiance. L'impunité des auteurs de violations graves des droits de l'homme a commencé à être perçue non plus seulement comme révélatrice d'un manquement à remédier aux violations en question, mais aussi comme une cause de celles-ci. La responsabilité pénale individuelle et la lutte contre l'impunité sont devenues des composantes essentielles des efforts déployés pour la défense des droits de l'homme².

En Europe, cette évolution a coïncidé avec l'intégration des nouvelles démocraties et des sociétés en transition dans le système européen de protection des droits de l'homme. La Cour a dû faire face au problème des violations massives des droits de l'homme à une échelle inédite pour elle (les rares affaires antérieures portant sur de telles violations en Turquie et à Chypre revêtaient un caractère exceptionnel dans notre jurisprudence) et, depuis le début des années 1990, elle a développé une jurisprudence abondante dans ce domaine. Ce processus a été accéléré par les conflits ayant éclaté au Kurdistan, en Tchétchénie, en Transnistrie et dans le Haut-Karabakh notamment.

¹ Voir le préambule des Lignes directrices pour « éliminer l'impunité pour les violations graves des droits de l'homme » adoptées par le Comité des Ministres le 30 mars 2011 lors de la 1110^e réunion des Délégués des Ministres.

² Voir Karen Engle, *Anti-Impunity and the Turn to Criminal Law in Human Rights*, 100 *Cornell L.J.* 1069 (2015).

En 2009, le Conseil de l'Europe a fait de l'éradication de l'impunité en Europe l'un de ses principaux objectifs. La même année, l'Assemblée parlementaire a adopté une Recommandation intitulée « Situation des droits de l'homme en Europe: nécessité d'éradiquer l'impunité³ ». En 2011, le Comité des Ministres a adopté des Lignes directrices pour « éliminer l'impunité pour les violations graves des droits de l'homme⁴ ».

L'ensemble de ces éléments et le recours de plus en plus fréquent aux mécanismes de plaintes individuelles comme mode de traitement des violations graves des droits de l'homme ont graduellement conféré un caractère pénal à notre jurisprudence. On pourrait aussi considérer que nous sommes confrontés à une instrumentalisation du droit pénal interne et international visant à prévenir les violations graves des droits de l'homme⁵. J'en donnerai quelques exemples, que nous connaissons tous⁶.

D'après la jurisprudence de la Cour, la Convention (articles 2, 3, 4, 5 § 1 et 8) impose aux États d'adopter des dispositions en matière pénale qui sanctionnent effectivement les violations graves des droits de l'homme par des peines appropriées⁷. Les violations de ces dispositions n'atteignent pas toutes ce seuil. Les États parties n'ont aucune marge d'appréciation quant au choix des moyens de protection contre les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide.

En outre, les États sont tenus de mettre en place un mécanisme répressif et de faire appliquer la loi pénale⁸. Lorsqu'elle persiste, l'inefficacité de la mise en œuvre du droit pénal peut s'analyser en une violation des droits individuels si un climat général d'impunité conduit à la commission de nouvelles infractions⁹. La passivité peut être assimilée à la complicité. C'est ce que j'appellerais la responsabilité de l'État pour défaut de poursuites.

Les États ont en particulier l'obligation de mener une enquête effective sur les violations graves des droits de l'homme pour garantir que ceux qui en sont responsables devront rendre des comptes¹⁰. Dans ce domaine, ils doivent agir d'office. Il va sans dire que l'obligation de mener une enquête effective est une obligation de moyens, et non de résultat.

En outre, les États sont tenus d'engager des poursuites lorsque le résultat d'une enquête le justifie. La Cour ne doit en aucun cas s'avérer disposée à laisser impunies des atteintes à l'intégrité physique et morale des personnes¹¹.

La Convention ne garantit pas le droit d'obtenir des condamnations au pénal. Toutefois, un constat de violations graves des droits de l'homme doit donner lieu au prononcé d'une peine appropriée. Les condamnations infligées doivent être effectives, proportionnées et appropriées aux infractions commises. Elles doivent être en rapport avec la gravité de l'affaire. L'imposition de condamnations clémentes crée un climat d'impunité. En conséquence, dans les cas où il existe une disproportion manifeste entre la gravité de l'infraction et la sanction infligée, la Cour doit intervenir,

ce qu'elle explique par le fait que sa mission consiste à garantir des droits concrets et effectif, « sinon, le devoir qu'ont les États de mener une enquête effective perdrait beaucoup de son sens et, bien qu'il revête une importance fondamentale, le droit consacré par l'article 2 serait dépourvu d'effet utile¹² ».

Toutefois, la Cour veille à ne pas étendre outre mesure la portée de ces obligations protectrices et procédurales afin de ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou disproportionné.

Elle considère par exemple que, s'agissant d'événements anciens (tels que ceux qui se sont produits en ex-Yougoslavie), l'obligation de célérité dans la conduite de l'enquête peut différer fortement de la norme applicable à des faits récents. L'écoulement du temps pourra avoir atténué le degré d'urgence ; l'exigence d'immédiateté des mesures d'enquête à prendre au lendemain d'un événement n'aura probablement plus de raison d'être. Les autorités peuvent légitimement prendre en compte les perspectives de succès de nouvelles poursuites à un stade aussi tardif¹³.

La Cour a également jugé que cette obligation procédurale doit être appliquée de manière réaliste, pour tenir compte des problèmes particuliers auxquels les enquêteurs ont à faire face, en particulier dans un contexte de conflit ou au lendemain d'une guerre, mais en ce qui concerne un décès ou une disparition en temps de guerre. Dans l'affaire *Jaloud*¹⁴, la Cour s'est penchée sur la question de savoir si les dysfonctionnements (carences) de l'enquête étaient ou non inévitables, tandis que dans les affaires consécutives à l'arrêt *Palić c. Bosnie-Herzégovine*¹⁵, elle a recherché si les autorités avaient fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles. Cela ouvre la voie à un intéressant débat sur la latitude exacte dont les États bénéficient lorsqu'ils appliquent la Convention en situation de guerre.

En outre, le droit d'accès à un tribunal ne donne pas le droit à une victime d'engager ou de faire engager des poursuites pénales contre un tiers¹⁶, ni d'obtenir que celui-ci soit reconnu coupable ou condamné¹⁷. Le droit d'intenter un recours n'implique pas le droit d'obtenir justice.

Dans l'arrêt *Marguš*, la Cour a jugé, sur le terrain des articles 2 et 3 de la Convention, que l'octroi d'une amnistie pour l'assassinat de civils s'analyse en une violation des obligations fondamentales de l'État en matière de droits de l'homme sauf si pareille mesure s'inscrit dans le cadre d'un processus de réconciliation ou s'accompagne d'une forme de réparation pour les victimes¹⁸. La Grande Chambre n'a pas exclu que des amnisties puissent être justifiées dans certaines circonstances.

Certains en ont conclu que nous n'étions pas assez « répressifs¹⁹ ».

Depuis le début des années 1990, la Cour a statué sur des centaines d'affaires portant sur des disparitions forcées et des crimes de guerre dans lesquelles elle a insisté sur l'obligation de rendre des comptes. Elle a progressivement accru son aptitude à traiter les violations massives des droits de l'homme. Les recours individuels sont devenus au fil du temps un mécanisme quasi-pénal offrant une voie complémentaire de traitement des violations massives des droits de l'homme²⁰. En renversant la charge de la preuve, en tirant des conclusions d'un manquement de l'État à coopérer, en instituant des procédures prioritaires et en indiquant des mesures générales au titre de l'article 46 de la Convention, la Cour a renforcé sa capacité à traiter ce type d'affaires²¹.

3 Recommandation 1876 (2009).

4 Voir note 1 ci-dessus.

5 Voir Anja Seibert-Fohr, *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, Oxford University Press, 2009.

6 Ces principes sont fort bien résumés dans l'affaire *B. et autres c. Croatie*, (n° 71593/11, §§ 56-61, 18 juin 2015).

7 Voir *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, § 115, Recueil des arrêts et décisions 1998 VIII, *Mastromatteo c. Italie* [GC], n° 37703/97, §§ 67 et 89, CEDH 2002 VIII, et *Menson c. Royaume-Uni* (déc.), n° 47916/99, CEDH 2003 V.

8 *Ibidem*.

9 Voir *Mahmut Kaya c. Turquie*, n° 22535/93, §§ 94-98, CEDH 2000-III. Voir aussi *Yaşa c. Turquie*, 2 septembre 1998, § 104, Recueil 1998-VI.

10 Voir, par exemple, *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, n° 24746/94, §§ 105-109, 4 mai 2001, *Kelly et autres c. Royaume-Uni*, n° 30054/96, § 4, 4 mai 2001, *Douglas-Williams c. Royaume-Uni* (déc.), n° 56413/00, 8 janvier 2002, *Esmukhambetov et autres c. Russie*, n° 3445/03, §§ 115-18, 29 mars 2011, et *Umarova et autres c. Russie*, n° 25654/08, §§ 84-88, 31 juillet 2012.

11 Voir, *mutatis mutandis*, *Öneryıldız c. Turquie* [GC], n° 48939/99, § 96, CEDH 2004 XII, *Okkaly c. Turquie*, n° 52067/99, § 65, CEDH 2006 XII (extraits), et *Türkmen c. Turquie*, n° 43124/98, § 51, 19 décembre 2006.

12 Voir *Nikolova et Velitchkova c. Bulgarie*, n° 7888/03, § 62, 20 décembre 2007.

13 Voir *Treskavica c. Croatie*, n° 32036/13, § 62, 12 janvier 2016, et les références qui s'y trouvent citées.

14 *Jaloud c. Pays-Bas*, n° 47708/08, § 227, CEDH 2014.

15 *Palić c. Bosnie-Herzégovine*, n° 4704/04, § 70, 15 février 2011.

16 *Dujardin et autres c. France*, n° 16734/90, décision de la Commission du 2 septembre 1991, Décisions et rapports 72.

17 *Perez c. France*, n° 47287/99, § 70, CEDH 2004-I.

18 *Marguš c. Croatie*, n° 4455/10, § 139, CEDH 2014.

19 Voir, par exemple, Sonja C. Grover, *The European Court of Human Rights as a Pathway to Impunity for International Crimes* (2010).

20 Sur la compétence quasi-pénale des juridictions des droits de l'homme, voir Alexandra Huneeus, *International Criminal Law by Other Means: The Quasi-Criminal Jurisdiction of the Human Rights Courts*, 107 Am. J. Int. L. 1 (2013).

21 Pour de plus amples informations, voir le document de travail préparé pour le séminaire intitulé « Juridictions nationales et internationales confrontées à des violations massives des droits de l'homme », disponible à l'adresse suivante : www.echr.coe.int/Documents/Seminar_background_paper_2016_part_1_FRA.pdf.

Toutefois, l’exécution intégrale et rapide des arrêts de la Cour est l’élément clé de la lutte contre l’impunité. Dans ce domaine, le Comité des Ministres, qui contrôle l’efficacité de la mise en œuvre des arrêts, joue un rôle important en insistant fréquemment sur la mise en place de mesures générales et l’ouverture d’enquêtes effectives. Par exemple, dans l’affaire *Aslakhanova et autres c. Russie*²², le Comité des Ministres a déclaré que le succès des poursuites individuelles constituait une condition préalable au constat de l’exécution par l’État de son obligation de garantir des recours effectifs conformément à l’arrêt rendu par la Cour²³.

Comme je l’ai montré, les violations massives des droits de l’homme ne se réduisent pas à des cas extrêmes de crimes ordinaires. Les décisions judiciaires auxquelles elles donnent lieu, et plus encore la mise en œuvre de celles-ci, souvent fortement politisée, soulèvent des problèmes particuliers.

En conclusion, la Cour pénale internationale (CPI), les juridictions internes et notre Cour se partagent le travail. Il incombe au premier chef aux autorités nationales d’enquêter sur les violations massives des droits de l’homme et d’engager des poursuites contre leurs auteurs. Ce n’est que lorsqu’elles ne parviennent pas à offrir des recours effectifs que notre Cour doit intervenir (principe de subsidiarité). Dans le cadre de son rôle subsidiaire, la Cour fournit des orientations normatives aux systèmes judiciaires nationaux. Toutefois, si les autorités nationales ne sont pas disposées à agir ou sont dans l’incapacité de le faire, la CPI peut engager des poursuites (principe de complémentarité). Autrement dit, le contrôle exercé par notre Cour peut être conforté par la menace de l’ouverture de poursuites directes par la CPI. Nous exerçons une fonction importante pour lutter contre l’impunité, mais ce sont les autorités nationales qui jouent le rôle majeur dans ce domaine.

Hannah Arendt nous a prévenus : « Nous nous convainquons que nous combattons le mal en éliminant les méchants ». Nous ne devons pas oublier que pour combattre correctement le mal, les poursuites pénales et la responsabilité individuelle sont loin d’être suffisantes. Nous devons mettre au point des stratégies et améliorer encore notre capacité à nous attaquer aux causes structurelles qui sous-tendent les violations massives des droits de l’homme. Quoiqu’encore assez rares dans ce domaine, les recherches en sciences sociales identifient clairement les violations des droits civils et politiques – notamment les atteintes aux droits à l’intégrité personnelle, la discrimination et la négation des droits de participation politique comme étant directement à l’origine du déclenchement des conflits ou de leur escalade . En protégeant globalement les droits de l’homme, nous évitons en réalité la survenance de violations massives des droits de l’homme. À cet égard, notre fonction préventive est encore plus remarquable.



Aharon Barak*

Professeur de droit
Interdisciplinary Center - Israël

A. LE RÔLE DU JUGE : PROTÉGER LA DÉMOCRATIE

À mes yeux, le rôle de tout juge, qu’il soit national ou international, consiste à protéger la démocratie¹. Le maintien de la démocratie ne peut être tenu pour acquis. C’est certainement le cas des démocraties nouvelles, mais cela vaut également pour les démocraties anciennes et bien établies. L’hypothèse selon laquelle « cela ne peut nous arriver » n’est plus acceptable. Tout peut arriver. Si la démocratie a été pervertie et détruite dans l’Allemagne de Kant, de Beethoven et de Goethe, cela peut se produire n’importe où. Si nous ne protégeons pas la démocratie, elle ne nous protégera pas non plus. Je ne sais pas si les juges de la Cour suprême allemande auraient pu empêcher qu’Hitler n’accède au pouvoir dans les années 1930. Mais je sais que l’Holocauste et la Seconde Guerre mondiale nous ont appris, entre autres, que nous devons nous doter de constitutions démocratiques et veiller à ce qu’elles soient mises en œuvre par les juges des cours suprêmes, à qui il incombe essentiellement de sauvegarder la démocratie. C’est cette prise de conscience qui, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, a contribué à promouvoir l’idée du contrôle juridictionnel de l’action du législateur – tant au plan interne qu’au plan international – et qui a conduit à ce que les droits de l’homme se voient accorder une place prépondérante. Elle a forgé ma conviction selon laquelle le rôle principal des juges des cours suprêmes des sociétés démocratiques consiste à sauvegarder et à protéger la démocratie.

Dans cette perspective, les juges – nationaux ou internationaux – ont un rôle majeur à jouer en matière de protection de la démocratie. Ils doivent la protéger à la fois contre le terrorisme et contre les moyens que l’État entend utiliser pour le combattre. Certes, la capacité des juges à protéger la démocratie est mise à l’épreuve quotidiennement, mais c’est dans les situations de terrorisme qu’ils sont confrontés au défi suprême. La sauvegarde des droits de l’homme de chaque individu est un devoir bien plus redoutable en temps de terrorisme qu’en temps de paix et de sécurité. Si les juges échouent dans leur rôle en temps de terrorisme, ils seront incapables de le remplir en temps de paix et de tranquillité. Imaginer qu’il est possible d’opérer une distinction nette entre les droits de l’homme en temps de terreur et les droits de l’homme en temps de paix relève du mythe. Il serait illusoire de penser que les juges sont en mesure de limiter leurs décisions de manière à ce qu’elles ne soient valables qu’en temps de terreur et qu’ils peuvent décider que les choses changeront en temps de paix. La frontière entre la terreur et la paix est ténue. En tout état de cause, il est impossible de maintenir cette distinction à long terme. Les juges doivent partir du principe que toutes les décisions qu’ils prennent au moment où le terrorisme menace la démocratie perdureront après qu’il aura

* Ancien président de la Cour suprême d’Israël, aujourd’hui en retraite, M. Aharon Barak est professeur de droit à l’Interdisciplinary Center (IDC) d’Herzliya. Le présent exposé s’inspire d’une sélection d’articles d’Aharon Barak : *Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy* » (116 HARV. L. REV. 19 (2002)), *Role of a Supreme Court in a Democracy, and the Fight against Terrorism*, (58 U. MIAMI L. REV. 125 (2003)) et *Human Rights in Times of Terror - A Judicial Point of View* (28 LEGAL STUD. 493 (2008)).

1 Pour une analyse approfondie de cette thèse, voir Aharon Barak, *The Judge in a Democracy* (20 (2006)).

22 *Aslakhanova et autres c. Russie*, n° 2944/06 et al., 18 décembre 2012.
23 En ce qui concerne les diverses mesures de redressement possibles et leurs conséquences, voir Gerald L. Neuman, *Bi-Level Remedies for Human Rights Violations*, 55 Harvard Int. L.J. 323 (2014).

disparu. En réalité, l’action des juges doit être cohérente et uniforme. Une mauvaise décision prise en temps de terrorisme marquera un point qui infléchira la trajectoire de la justice après que la crise sera passée².

En outre, la démocratie garantit aux juges indépendance et impartialité, qu’ils soient nationaux ou internationaux. Les juges n’étant pas responsables politiquement, la démocratie les renforce contre les fluctuations de l’opinion publique. Les situations de terrorisme constituent la véritable mise à l’épreuve de l’indépendance des juges. Cette absence de responsabilité prend toute sa signification en pareilles situations, où l’opinion publique a le plus tendance à parler d’une seule voix. C’est précisément en temps de terrorisme que les juges doivent assumer la responsabilité suprême qui leur incombe, celle de protéger la démocratie. Il leur faut faire parler l’histoire, et non l’hystérie. Il faut admettre que la lutte contre le terrorisme transforme notre démocratie en « démocratie défensive » ou en « démocratie militante »³. Toutefois, cette défense et ce combat militant ne doivent pas priver notre régime de son caractère démocratique. Les juges doivent agir dans cet esprit de combat défensif, de démocratie militante qui n’est pas une démocratie sans contrôle.

B. LA BATAILLE CONTRE LA TERREUR – DANS LE RESPECT DU DROIT

Selon un célèbre dicton, les Muses sont silencieuses lorsque les canons tonnent. Cicéron a exprimé une idée comparable dans sa maxime « *silent enim leges inter arma* » (dans la bataille, en effet, les lois sont silencieuses⁴). Ces propos sont regrettables. J’espère qu’ils ne correspondent pas à l’état actuel des choses. Je suis convaincu qu’ils ne reflètent pas la manière dont les choses devraient être. Toutes les batailles qu’un pays mène – contre le terrorisme ou une autre menace – doivent obéir à des règles et à des lois. L’action de l’État doit toujours s’inscrire dans le respect du droit. Il n’existe pas de trous noirs où le droit serait absent. Et le droit a besoin des Muses, surtout lorsque les canons tonnent. C’est en temps de guerre que nous avons le plus besoin de lois.

La lutte contre le terrorisme ne doit pas être menée *en dehors* du droit, mais *dans le cadre* du droit, avec les instruments que le droit offre aux États démocratiques. Le terrorisme ne justifie pas l’abandon des règles de droit reconnues. C’est ce qui nous distingue des terroristes eux-mêmes, qui agissent à l’encontre du droit, en le violent et en le foulant aux pieds. Dans sa lutte contre le terrorisme, la démocratie agit dans le cadre du droit et conformément au droit. En effet, la guerre contre le terrorisme est une guerre menée par une nation et des citoyens respectueux de la loi contre des personnes qui la violent. Ce n’est donc pas uniquement une guerre de l’État contre ses ennemis ; c’est aussi la guerre du droit contre ses ennemis.

C. LA NÉCESSITÉ D’UNE APPROCHE ÉQUILIBRÉE

Les nations démocratiques doivent lutter contre le terrorisme en ménageant un équilibre satisfaisant entre deux valeurs et principes contradictoires. D’une part, nous devons prendre en compte les valeurs et les principes relatifs à la sécurité de l’État et de ses citoyens. Les droits de l’homme ne peuvent justifier dans tous les cas et en toutes circonstances l’affaiblissement de la

sécurité nationale. Ils ne doivent pas ouvrir la voie à la destruction nationale⁵. La Constitution n’est pas un pacte de suicide. Les juges admettront toujours que l’État a le pouvoir de protéger sa sécurité et celle de ses citoyens.

D’autre part, nous devons tenir compte des valeurs et des principes concernant les droits de l’homme. La sécurité nationale ne peut justifier dans tous les cas et en toutes circonstances l’affaiblissement des droits de l’homme. Elle ne donne pas un blanc-seing pour porter atteinte à l’individu. Les juges soulignent toujours que les droits de chacun doivent être préservés, même ceux des personnes soupçonnées de terrorisme. Le terroriste est aussi un être humain et sa dignité doit être protégée.

Tout équilibre établi entre la sécurité et les droits de l’homme apporte un certain nombre de limites à ces deux valeurs. On ne peut parvenir à un équilibre satisfaisant en accordant une pleine et entière protection aux droits de l’homme, comme si le terrorisme n’existait pas. On ne peut davantage y parvenir en accordant une totale protection à la sécurité nationale, comme si les droits de l’homme n’existaient pas. L’équilibre est le prix à payer pour la démocratie. Seule une démocratie forte, sûre et stable peut se permettre de protéger les droits de l’homme, et seule une démocratie établie sur les fondements des droits de l’homme peut vivre en sécurité. Il s’ensuit que l’équilibre entre sécurité et liberté ne reflète pas une position équivoque. Au contraire, un équilibre satisfaisant entre ces deux valeurs résulte d’une position claire qui reconnaît à la fois le besoin de sécurité et l’impératif des droits de l’homme.

L’équilibre dont je parle n’est pas un processus normatif extérieur qui, en temps de terreur, modifierait la portée des droits et la protection dont ils bénéficient. Il s’agit du processus habituel et des règles d’équilibre ordinaires que nous employons lorsque nous sommes appelés à statuer sur les rapports entre les droits de l’individu et les besoins de la société. Dans ce processus, les droits ne sont pas absolus. Ils peuvent être limités dans l’intérêt des besoins de la société. Dans un arrêt portant sur la guerre contre la terreur, je me suis exprimé ainsi⁶:

« (...) La position du droit constitutionnel israélien à l’égard des droits de l’homme en périodes de calme relatif et en périodes de recrudescence des troubles est cohérente. Nous n’établissons pas de distinction nette entre ces deux situations. Nous n’avons pas de normes d’équilibre spécifiques aux périodes de guerre. Il va sans dire que les droits de l’homme ne sont pas absolus. Ils peuvent être restreints en temps de paix comme en temps de guerre. Je n’ai pas le droit de crier « au feu » dans un théâtre bondé (...) La guerre ressemble à un baril d’explosifs près d’une source de chaleur. En temps de guerre, le risque d’atteinte aux intérêts de la société augmente, de même que l’intensité de cette atteinte ; il devient alors possible de restreindre les droits dans le cadre des critères existants (...) En effet, nous ne disposons pas de deux systèmes de droit ou d’équilibre respectivement applicables en temps de paix et en temps de guerre. »

Un juge qui statue sur une question d’équilibre entre sécurité et liberté en temps de menace terroriste s’attirera fréquemment des critiques des deux bords. Les défenseurs des droits de l’homme lui reprocheront d’accorder trop de protection à la sécurité, et trop peu aux droits de l’homme. Les tenants de la sécurité l’accuseront du contraire. Ces imputations émanent souvent de personnes qui se bornent à lire les conclusions de la décision judiciaire sans tenir compte du raisonnement juridique par lequel le juge a cherché à ménager un équilibre satisfaisant entre les valeurs et les principes qui s’opposaient. Rien de tout cela ne doit intimider le juge. Celui-ci doit se prononcer et se prononce du mieux qu’il peut selon sa compréhension du problème et sa conscience.

2 Voir *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944): « [Une] interprétation judiciaire de la clause d’application régulière de la loi qui conforterait cet ordre représenterait une atteinte beaucoup plus subtile à la liberté (...) Même inconstitutionnel, un ordre militaire ne survit pas à l’état d’urgence (...) Mais dès lors qu’une interprétation judiciaire rationalisera un tel ordre pour démontrer qu’il est conforme à la Constitution ou, plutôt, qu’elle rationalisera la Constitution pour démontrer que celle-ci autorise l’ordre en question, la Cour aura pour toujours légitimé le principe de la discrimination raciale en matière pénale et du déplacement de citoyens américains. Ce principe demeurera, tel une arme chargée prête à servir à toute autorité pouvant invoquer de manière crédible une nécessité urgente (...) Il peut arriver qu’un chef militaire franchisse les bornes de la constitutionnalité ; il s’agira là d’un incident. Mais si nous l’approuvons dans l’exercice de notre contrôle, cet incident passager deviendra une doctrine constitutionnelle. Il aura alors son propre pouvoir générateur, et tout ce qu’il engendrera sera à son image ». Voir Patricia Hughes, *Judicial Independence: Contemporary Pressures and Appropriate Responses*, 80 CANADIAN B. REV. 181, 186 (2001) (notant que chacun s’accorde à reconnaître que « l’indépendance judiciaire est une qualité à la fois individuelle, structurelle, institutionnelle ou « collective »).

3 Voir András Sajó (dir.) *Militant Democracy* (2004).

4 Cicéron, *Pro milone* 16 (trad. N.H. Watts, 5è éd. 1972).

5 Voir EA 2/84 *Neiman v. Chairman of the Central Elections Committee for the Eleventh Knesset*, 39(2) PD. 225, 310 [1985], disponible à l’adresse suivante : <http://versa.cardozo.yu.edu/sites/default/files/upload/opinions/Neiman%20v.%20Chairman%20of%20the%20Central%20Elections%20Committee.pdf>. Arrêt fondé sur *Terminiello v. City of Chicago*, 337 U.S. 1, 37 (1949) (opinion dissidente du juge Jackson).

6 HCJ 7052/03 *Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel v. Minister of Interior*, 61(2) PD. 202, 282–283 [2006] (Isr.), disponible à l’adresse suivante : http://elyon1.court.gov.il/files_eng/03/520/070/a47/03070520.a47.pdf.

Cet équilibre repose sur le postulat selon lequel tous les moyens ne sont pas acceptables en démocratie. La fin ne justifie pas les moyens. C'est pourquoi nous avons conclu à l'illégalité de certaines parties de la barrière de séparation édiflée en Cisjordanie en vue d'empêcher les intrusions en Israël de terroristes venus de cette région. Nous avons estimé que le supplément de sécurité apporté par le tracé de la barrière tel que défini par l'armée n'était pas proportionné au préjudice que ce tracé aurait causé au tissu même de la vie des résidents. Dans un arrêt, je me suis exprimé ainsi⁷ :

« La fin ne justifie pas les moyens. C'est ainsi que se manifeste l'idée selon laquelle il existe un rempart de valeurs que la démocratie ne peut franchir, même si le but poursuivi est légitime ».

Dans une affaire, nous avons décidé que le pouvoir exécutif n'était pas habilité à autoriser la torture (*ex ante*). Cette interdiction est générale et s'applique même dans les scénarios de « bombe à retardement ». Dans cet arrêt, je me suis exprimé ainsi⁸ :

« Nous sommes conscients que le présent arrêt n'est pas de nature à faciliter la confrontation avec cette réalité. C'est le lot de la démocratie, qui n'autorise pas tous les moyens, et qui n'est pas libre d'employer toutes les méthodes dont ses ennemis font usage. La démocratie doit parfois lutter avec une main attachée dans le dos. Toutefois, elle l'emportera, car la préservation de l'État de droit et la reconnaissance des libertés individuelles constituent une composante importante de sa politique de sécurité. En définitive, celles-ci la renforcent et affermissent sa volonté, et lui permettent de surmonter les difficultés ».

L'une des dernières affaires dans lesquelles j'ai siégé soulevait la question de la constitutionnalité d'une loi qui imposait, à titre provisoire, une interdiction absolue du regroupement familial entre les Israéliens et leurs conjoints originaires de Cisjordanie. Cette interdiction était fondée sur le fait que, dans vingt-six cas, le conjoint non israélien qui devait s'installer en Israël en vertu d'un programme de regroupement familial était directement impliqué dans des activités terroristes. J'ai conclu que la loi en cause était inconstitutionnelle, estimant qu'elle portait une atteinte disproportionnée au droit au regroupement familial – qui est en Israël un droit constitutionnel découlant du droit à la dignité – pour les motifs suivants⁹ :

« L'examen de la proportionnalité (au sens étroit) nous renvoie aux principes premiers fondateurs de notre démocratie constitutionnelle et des droits de l'homme reconnus aux Israéliens. Ces principes peuvent s'énoncer ainsi : la fin ne justifie pas les moyens ; la sécurité n'est pas au-dessus de tout ; le but légitime consistant à accroître la sécurité ne justifie pas les graves atteintes portées à la vie de milliers de citoyens israéliens. Notre démocratie se caractérise par le fait qu'elle impose des limites à la possibilité d'apporter des restrictions aux droits de l'homme ; elle est fondée sur l'idée selon laquelle l'individu est entouré d'un rempart protecteur de ses droits, que même la majorité ne peut détruire. La Cour en a jugé ainsi dans de nombreuses autres affaires. Par exemple, l'acceptation de mesures de contrainte physique (« torture ») accroîtrait certainement la sécurité. Mais nous avons jugé que notre démocratie n'était pas disposée à accepter de telles mesures, même si la sécurité doit en pâtir (...) De même, le tracé de la barrière de séparation prévu par le commandement militaire [dans l'affaire Conseil de village de Beit Sourik] aurait amélioré la sécurité. Toutefois, nous avons jugé que le supplément de sécurité apporté par ce tracé n'était pas proportionné au grave préjudice qu'il aurait entraîné pour la vie des Palestiniens. Le déplacement des familles des auteurs d'attentats suicides de leur lieu de résidence vers d'autres lieux (« assignation à résidence ») renforcerait la sécurité dans les territoires, mais pareille mesure serait incompatible avec l'« État démocratique aspirant à la liberté » dont Israël se réclame (...) C'est aussi l'approche à adopter dans l'affaire dont nous sommes saisis. La substitution d'une interdiction générale aux contrôles individuels apporterait un supplément de sécurité, mais elle porterait une telle atteinte à la vie familiale et au droit à l'égalité de milliers de citoyens israéliens qu'elle constituerait un changement disproportionné.

La démocratie n'agit pas ainsi. Elle n'impose pas une interdiction générale ayant pour effet de séparer ses citoyens de leurs conjoints ; elle ne leur interdit pas de mener une vie familiale ; elle n'impose pas une interdiction absolue qui placerait ses citoyens dans la situation d'avoir à choisir entre vivre en son sein ou la quitter pour pouvoir mener une vie familiale digne de ce nom, elle n'impose pas une interdiction absolue qui séparerait les parents de leurs enfants, elle n'impose pas une interdiction absolue qui opérerait une discrimination entre ses citoyens au regard de la vie familiale. Au contraire, la démocratie doit renoncer à accroître sa sécurité pour permettre un développement beaucoup plus vaste de la vie familiale et de l'égalité. C'est ainsi que la démocratie agit en temps de paix et de calme, de même qu'en temps de guerre et de terreur. C'est précisément dans ces temps difficiles que le pouvoir de la démocratie se révèle (...) C'est précisément dans la situation critique à laquelle Israël est aujourd'hui confronté que la démocratie israélienne est mise à l'épreuve. »

D. LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DE LA GUERRE CONTRE LA TERREUR

Le contrôle juridictionnel de la guerre contre le terrorisme soulève, de par sa nature même, la question du moment et de la portée de l'intervention judiciaire. En théorie, le contrôle juridictionnel ne devrait pas être différent selon qu'il s'applique pendant une période où l'État est confronté à une menace terroriste ou pendant une période où cette menace paraît écartée. Nous ne devons jamais reporter nos décisions dans l'attente de la fin de la terreur, parce que le sort de la démocratie et d'êtres humains peut en dépendre. La protection des droits de l'homme serait vidée de sa substance si les tribunaux – consciemment ou inconsciemment – décidaient de ne contrôler le comportement du pouvoir exécutif qu'après la fin d'un état d'urgence.

En outre, nous devons rejeter les arguments consistant à dire que la guerre contre le terrorisme échappe à la justice. Les actes de l'État qui ont des incidences sur les droits de l'homme ne doivent jamais échapper à la justice.

Quelle est la portée du contrôle juridictionnel en période de terreur ? La réponse à cette question doit différer selon la nature du problème concret qui se pose. D'un côté se pose la question de savoir quel est le droit applicable à la guerre contre le terrorisme. Cette question relève du domaine du pouvoir judiciaire. Les tribunaux ne peuvent s'exonérer de cette charge. À ce titre, il leur incombe de rechercher non pas si l'interprétation donnée à la loi par le pouvoir exécutif est raisonnable, mais si elle est correcte. De l'autre côté, il existe une décision portant sur une opération antiterroriste que des militaires professionnels ont prise au regard de leur expertise. Cette décision relève de la responsabilité du pouvoir exécutif qui, en matière de sécurité, dispose de l'expertise professionnelle nécessaire pour la prendre. Les tribunaux doivent se borner à rechercher si un commandant militaire raisonnable pouvait prendre la décision qui a été prise. Dans l'affirmative, les tribunaux ne substitueront pas leur propre conception discrétionnaire de ce qu'est la sécurité à l'appréciation portée par le commandant militaire. Les expressions « pouvoir discrétionnaire de l'armée » et « sûreté de l'État » ne sont certes pas des formules magiques qui feraient obstacle au contrôle juridictionnel. Toutefois, la question n'est pas de savoir ce que le juge déciderait dans telles ou telles circonstances, mais si les décisions prises par le commandant militaire sont de celles qu'un commandant militaire raisonnable aurait été habilité à prendre. Sur ce point, il convient d'accorder une importance particulière à l'opinion militaire du fonctionnaire responsable de la sécurité.

Entre les deux extrémités du spectre, il existe des situations intermédiaires. Chacune d'elles appelle un examen minutieux de la nature de la décision en cause. La question de la proportionnalité est l'un des aspects juridiques à étudier.

À qui revient-il de se prononcer sur la proportionnalité ? S'agit-il d'une décision militaire qui doit être laissée aux militaires, ou d'une décision juridique qui relève de l'appréciation du juge ? À mes yeux, la question de la proportionnalité des moyens militaires employés dans la lutte contre le terrorisme est une question juridique relevant de l'office du juge. Dans un arrêt où était en cause la proportionnalité de l'atteinte portée par la barrière de séparation au tissu de la vie des résidents, j'ai écrit ceci¹⁰ :

10 HCJ 2056/04 *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, 58(5) P.D. 807, 845 [2004] (Isr.), disponible à l'adresse suivante : http://versa.cardozo.yu.edu/sites/default/files/upload/opinions/Beit%20Sourik%20Village%20Council%20v.%20Government%20of%20Israel_0.pdf.

7 HCJ 8276/05 *Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel v. Minister of Defence*, 62(1) P.D. 1, 37 [2006] (Isr.), disponible à l'adresse suivante : <http://versa.cardozo.yu.edu/sites/default/files/upload/opinions/Adalah%20Legal%20Centre%20for%20Arab%20Minority%20Rights%20in%20Israel%20v.%20Minister%20of%20Defense.pdf>.

8 HC 5100/94 *Public Committee Against Torture in Israel v. The State of Israel*, 53(4) P.D. 817, 845 [1999] (Isr.), disponible à l'adresse suivante : http://versa.cardozo.yu.edu/sites/default/files/upload/opinions/Public%20Committee%20Against%20Torture%20in%20Israel%20v.%20Government%20of%20Israel%281%29_0.pdf.

9 *Adalah*, *supra* note 6, 347–348.

« Le commandement militaire dispose de l'expertise requise pour évaluer la qualité militaire du tracé de la barrière de séparation. Nous avons l'expertise requise pour apprécier les aspects humanitaires de celui-ci. La définition par le commandement militaire du tracé de la barrière de séparation, en plaine et dans les zones de relief, relève de son expertise. La nôtre consiste à apprécier la question de savoir si les résidents concernés pâtiront de ce tracé. »

La proportionnalité n'est pas un critère précis. Il y a parfois plusieurs façons d'y satisfaire. Un périmètre de proportionnalité est créé, dont les tribunaux doivent contrôler les limites. Les décisions prises à l'intérieur de ce périmètre relèvent du pouvoir exécutif.

Il arrive souvent aux pouvoirs exécutif et législatif de soutenir devant les tribunaux que l'action de l'État était motivée par des « considérations de sécurité » et de leur demander d'accueillir cet argument. Les tribunaux ne doivent pas faire droit à une telle requête. Les « considérations de sécurité » ne sont pas une formule magique. Les tribunaux doivent insister pour connaître les considérations de sécurité précises ayant motivé l'action de l'État. Ils doivent également s'assurer que ces considérations constituaient les véritables motifs de l'action de l'État et qu'elles n'étaient pas de simples prétextes. Enfin, ils doivent s'assurer que les mesures de sécurité adoptées étaient proportionnées. C'est ainsi que des officiers supérieurs de l'armée et des chefs des services de sécurité ont dû témoigner dans certaines des nombreuses affaires concernant des mesures de sécurité dont la Cour a eu à connaître. Ce n'est qu'après nous être assurés que les considérations de sécurité devaient prévaloir et que les mesures prises à cet égard étaient proportionnées que nous avons rejeté les recours dirigés contre les mesures en question. Lorsqu'ils rejettent des recours contestant des mesures de sécurité, les tribunaux doivent s'interdire la naïveté et le cynisme. Ils doivent analyser objectivement les preuves produites. Dans une affaire où j'ai eu à statuer sur un recours fondé sur la quatrième Convention de Genève et dirigé contre la décision de l'État de déplacer des résidents arabes de Cisjordanie vers la bande de Gaza, je me suis exprimé ainsi¹¹ :

« Dans l'exercice de notre contrôle juridictionnel (...) nous ne nous érigeons pas en experts de la sécurité. Nous ne substituons pas nos vues sur la sécurité à celles du commandement militaire. Nous ne prenons pas position sur la manière dont les questions de sécurité sont traitées. Notre tâche consiste à veiller au respect des limites et à garantir le maintien des conditions encadrant le pouvoir discrétionnaire du commandement militaire (...) Toutefois, il ne s'agit pas pour nous de substituer notre pouvoir discrétionnaire à celui du commandement. Nous nous attachons à contrôler la légalité de l'exercice, par le commandement militaire, de son pouvoir discrétionnaire, et à vérifier qu'il s'inscrit dans les limites du raisonnable définies par les normes juridiques applicables à la question qui se pose ».

Est-il opportun que les juges contrôlent la légalité de la lutte contre le terrorisme ? À l'une et à l'autre extrémités du spectre politique, beaucoup considèrent que les tribunaux ne devraient pas se mêler de ces questions. D'un côté, on reproche au contrôle exercé par les tribunaux de porter atteinte à la sécurité. De l'autre, on l'accuse de légitimer l'action menée par le gouvernement pour lutter contre le terrorisme. Ces deux arguments sont inacceptables.

Si le contrôle juridictionnel de la légalité de la lutte contre le terrorisme peut rendre celle-ci plus ardue à court terme, il renforce le peuple à long terme. L'État de droit est un élément primordial de la sécurité nationale. Comme je l'ai écrit dans un arrêt où était en cause une amnistie accordée, avant la tenue de leur procès, à des chefs du Service général de sécurité qui avaient commis des crimes contre des terroristes¹² :

« Il n'y a pas de sécurité sans loi. L'État de droit est une composante de la sécurité nationale. La sécurité exige que nous trouvions des moyens d'interrogatoire appropriés. Sinon, le Service général de sécurité sera incapable de mener à bien sa mission. Sa force repose sur la confiance que le public et les tribunaux lui témoignent. Si les considérations de sécurité devaient prévaloir, ni le public ni les tribunaux n'auraient confiance dans le Service de sécurité et dans la légalité de ses interrogatoires. Sans cette confiance, les différents pouvoirs de l'État ne peuvent pas

fonctionner. Cela vaut pour la confiance du public dans la justice et dans les autres pouvoirs de l'État. »

J'ajouterais qu'il en va de même de la confiance dans les juridictions internationales.

Du point de vue de la légitimité, dans la mesure où la légitimation accordée par les tribunaux signifie que les actes de l'État sont licites, les tribunaux remplissent leur rôle traditionnel. Que l'État ait ou non gain de cause dans telle ou telle affaire, l'État de droit et la démocratie sont gagnants. Il faut garder à l'esprit qu'une décision judiciaire ne déploie pas uniquement ses effets à l'égard de l'affaire qu'elle tranche. Au contraire, la décision judiciaire a pour effet principal de fixer les règles générales encadrant l'action de l'État et d'attacher aux règles en question un effet dissuasif. Le contrôle du respect de l'État de droit ne s'effectue pas uniquement dans les quelques affaires soumises aux tribunaux car les autorités gouvernementales connaissent les décisions judiciaires et agissent en conséquence. L'argument selon lequel le contrôle juridictionnel valide d'une façon ou d'une autre l'action du gouvernement ne tient pas compte de la nature de ce contrôle. Lorsqu'il examine une affaire, le juge n'a pas pour tâche de porter une appréciation sur le bien-fondé de la lutte contre le terrorisme mais il doit se pencher seulement sur la légalité des mesures prises pour la mener à bien. Il ne se pose pas la question de savoir s'il aurait adopté les mêmes mesures de sécurité au cas où il aurait été responsable de la sécurité ; il doit seulement rechercher si une personne raisonnable responsable de la sécurité aurait agi dans le respect de la loi en prenant les mesures en question. Autrement dit, le tribunal n'exprime pas son adhésion aux moyens choisis mais remplit son rôle de contrôle de la légalité de l'action du pouvoir exécutif.

Naturellement, il ne faut pas passer d'un extrême à l'autre. Il faut reconnaître que la justice ne résoudra pas le problème du terrorisme. Ce problème doit être réglé par les autres pouvoirs de l'État. Le rôle des tribunaux consiste à vérifier que la lutte contre le terrorisme s'inscrit dans le cadre de la loi et non en dehors de celle-ci. C'est ainsi que les tribunaux contribuent à la lutte que la démocratie mène pour sa survie. Il s'agit là d'une importante contribution, qui reflète bien le rôle de la justice en démocratie. Ce rôle est difficile à remplir dans un contexte de lutte contre le terrorisme. Les juges ne peuvent ni ne veulent se soustraire à cette difficulté.

Je considère que j'ai été attentif à mon rôle de juge dans une démocratie. J'ai pris au sérieux la tâche qui m'incombait, celle de protéger la démocratie. Malgré de fréquentes critiques, j'ai suivi cette voie pendant vingt-huit ans. Ce faisant, j'espère avoir servi correctement la justice de mon pays. Il incombe en effet aux juges de suivre la voie qui est la leur selon leur conscience.

Les juges ont pour guide l'étoile polaire des valeurs et principes fondamentaux de la démocratie. Une lourde responsabilité pèse sur leurs épaules. Mais même dans les temps difficiles, ils doivent rester fidèles à eux-mêmes. J'ai évoqué ce devoir dans une opinion portant sur la question de savoir si des méthodes d'interrogation extraordinaires – torture ou traitements inhumains – pouvaient être utilisées contre un terroriste dans un scénario de « bombe à retardement ». J'y ai répondu par la négative, pour les raisons suivantes¹³ :

« La Cour a eu fort à faire pour statuer sur ces requêtes. Certes, du point de vue du droit, la conduite à tenir était limpide. Toutefois, nous faisons partie de la société israélienne, nous connaissons ses difficultés et son histoire est la nôtre. Nous ne sommes pas isolés dans une tour d'ivoire. Nous vivons la vie de ce pays. Nous sommes conscients de la dure réalité du terrorisme dans laquelle nous sommes parfois plongés. La crainte que notre décision compromette la capacité des autorités à lutter efficacement contre les terroristes et le terrorisme nous trouble. Toutefois, nous sommes des juges. Nos concitoyens exigent de nous que nous agissions dans le respect de la loi. Nous nous appliquons aussi ce principe. Lorsque nous jugeons, nous aussi sommes jugés. »

11 HC 7015/02 Ajuri v. IDF Commander in the West Bank, 56(6) P.D. 352, 375–376 [2002] (Isr.).

12 HC 428/86 Barzilai v. Government of Israel, 40(3) P.D. 505, 585 [1986] (Isr.) (opinion dissidente du juge Barak), disponible à l'adresse suivante : <http://versa.cardoza.yu.edu/sites/default/files/upload/opinions/Barzilai%20v.%20Government%20of%20Israel.pdf>.

13 Public Committee Against Torture in Israel, note 8 ci-dessus, 845.

**Robert Spano**

**Juge à la
Cour européenne des droits de l'homme**

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES

Mesdames et messieurs, c'est un grand plaisir et un grand honneur de participer à ce dialogue à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire et, en particulier, d'intervenir aux côtés de mon éminent confrère le président Barak et de mes collègues et amies Ganna Yudkivska et Iulia Motoc.

Je voudrais souligner d'emblée que la lutte contre le terrorisme est l'un des défis fondamentaux des temps modernes, comme les événements récents l'ont tristement mis en évidence. Même si l'Europe a déjà eu à faire face au terrorisme par le passé, la nature et l'ampleur de la menace actuelle posent des problématiques qui ont d'importantes conséquences pour l'activité tant des juridictions nationales que de la Cour de Strasbourg.

Les juges nationaux comme les juges internationaux doivent être réalistes et sensibles à l'intérêt public primordial qui sous-tend l'obligation positive qu'ont les États de protéger la vie, mais ils doivent dans le même temps rester fermes dans la protection des garanties fondamentales qui sont essentielles à la préservation du droit à un procès équitable, droit qui constitue le sujet de mon intervention aujourd'hui et qui est l'un des éléments distinctifs des sociétés démocratiques fondées sur l'état de droit.

Il faut interpréter et adapter les garanties du procès équitable de manière à tenir compte des réalités de terrain, les considérations d'intérêt public devenant impératives face aux actes terroristes causant des pertes humaines massives. Pour autant, les juges ne doivent pas admettre que la fin justifie les moyens dans la lutte contre le terrorisme. Comme le président Barak nous l'a rappelé de manière poignante et éloquente dans ses observations générales, « la lutte contre le terrorisme ne se mène pas hors du droit mais au sein du droit ». Cette optique fait écho aux mots du juge Kennedy dans l'opinion pour la majorité de la Cour suprême américaine qu'il a établie dans l'une des plus importantes affaires relatives à la guerre contre le terrorisme, *Boumediene v. Bush*, où il a dit, je cite : « les lois et la Constitution sont conçues pour demeurer et continuer de s'appliquer dans les temps extraordinaires. La liberté et la sécurité peuvent se concilier, et dans notre système cela se fait dans le cadre du droit ».

Dans ma brève intervention, je voudrais présenter les arguments pour et contre l'affirmation suivante :

Dans les affaires concernant le droit à un procès équitable face aux accusations de terrorisme, le rôle de la Cour de Strasbourg, en tant que juridiction internationale, n'est pas d'énoncer des règles strictes, même si celles-ci sont particulièrement efficaces pour protéger les droits de la défense, mais plutôt de continuer de formuler des garanties procédurales souples mais efficaces qui permettent au juge national de mettre en balance de manière adéquate les intérêts divergents en jeu.

Pour ce faire, je procéderai en deux temps. D’abord, j’expliquerai ce que j’entends par règles strictes et garanties procédurales souples, sachant que la Cour de Strasbourg a développé sa jurisprudence relative au procès équitable garanti par l’article 6 de manière à favoriser une interprétation reposant sur une approche holistique de l’équité procédurale plutôt que sur des règles strictes garantissant un seuil minimal de droits procéduraux. Ensuite, j’exposerai pourquoi je considère que l’approche de la Cour est la bonne approche pour traiter les problèmes très délicats de tensions entre les droits individuels et l’intérêt public qui se posent dans les affaires de terrorisme ; puis, et cela surprendra peut-être certains d’entre vous, j’avancerai que le choix fait par la Cour de Strasbourg entre des règles strictes et des garanties procédurales souples dans l’application de l’article 6 fait intervenir des valeurs dont on peut dire qu’elles trouvent leur source dans le principe de subsidiarité.

RÈGLES STRICTES ET GARANTIES PROCÉDURALES SOUPLES

J’en viens maintenant à ma première partie.

Le droit à un procès équitable et à des garanties procédurales est une manifestation de la volonté des peuples civilisés d’imposer une équité dans la relation entre l’accusé et l’État fort de sa toute-puissance, une tentative de faire en sorte qu’un équilibre soit respecté entre les droits individuels – la liberté de la personne – et la sécurité des masses – la vie et l’intégrité physique des innocents.

Le niveau de protection dont bénéficie l’accusé en vertu des garanties du procès équitable dépend de la portée des droits de la défense tels qu’interprétés et appliqués par un juge indépendant et impartial, premier garant de l’état de droit. Le juge peut maximiser la force protectrice des droits de la défense en les interprétant comme des droits minimaux qui interdisent absolument certaines conduites de l’État, c’est-à-dire en énonçant des règles strictes qui ne peuvent être transgressées sans que l’on conclue à la violation des droits de la défense à l’égard de l’accusé. On considère par exemple selon cette approche que le droit à l’assistance d’un avocat est absolu ou ne souffre que des exceptions très limitées, même si cela conduit à restreindre de façon quasi certaine la marge de manœuvre des autorités d’application des lois. Il en va ainsi lorsque, en raison de considérations relatives aux droits fondamentaux individuels de l’accusé, il est interdit à l’État de restreindre pour raisons de sécurité la communication des éléments de preuve dans un procès pénal.

Il est intéressant de constater que, lorsqu’on lit l’article 6 de la Convention, on pourrait penser à première vue que la lettre du texte va dans le sens de cette approche des règles strictes garantissant absolument un seuil de droits : le paragraphe 1 commande que toute personne accusée d’une infraction pénale voie sa cause entendue équitablement, tandis que le paragraphe 3, qui est distinct, énonce expressément un certain nombre de droits garantis, tels que le droit à l’assistance d’un défenseur, le droit au temps et aux facilités nécessaires à la préparation de sa défense ou encore le droit d’interroger les témoins.

Pourtant, ce n’est pas de cette façon que la Cour de Strasbourg a interprété et appliqué l’article 6 dans le contexte des procédures pénales. La jurisprudence ne s’est pas toujours développée de manière parfaitement cohérente et linéaire. Cependant, les arrêts rendus par la Grande Chambre de la Cour ces dix dernières années, notamment *Salduz c. Turquie* (2008), *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni* (2011) et, très récemment, *Dvorski c. Croatie* (2015) et *Schatschaschwili c. Allemagne* (2015), permettent à mon avis de rejeter l’interprétation absolutiste du paragraphe 3 de l’article consistant à dire qu’il protège un seuil de droits minimaux. Au lieu de cela, la Cour a interprété les droits énoncés au paragraphe 3 comme des éléments constitutifs du principe général posé au paragraphe 1 : celui du droit à un procès équitable. Ce faisant, elle a reconnu que les États peuvent dans certaines circonstances restreindre les droits de la défense, pour autant que, considérée dans son ensemble, la procédure ait été équitable pour l’accusé.

Bien entendu, des requérants ont tenté d’inviter la Cour à adopter une approche absolutiste articulée en termes de droits minimaux, et certains juges de la Cour ont exprimé avec force dans des opinions séparées l’avis qu’une telle approche serait plus conforme à la structure de l’article 6 et au fait que la Convention protège des droits fondamentaux individuels. Toutefois, la majorité de la Cour a toujours rejeté ces tentatives.

GARANTIES PROCÉDURALES SOUPLES, TERRORISME ET PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ

Cela étant posé, j’en viens à ma deuxième partie, dans laquelle j’expliquerai pourquoi je considère que la Cour de Strasbourg a eu raison d’adopter cette approche plus souple, holistique, de l’équité, puis j’envisagerai les conséquences pratiques de cette approche, au regard de l’article 6 de la Convention, sur la manière dont les procès pour terrorisme sont menés au niveau national.

Je voudrais ici dire deux choses.

Premièrement, l’une des principales raisons, selon moi, pour lesquelles la Cour de Strasbourg a rejeté l’invitation à interpréter les paragraphes 1 et 3 de l’article 6 comme des dispositions distinctes bien que liées est que cette approche serait difficile à concilier avec la nature de la Convention, qui est un traité international. La Cour a tenu compte du fait que la Convention n’est pas censée harmoniser différentes règles nationales de procédure pénale mais laisse aux États la possibilité de modeler des règles cohérentes avec leur propre tradition juridique et historique. En d’autres termes, si elle impose aux États l’obligation de faire bénéficier tous les accusés d’un procès pénal équitable, la Convention leur laisse la latitude de décider de la manière dont ils poursuivent les infractions pénales pour autant qu’ils respectent le principe général de l’équité. Lorsqu’elle applique cette approche, la Cour de Strasbourg, considère le résultat final, mais elle ne fait pas nécessairement porter son examen sur le point de savoir si des erreurs ont été commises au cours de la procédure, tant que l’issue globale est acceptable. La notion d’« équité globale » qu’elle applique vise à préserver la primauté du rôle du juge pénal national dans l’application de l’article 6, en laissant aux juridictions internes une certaine marge de manœuvre dans la conduite de la procédure, conformément à la répartition institutionnelle des rôles entre les tribunaux nationaux et la Cour telle qu’elle se manifeste dans le principe de subsidiarité.

Cela étant dit, je dois être clair. Lorsqu’une requête est portée devant elle, la Cour, tribunal de protection des droits de l’homme, vérifie soigneusement si, *in fine*, l’exigence d’équité posée par la Convention a été respectée dans l’affaire en cause. Il n’est certes pas déterminant que des erreurs puissent avoir été commises au cours de la procédure, mais la Cour ne peut à mon avis fermer les yeux sur l’existence de graves vices de procédure qui auraient porté atteinte aux droits de la défense, et elle doit en pareil cas appliquer lors de son examen de la cause une forte présomption d’iniquité appelant un contrôle strict du juge international, en particulier si le vice de procédure est manifeste ou délibéré.

Mon second point concerne la raison pour laquelle cette interprétation de l’article 6 en termes d’« équité globale » est mieux adaptée à la prise en compte des intérêts apparemment inconciliables qui sont en jeu dans les procédures concernant les crimes les plus graves tels que le terrorisme, procédures dans lesquelles l’obligation qu’impose l’article 2 à l’État de protéger la vie est primordiale.

Il serait irréaliste d’interpréter et d’appliquer les garanties du procès équitable *in abstracto* en appliquant des règles strictes qui ne permettraient pas de mettre en balance comme il se doit les intérêts divergents en respectant une gradation dans l’importance des intérêts publics en jeu dans la lutte contre la criminalité. Indiscutablement, l’intérêt public est à son apogée dans les affaires d’actes de terrorisme causant des pertes humaines massives.

Il est vrai que c’est précisément dans ce genre d’affaires, où l’émotion est à son comble, que les juges doivent être vigilants et appliquer sans faillir les garanties procédurales fondamentales. Comme je l’ai dit d’emblée, dans un État démocratique régi par l’état de droit, on ne saurait considérer que la fin justifie les moyens, même dans la lutte contre le terrorisme, à moins d’ignorer

de manière fort peu avisée l'avertissement de Benjamin Franklin selon lequel, je cite, « un peuple prêt à sacrifier un peu de liberté pour un peu de sécurité ne mérite ni l'une ni l'autre ». Cela étant, la Cour de Strasbourg a reconnu que l'article 6 doit laisser aux juges la souplesse nécessaire pour tenir compte effectivement de l'obligation positive de protéger la vie qui incombe à l'État en vertu de l'article 2 au moment de prendre des décisions procédurales susceptibles d'imposer une limitation des droits de la défense pour le bien public. La lutte contre le terrorisme ayant invariablement pour conséquence qu'il se trouve un certain nombre de cas dans lesquels les États estiment nécessaire de prendre des mesures réduisant drastiquement les droits de la défense, la Cour de Strasbourg devra peut-être développer encore sa jurisprudence dans ce domaine ces prochaines années, de manière à maintenir le juste équilibre entre un droit effectif à un procès équitable et l'intérêt public de protection de la vie.



Iulia-Antoanella Motoc

**Juge à la
Cour européenne des droits de l'homme**

Mesdames et Messieurs,

C'est un grand plaisir et un honneur que de participer à ce dialogue d'ouverture de l'année judiciaire, en particulier avec l'éminent président et professeur Aharon Barak ainsi que mes collègues et amis Ganna Yudkivska et Robert Spano.

Mon sujet d'aujourd'hui consistera à essayer de voir dans quelle mesure le concept de démocratie militante ou défensive, concept central dans le discours et l'œuvre du juge Barak aujourd'hui, peut également être appliqué par le juge européen aujourd'hui. À mon avis, la Cour va dans ce sens dans sa jurisprudence récente sur la question de la surveillance de masse dans le contexte du terrorisme.

Le concept de la démocratie militante a été inventé par Karl Lowenstein dans un ensemble de deux articles publiés en 1937 dans le *American Political Science Review*. Il a tenté d'expliquer l'échec de la République de Weimar, ainsi que l'effondrement des autres régimes démocratiques dans l'après-Première Guerre mondiale. Son idée était que les régimes n'avaient pas eu les instruments de la lutte contre les mouvements anti-démocratiques. À certains égards, ces problèmes renvoient à des dilemmes similaires à ce que l'on a appelé au XIX^e siècle le bonapartisme et le césarisme, qui ont adopté des méthodes plébiscitaires. En 1949, l'Allemagne a incorporé certains de ces mécanismes de défense dans ce qui finira par devenir sa constitution.

À mon avis, le même genre de garantie pour une démocratie militante réside dans la Convention européenne des droits de l'homme. La Convention a été créée au lendemain de la Seconde Guerre mondiale pour donner à l'Europe un programme à travers lequel les plus graves violations des droits de l'homme commises au cours de la Seconde Guerre mondiale pourraient être évitées à l'avenir. Cela, en partie, explique les références constantes à des valeurs et principes qui sont « nécessaires dans une société démocratique » tout au long de la Convention, en dépit du fait que ces principes ne sont en aucune façon définis dans la Convention elle-même.

La meilleure définition judiciaire de la démocratie se trouve dans notre arrêt *Refah Partisi (Parti de la Prospérité) et autres c. Turquie* : « Considérant que ces projets étaient en contradiction avec la conception de la « société démocratique » et que les chances réelles qu'avait le Refah de les mettre en application donnaient un caractère plus tangible et plus immédiat au danger pour la démocratie, la sanction infligée aux requérants par la Cour constitutionnelle, même dans le cadre de la marge d'appréciation réduite dont disposent les États, peut raisonnablement être considérée comme répondant à un « besoin social impérieux » ».

Pourtant, le débat sur la démocratie militante – et la question de savoir comment équilibrer, d'une part, les valeurs démocratiques et libérales et, d'autre part, la nécessité de défendre la démocratie contre les mouvements totalitaires, tant de droite que de gauche – a pris une signification plus large à deux reprises au moins : pendant la guerre froide et après le 11 septembre 2001, compte tenu de la nécessité d'affronter l'extrémisme terroriste. Le danger perçu vient du groupe amorphe et semble cibler non seulement les suspects directs, mais aussi certains droits fondamentaux.

En termes judiciaires, ce dilemme a été traité par la Cour suprême du Canada dans la décision *Suresh c. Canada* de 2002 : « ce serait une victoire à la Pyrrhus que de vaincre le terrorisme au prix de notre adhésion » aux « valeurs jugées fondamentales par notre société démocratique — liberté, primauté du droit et principes de justice fondamentale ».

Le président Aharon Barak nous a rappelé ceci : « les droits de l’homme ne sont pas une scène pour la destruction nationale » et, selon les mots du juge Kennedy, « *Constitution is not a suicide pact* ». Il rappelle que l’existence de la démocratie ne peut pas être « tenue pour acquise. Nous devons nous battre pour elle ». Et il voit les juges sur la ligne de front de cette bataille.

Dans son livre « *Une certaine idée de l’Europe* », le philosophe George Steiner affirme qu’il y a cinq axiomes sur l’Europe. Le quatrième est celui de deux cités, Athènes et Jérusalem. « Être européen signifie chercher à négocier sur le plan moral, intellectuel et existentiel les idéaux et les praxis contrastés de la cité de Socrate et de celle d’Israël. » L’ultime critère est la conscience de sa propre contingence et de la possibilité de son propre effondrement. Un thème cher à Paul Valéry, qui évoque sa beauté et l’horreur du siècle à peine conclu. Avec la mémoire du mal, qui en Europe a eu ses racines et qui en Europe a généré le jugement de blâme. Si l’identité européenne est le résultat d’un projet et d’un processus, si la question de savoir qui nous sommes est une question à propos de qui nous voulons être, cela signifie que nous sommes engagés dans et pour un avenir en Europe. C’est la raison pour laquelle la Cour a accordé une place importante au consensus européen. Ce terme lui-même apparaît bien souvent dans nos arrêts. Parfois, nous avons comme tous les juges une interprétation différente de ce terme, « consensus européen », comme le montre l’opinion concordante de la juge Ziemele dans l’arrêt *Rohlena c. République tchèque* de janvier 2015, mais nous sommes tous conscients de l’importante fondamentale de cette notion pour préserver l’unité de l’Europe.

La Cour européenne des droits de l’homme a commencé à répondre à cette question, dans l’arrêt de Grande Chambre *Zakharov c. Russie* (47143/06), rendu le 4 décembre 2015, arrêt qui répond à des questions communes : « Eu égard au caractère secret des mesures de surveillance prévues par la législation litigieuse [en Russie], à leur large application, puisqu’elles touchent tous les usagers des services de communications de téléphonie mobile, et à l’absence de moyens effectifs qui permettraient de contester au niveau interne l’application alléguée de telles mesures, la Cour estime justifié l’examen *in abstracto* de cette législation ». Ce paragraphe de notre arrêt a été considéré à juste titre comme l’expression de la priorité que notre Cour accorde aux droits de l’homme. À cet égard, la Cour a examiné les principes permettant d’évaluer si l’ingérence était « nécessaire dans une société démocratique », soulignant la tension entre les mesures prises pour protéger la sécurité et leurs conséquences sur la société. La Cour a souligné qu’elle doit se convaincre de l’existence de garanties adéquates et effectives contre les abus. À cet égard, une faible implication ne suffit pas pour une autorisation judiciaire. Au contraire, les juges doivent être suffisamment habilités à vérifier l’existence d’un soupçon raisonnable pesant sur un citoyen. En outre, le pouvoir judiciaire doit également avoir la capacité d’évaluer la proportionnalité et la nécessité de la surveillance. En ce sens, l’arrêt fait également écho au contrôle judiciaire de la lutte contre le terrorisme, soulevée par le juge Barak.

Isaiah Berlin nous a très bien expliqué la question de l’incommensurabilité des valeurs dans le cadre du pluralisme des valeurs. Les idées de pluralisme ont été bien expliquées par l’ancien président Wildhaber, dans le cadre de ses études sur le pluralisme des constitutions au sein de notre Cour. En 1945, Isaiah Berlin, qui était alors attaché diplomatique à Moscou, avait rencontré par hasard la poétesse Ana Ahmatova. Pour elle, cette rencontre était la rencontre avec la liberté, qu’elle a appelée « *The Guest from the Future* ». L’Europe est aujourd’hui confrontée au terrorisme qui secoue Israël depuis plus d’un demi-siècle. Donc, pour nous aussi, le président Barak c’est « *the guest from the future* ».

AUDIENCE SOLENNELLE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L’HOMME A L’OCCASION DE L’OUVERTURE DE L’ANNÉE JUDICIAIRE



Guido Raimondi

**Président de la
Cour européenne des droits de l'homme**

Discours d'ouverture

Mesdames et Messieurs les Présidents des Cours constitutionnelles et des Cours suprêmes, Madame la Présidente des Délégués des Ministres, Monsieur le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, Excellences, Mesdames, Messieurs,

Je vous remercie en mon nom et en celui de tous mes collègues, d'avoir bien voulu honorer de votre présence cette audience solennelle de rentrée de la Cour européenne des droits de l'homme. En répondant à notre invitation, vous soulignez, une fois de plus, la force de nos liens. Puisque nous sommes, pour quelques heures encore, en janvier, je ne manquerai pas à la tradition en vous souhaitant une bonne et heureuse année 2016.

L'audience d'aujourd'hui revêt à mes yeux une signification particulière. C'est en effet la première fois que je prends la parole en cette circonstance. Croyez bien que je mesure l'honneur qui m'est fait et je remercie mes collègues qui m'ont accordé leur confiance en m'élisant à la tête de la Cour.

Conformément à la tradition, je vais, pour commencer, vous donner des informations statistiques sur l'activité de notre Cour. Mais d'emblée, et parce que ces résultats sont positifs, je souhaiterais rendre hommage à mes prédécesseurs, en particulier à Dean Spielmann, sous le mandat duquel la Cour a considérablement réduit son arriéré ainsi qu'au greffier remarquable, Erik Fribergh dont le rôle au sein de la Cour a été tout à fait essentiel.

En effet, en 2015, la Cour a continué à maîtriser le flux des affaires qui lui ont été soumises. Au total, elle a statué dans plus de 45 000 affaires. Comme vous le savez, l'élimination de l'arriéré des affaires de juge unique était l'un des objectifs de l'année 2015 et il a été atteint, puisque nous n'avons plus désormais que 3 250 affaires de ce type encore pendantes. Ce résultat est évidemment remarquable et je m'en réjouis. J'espère que, rapidement, nous résoudrons avec autant d'efficacité les 30 500 affaires répétitives actuellement pendantes. Nous disposons pour cela des moyens techniques nécessaires, mais cela dépendra aussi de la capacité des États défendeurs à traiter ces affaires.

Le nombre de requêtes tranchées par un arrêt est resté élevé en 2015 : 2 441, contre 2 388 l'année précédente. À la fin de l'année 2014, on comptait près de 70 000 requêtes pendantes. Ce chiffre est tombé à 64 850 à la fin de l'année 2015, ce qui représente une baisse de 7 %.

Je tiens à préciser que ces progrès ont, notamment, été rendus possibles grâce aux États qui ont accepté de soutenir la Cour, soit en contribuant au compte spécial créé après la Conférence de Brighton pour résorber notre arriéré, soit en mettant des juristes à notre disposition.

Je pourrais me réjouir de ces bons résultats et considérer que la tâche qui me revient désormais est aisée. Il n'en est rien. En effet, les défis que nous allons devoir affronter au cours des prochains mois sont considérables. Pour commencer, une des nouveautés de l'année 2016 sera une meilleure motivation des décisions rendues par les juges uniques. Jusqu'à présent, vous le savez, la motivation

de ces décisions était très sommaire. Nous étions conscients de la frustration que cela suscitait chez eux, mais le nombre des requêtes (plus de 100 000) était à ce point important qu'il nous était impossible de leur apporter satisfaction. Or, l'exigence de la motivation est, selon notre jurisprudence, au cœur de la confiance que les justiciables placent dans la justice. En outre, lors de la Conférence de haut niveau, organisée à Bruxelles en mars dernier, les États ont invité la Cour à motiver les décisions rendues par un juge unique. Je suis heureux de pouvoir annoncer que la Cour pourra répondre à cette invitation au cours du premier semestre. Bien évidemment, nous allons essayer de répondre à cette attente tout en continuant à traiter les affaires recevables et en évitant de créer un nouvel arriéré.

Mes autres sujets de préoccupation concernent les affaires prioritaires, qui sont actuellement au nombre de 11 500, et les affaires normales de chambre, un peu moins de 20 000. Il est certain que ces affaires, qui sont, par définition, complexes, constituent notre défi pour les prochaines années. En tout état de cause, il nous faudra ramener leur nombre à un niveau acceptable. Nous devons agir sur plusieurs fronts : traiter les affaires anciennes et faire en sorte que les affaires nouvelles soient résolues dans les meilleurs délais. Pour ce faire, nous devons explorer de nouvelles méthodes de travail, y compris de nouvelles formes de coopération avec les autorités nationales.

C'est l'une des ambitions de ma présidence. Toutefois, pour mener cette bataille, je ne suis pas seul. J'ai la chance de pouvoir travailler aux côtés de juges de très grande qualité et d'un profond dévouement. Je saisis l'occasion qui m'est donnée pour les saluer publiquement. Je me réjouis, en particulier, de la présence de ceux d'entre nous qui participent pour la première fois à une rentrée solennelle en tant que juge de la Cour. Ils viennent de nous rejoindre et vont siéger à la Cour au cours des neuf prochaines années. Ils pourront compter sur l'assistance d'un greffe de très grande qualité et je saisis cette occasion pour remercier tous les agents du greffe pour le travail qu'ils accomplissent quotidiennement au service de la Cour.

Chacun sait ici que l'autorité d'une Cour et sa légitimité dépendent, notamment, de la qualité de ceux qui la composent. D'où l'importance du processus de désignation des juges de notre Cour. Je tiens donc à rendre hommage au travail accompli par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et par le Comité de sélection des juges, présidé par le Chief Justice émérite Murray.

En 2015, nous avons poursuivi notre dialogue avec les autres juridictions nationales et internationales. Je ne reprendrai pas ici de manière exhaustive la liste des visites que nous avons reçues et qui ont permis au dialogue des juges de progresser. Je me limiterai à trois exemples, car ils témoignent du rayonnement de notre Cour au plan mondial : il y a eu une visite très importante auprès de la Cour suprême du Canada, marquée par la chaleur de l'accueil qui nous a été réservé. Nous avons également reçu, à Strasbourg, une délégation de la Cour internationale de justice avec laquelle nous avons pu échanger sur nos méthodes de travail et nos jurisprudences respectives. Enfin, il y a quelques jours, c'est la très prestigieuse Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud qui nous a rendu visite.

Autre évènement ayant trait au dialogue, nous avons lancé, le 5 octobre dernier, le Réseau d'échange d'information sur la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme, dont la création avait été annoncée lors de l'audience d'ouverture de l'année dernière. Cette initiative, saluée dans la Déclaration de Bruxelles, a pour but de favoriser un échange mutuel d'informations entre la Cour et les cours supérieures nationales. Nous sommes actuellement dans une phase d'essai avec les deux juridictions suprêmes françaises, le Conseil d'État et la Cour de cassation et je salue les Chefs de ces juridictions ici présents : le Vice-Président Jean-Marc Sauvé, le Premier Président Bertrand Louvel et le Procureur Général Jean-Claude Marin. D'autres juridictions ont déjà exprimé le souhait de nous rejoindre et j'espère que cela sera possible dès 2016. Cette nouvelle coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et les cours supérieures nationales s'inscrit dans le cadre de la responsabilité partagée pour la mise en oeuvre de la Convention européenne des droits de l'homme qui a été au cœur de la Conférence de Bruxelles.

Mais l'évocation de l'année écoulée ne saurait se résumer à des chiffres ou à une description du fonctionnement de la Cour. Ce qui importe, en définitive, ce sont les décisions que nous rendons et qui témoignent de notre capacité à répondre aux défis du monde contemporain. A cet égard, l'année 2015 aura été particulièrement riche.

Des problèmes nouveaux parviennent régulièrement à la Cour. Ils sont le plus souvent d'une extrême sensibilité et ne font l'objet d'aucun consensus, ni au plan européen, ni même au plan interne. Ils donnent parfois lieu à des débats très vifs au sein de nos sociétés. Je vois, bien entendu, un signe positif dans le fait que les citoyens se tournent vers notre Cour pour obtenir des réponses à leurs interrogations. C'est une grande marque de confiance qu'ils accordent au système de la Convention. C'est pour nous une grande responsabilité.

Je souhaiterais commencer par évoquer des affaires jugées par la Grande Chambre. Ces affaires sont, et c'est naturel, particulièrement scrutées par les juges nationaux et certains les considèrent comme les curseurs de la politique jurisprudentielle de la Cour. Elles ont toutes la même légitimité, quelle que soit la majorité avec laquelle elles sont rendues.

Parmi les arrêts marquants de 2015, figure l'affaire Lambert qui concernait la question de la fin de vie. Rares sont les affaires qui ont, à ce point, suscité l'attention des médias du monde entier. La Cour était confrontée au fait qu'il n'existe pas de consensus entre les États membres du Conseil de l'Europe pour permettre l'arrêt d'un traitement maintenant artificiellement en vie un être humain. Elle a considéré que les dispositions de la loi française, telles qu'interprétées par le Conseil d'État, constituaient un cadre législatif suffisamment clair pour encadrer de façon précise la décision du médecin dans une telle situation. La Cour était pleinement consciente de l'importance des problèmes soulevés par une affaire touchant à des questions médicales, juridiques et éthiques de la plus grande complexité. Elle a jugé qu'il appartenait en premier lieu aux autorités internes de vérifier la conformité de la décision d'arrêt des traitements au droit interne et à la Convention, ainsi que d'établir les souhaits éventuellement exprimés par le patient.

Nous sommes donc parvenus à la conclusion que l'affaire avait fait l'objet d'un examen approfondi où tous les points de vue avaient pu s'exprimer et où tous les aspects avaient été mûrement pesés tant au vu d'une expertise médicale détaillée que d'observations générales des plus hautes instances médicales et éthiques. Cette affaire est un bon exemple de la parfaite application du principe de subsidiarité.

Autre affaire, beaucoup moins douloureuse, mais tout aussi importante : *Delfi contre l'Estonie*, qui abordait la question de la liberté d'expression dans le contexte du numérique. L'affaire *Delfi* témoigne de l'émergence de ces contentieux nouveaux qui nous parviennent, souvent liés aux nouvelles technologies ou aux progrès scientifiques. Cette affaire a été la première dans laquelle la Cour a été appelée à examiner la responsabilité d'un portail d'actualités sur Internet en raison des commentaires laissés par les internautes. Deux réalités contradictoires étaient au cœur de l'affaire : d'une part les avantages d'Internet que nous connaissons tous, notamment le fait qu'il constitue un outil sans précédent d'exercice de la liberté d'expression, d'autre part les risques qu'il présente, en particulier le fait qu'il permette que des propos haineux ou appelant à la violence soient diffusés dans le monde entier, en quelques secondes, et demeurent parfois en ligne indéfiniment.

La requérante se plaignait que les juridictions nationales l'aient jugée responsable des commentaires injurieux laissés par ses visiteurs.

Pour trancher cette affaire, notre Cour a attaché un poids particulier à la nature extrême des commentaires et au fait que *Delfi* était un portail d'actualités exploité à titre commercial ; ensuite, elle a tenu compte de ce que *Delfi* n'avait pas assuré la possibilité de tenir les auteurs des commentaires responsables de leurs propos. Enfin, elle a noté que les mesures prises par *Delfi* pour empêcher la publication de commentaires diffamatoires ou retirer sans délai de tels commentaires après leur publication avaient été insuffisantes. La décision des juridictions estoniennes de tenir *Delfi* pour responsable a donc été considérée comme justifiée et ne constituant pas une restriction disproportionnée de son droit à la liberté d'expression.

Rendue à la fin de l'année dernière, l'affaire *Zakharov contre Russie* est intéressante à plus d'un titre. D'abord, parce qu'elle aborde une question fondamentale dans nos sociétés qui est celle des écoutes secrètes. Ensuite, sur le plan de la recevabilité, car notre Cour a estimé que le requérant était en droit de se prétendre victime d'une violation de la Convention bien qu'il n'ait à priori fait l'objet d'aucune mesure concrète de surveillance. Eu égard au défaut de recours au niveau national, ainsi qu'au caractère secret des mesures de surveillance et au fait que celles-ci touchaient tous les usagers des services de téléphonie mobile, notre Cour a examiné la législation russe dans l'abstrait. Cet examen nous a conduits à considérer que les dispositions du droit russe régissant l'interception de communications ne comportaient pas de garanties adéquates et effectives contre l'arbitraire. Après avoir constaté des défaillances du cadre juridique dans un certain nombre de domaines, nous avons conclu à la violation de l'article 8 de la Convention.

Fin de vie. Questions liées aux nouvelles technologies. Mesures d'écoutes attentatoires aux libertés. Voici quelques exemples, parmi bien d'autres, de la diversité de notre jurisprudence en 2015.

Pour conclure ce bref inventaire, ce n'est ni un arrêt de Grande Chambre, ni un arrêt de chambre que j'évoquerai, mais une décision d'irrecevabilité. Une décision qui nous ramène à l'essentiel, aux valeurs que défend notre Cour depuis sa création.

Dans cette affaire, *M'Bala M'Bala contre France*, le requérant avait tenté de jouer avec le statut de l'artiste pour propager des idées racistes. On se souvient qu'il avait convié un universitaire, condamné en France à plusieurs reprises en raison de ses thèses négationnistes et révisionnistes, à le rejoindre sur scène pour recevoir, dans une mise en scène macabre et de mauvais goût, les applaudissements du public. La Cour a considéré que la soirée avait perdu son caractère de spectacle de divertissement pour devenir un meeting qui, sous couvert de représentation humoristique, valorisait le négationnisme. Le requérant avait ainsi tenté de détourner l'article 10 de sa vocation en utilisant son droit à la liberté d'expression à des fins contraires au texte et à l'esprit de la Convention. Pour la Cour, il était important de réaffirmer que la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas là pour protéger les spectacles négationnistes et antisémites.

Comment évoquer l'année 2015 sans mentionner les crises auxquelles nous avons assisté. Bien sûr, la crise des migrants qui s'est amplifiée au cours des derniers mois, mais, surtout, les attentats qui ont frappé l'Europe, encore récemment, et ont plongé nos démocraties dans un état de sidération.

On ne peut qu'être frappé par la vision des pères de la Convention qui, en insérant l'article 15 dans notre corpus conventionnel et en prévoyant, dès lors, la possibilité de déroger à certains droits en cas de danger menaçant la vie de la nation ont donné à nos démocraties les moyens de se défendre en cas de danger. Mais de se défendre sans pour autant détruire les valeurs fondamentales sur lesquelles notre système est fondé et sans quitter le système de la Convention. Face aux ennemis de la démocratie nous maintenons l'État de droit.

L'article 15 de la Convention laisse aux États une large marge d'appréciation. Toutefois, ils ne jouissent pas pour autant d'un pouvoir illimité et la Cour pourra toujours être amenée à vérifier s'ils ont ou non excédé la « stricte mesure » des exigences de la crise.

Il me semblait important de rappeler, ici et ce soir, que la Cour est « pleinement consciente des difficultés que les États rencontrent pour protéger leur population contre la violence terroriste, laquelle constitue en elle-même une grave menace pour les droits de l'homme ». Elle considère donc qu'il est légitime que « les États contractants fassent preuve d'une grande fermeté à l'égard de ceux qui contribuent à des actes de terrorisme » sans détruire pour autant nos libertés fondamentales car l'urgence ne justifie pas tout.

Mesdames et Messieurs les Présidents des Cours constitutionnelles et des Cours suprêmes,

J'attache une très grande importance à votre présence parmi nous chaque année. Notre Cour et les vôtres protègent des droits qui sont largement les mêmes.

Comme vous, nous exerçons un rôle de contrôle individuel et une mission de nature constitutionnelle.

Comme nous, vous faites parfois l'objet de critiques. Mais, dans vos pays respectifs, votre existence même et le respect qui vous est dû sont des conditions nécessaires de la démocratie et vous participez, comme nous et avec nous, à la construction de l'Europe des droits et des libertés.

Mesdames et Messieurs,

Une des plus anciennes constitutions au monde est celle de la Pologne. Elle date du 3 mai 1791. Elle consacrait déjà la séparation des pouvoirs, l'indépendance du pouvoir judiciaire et le 3 mai est désormais le jour de la fête nationale polonaise. Quel symbole !

Je suis particulièrement heureux d'accueillir ce soir, à la Cour européenne des droits de l'homme, M. Andrzej Rzepliński, Président du Tribunal constitutionnel de la Pologne.

Monsieur le Président,

Je me réjouis de pouvoir maintenant vous entendre.

Comme nous, vous faites parfois l'objet de critiques. Mais, dans vos pays respectifs, votre existence même et le respect qui vous est dû sont des conditions nécessaires de la démocratie et vous participez, comme nous et avec nous, à la construction de l'Europe des droits et des libertés.

Mesdames et Messieurs,

Une des plus anciennes constitutions au monde est celle de la Pologne. Elle date du 3 mai 1791. Elle consacrait déjà la séparation des pouvoirs, l'indépendance du pouvoir judiciaire et le 3 mai est désormais le jour de la fête nationale polonaise. Quel symbole !

Je suis particulièrement heureux d'accueillir ce soir, à la Cour européenne des droits de l'homme, M. Andrzej Rzepliński, Président du Tribunal constitutionnel de la Pologne.

Monsieur le Président,

Je me réjouis de pouvoir maintenant vous entendre.



Andrzej Rzepliński

**Président
du Tribunal constitutionnel de Pologne**

ÊTRE JUGE

Être juge est aussi beau et tout aussi palpitant qu'être médecin ou savant. La profession de juge n'est pas une bonne carrière pour les personnes qui ne possèdent pas un sens suffisamment bien ancré de la dignité personnelle et professionnelle, la vertu de l'intégrité personnelle, un passé impeccable, des connaissances professionnelles et pratiques, ainsi qu'une maturité non seulement sociale et familiale mais aussi personnelle, de manière à pouvoir assumer l'entière responsabilité de chaque décision conformément au droit et à sa propre conscience.

Tout juge doit être doté d'un bon sens de l'organisation professionnelle de manière à ce qu'il ne soit pas tenté, devant un acte de négligence, d'apaiser « les supérieurs » ou l'une des parties. Il doit avoir non seulement le courage de prendre une décision mais aussi la force morale de juger telle ou telle personne. Juger est donc « l'une des fonctions les plus essentielles de toute société »¹.

L'importance que les sociétés ont toujours attachée au choix des meilleures personnes possibles pour exercer ces fonctions est amplement démontrée par les conditions imposées aux candidats à la magistrature par l'ancienne loi talmudique, parmi lesquelles figurent tout d'abord « la connaissance du droit, associée à une bonne éducation générale » et « une infailibilité de caractère, agrémentée de piété, de générosité et de bienveillance »². Un juge, selon la doctrine chrétienne tirée de saint Thomas d'Aquin, est un homme qui devrait vivre « dans un état de perfection, c'est-à-dire dans la vérité ». Un juge « doit, de par sa fonction, être le gardien de la vérité au sein du système judiciaire », à l'instar des savants dans le domaine de la science – « un mensonge devant un tribunal ou contre la science est un péché mortel »³.

Diamétralement opposés aux valeurs qu'un juge doit représenter dans un État régi par le droit sont les juges que Lénine, en vertu de son pouvoir absolu, somma de semer ouvertement la terreur dans leurs décisions et de justifier et légitimer celles-ci « sur la base de principes, sans fausseté ni embellissement ». En matière civile, ils étaient censés rendre des décisions de confiscation et de réquisition, exercer un contrôle sur les marchands et entrepreneurs, et se refuser à reconnaître toute propriété privée. Lénine exigeait des juges pénaux qu'ils prononçassent ses deux châtiments préférés : la mort par un peloton d'exécution ou la déportation assortie de travaux forcés. Le châtimement devait être « impitoyable », les tribunaux devaient être « militants » – « les tribunaux du prolétariat », écrivait-il, « devraient savoir quoi permettre »⁴.

Dans un système d'État totalitaire, un juge indépendant n'a aucune place. Même lorsque le régime s'adoucît peu à peu et que la terreur judiciaire s'affaiblit en conséquence, les générations suivantes de juges sont formées à leurs fonctions par des juges qui, par leurs décisions, avaient détruit les vies de dizaines de milliers de personnes. Dans un État totalitaire, afin de mener une lutte

¹ Israel Drapkin, *The Art of Sentencing: Some Criminological Considerations*, « Rapports de l'UNAFEL », 1979, n° 16, p. 53.

² Salomon Ladier, *Proces karny w Talmudzie* [Un procès pénal sous l'empire du Talmud], Lwów, Jaeger, 1933, p. 46.

³ Tomasz z Akwinu, *Cnoty społeczne pokrewne sprawiedliwości* [Considérations sociales sur la justice], trad. F.W. Bednarski, Londres, Veritas, 1972, cit. 110, 4, 5.

⁴ Lénine, *Dziela wszystkie* [Compilations], Varsovie, 1989, vol. 44, pp. 317, 379, 394.

impitoyable contre l'opposition politique, il est toujours facile de trouver des juges à qui il est égal d'être les instruments de diffusion d'une terreur juridique institutionnalisée au nom de la loi. À titre de récompense spéciale, ils jouissent d'un sentiment d'impunité totale. Ils étaient protégés par le Parti communiste – leur parti. La corruption politique s'était répandue au sein de la magistrature jusqu'au bout des ongles. Hitler démoralisa les juges aussi efficacement que Lénine⁵.

Après 1948, les juges de l'autre côté du rideau de fer travaillèrent dans un climat nauséabond. Le recul, après les années 1956-1960, de l'exercice du pouvoir par l'intimidation massive de la société octroya à la plupart des juges une certaine indépendance. Il n'était plus nécessaire de faire preuve d'un courage extraordinaire. Ce qu'il fallait, c'était une probité intérieure. Il n'en reste pas moins que, pendant les périodes de déclin aussi, un régime a toujours besoin de juges pour conserver son emprise sur la société. Certes, cela avait déjà été accompli, à un coût moindre. Il était difficile de gouverner à la pointe des baïonnettes. L'emprise sur le peuple commença à être exercée au moyen de mesures relativement douces. Cela créa une niche pour la plupart des juges, surtout ceux qui avaient préservé une certaine mémoire institutionnelle des époques antérieures aux communistes ou aux nazis.

Bien des juges avaient conservé dans leur bibliothèque personnelle des publications pré-révolutionnaires.

Quelques-uns parvinrent à se procurer des ouvrages non censurés publiés dans des pays libres.

La plupart des juges était au fait des standards qui s'imposaient aux pays de l'Europe libre.

Ces circonstances contribuèrent à la transformation de la magistrature, qui débuta en 1989-1990. Cette transformation demanda, et demande encore, du temps ; elle nécessite aussi une mise en pratique laborieuse, de bonnes lois stables, ainsi que le respect de l'indépendance du pouvoir judiciaire de la part des partis politiques subséquents après une victoire aux élections législatives.

Afin d'achever totalement la transformation de la magistrature, il est nécessaire, postérieurement à la période de transformation, que les nouveaux juges soient formés à leurs fonctions par des collègues plus âgés qui ont exercé tout au long de leur vie dans un État régi par le droit où la séparation des pouvoirs est un principe bien établi et incontesté. Il faudra donc des décennies de pratique, comme dans le récit biblique des quarante années d'exode après l'asservissement par les Égyptiens. Le temps ne s'achète pas.

Aujourd'hui, tout comme au fil des siècles, la société impose au juge d'être un homme intègre doté d'aptitudes intellectuelles adéquates, d'un bon sens de l'organisation professionnelle et d'une solide connaissance de la loi et de son application⁶. Tous les juristes qui ont réussi le concours de la magistrature ne pourront pas tous satisfaire à de telles conditions.

J'ai consacré trente années à faire des recherches sur l'histoire de la magistrature, à étudier la nature de l'autorité d'un juge et les défis que celle-ci représente⁷, à contribuer à la création de systèmes juridictionnels garantissant la séparation des trois pouvoirs en Pologne et dans d'autres pays, à défendre activement les juges victime d'attaques, ainsi qu'à surveiller les procédures de désignation des magistrats et la qualité des travaux des tribunaux et des juges.

Voilà huit ans que je suis membre de la Cour constitutionnelle ; bientôt mon mandat de neuf ans prendra fin. Fort de cette expérience constituée par ces années de pratique judiciaire, je puis tenter de répondre à la question fondamentale que je me suis posée en acceptant l'aimable invitation du président de la Cour européenne des droits de l'homme, le professeur Guido Raimondi, à prononcer une allocution devant une aussi illustre assemblée, dont l'importance pour plus de 800 millions d'Européens est si unique – une assemblée d'éminents juges, qui sont ceux de millions de personnes mais aussi les miens. J'ai décidé de me poser cette question, exprimée dans l'intitulé : qu'est-ce que cela signifie d'être juge ? Pour les besoins de mon allocution d'aujourd'hui, j'ai rassemblé des réflexions qui me sont venues à l'esprit aux différents stades de ma carrière de juge et dans mes recherches sur la magistrature.

Me référant au concept d'antinomie dans l'idée de la loi, tiré des travaux de Gustav Radbruch⁸, je dirais que la mission publique d'un juge est de concrétiser une notion de la loi qui englobe la sécurité juridique, le bien commun et la justice. Pour un juge constitutionnel, cela veut dire vérifier la conformité à la Constitution de textes normatifs d'une manière qui, à la fois, protège la stabilité du droit, en élimine les injustices (par exemple une atteinte injustifiée aux libertés et aux droits de l'homme et du citoyen) et matérialise l'idée de bien commun, c'est-à-dire celle d'un État où les décisions seraient prises par l'accord et la coopération au lieu d'être imposées, un État qui n'exclut personne et pour lequel chaque citoyen engage sa responsabilité. C'est une mission extrêmement difficile, qui exige des compétences et aptitudes non négligeables et une attitude particulière, ce qui explique pourquoi tout le monde ne peut pas l'assumer. Pour bien accomplir cette mission, il faut être à niveau pour ce qui est des connaissances de fond et, de plus, il faut faire preuve – à tout le moins – d'équité, d'indépendance, de courage, de sensibilité et – une qualité souvent oubliée – d'humilité.

S'agissant de la nécessité d'avoir des connaissances de fond au niveau, on peut dire qu'être juge c'est être un artisan et avoir une ambition d'artiste, à l'instar des artisans italiens dont les produits de luxe font l'objet d'une telle admiration dans le monde entier. Un jugement sage et équitable est l'œuvre d'un artisan – un artiste du droit. C'est ainsi qu'on peut parler d'un juge qui est expert en théorie du droit, comprend celui-ci, y voit une structure, un certain mécanisme, c'est-à-dire quelqu'un qui sait et « ressent » « comment le droit est créé, quelles règles commandent ou devraient commander sa création, son fonctionnement et son interprétation »⁹. La connaissance et la compréhension du droit imposent au juge d'avoir perpétuellement son esprit en mouvement. Il ne cesse pas d'être juge dès qu'il quitte le prétoire. Certains juges s'y connaissent mieux que d'autres dans l'art de juger. Tel ou tel juge rapporteur dans une affaire où existe – et où il remarquera – une question de droit importante, une question constitutionnelle ou une question d'importance sous l'angle de la Convention européenne, accomplira peut-être une meilleure prestation que le premier violon, comme au sein d'un orchestre symphonique. Mais, tout comme dans un orchestre, chaque œuvre d'art que constitue manifestement un jugement dépourvu de précédent qui sera cité en référence des années après sera la prouesse commune de différents artistes du droit : ceux qui saisissent le juge de l'affaire et présentent de nouveaux arguments passionnants, ceux qui, au prétoire, présentent tout aussi brillamment les contre-arguments, de même que – un point tout aussi essentiel – les juges qui trancheront l'affaire. Bien malavisé est le juge qui ne relèverait pas le potentiel d'une telle affaire pour la jurisprudence. Un jugement sage et équitable décuple la satisfaction d'être juge. Son auteur doit avoir la capacité de faire la passerelle entre le droit et la vie. Il s'agit d'un défi qui revêt une importance particulière au fur et à mesure que la révolution informatique modifie, déforme et redéfinit des valeurs éternelles. La barre est placée très haut. Ce n'est pas sans raison que Ronald Dworkin dit dans ses travaux que le juge doit avoir un caractère herculéen¹⁰. Pour être juge, il faut le plus souvent faire preuve d'une force comparable à celle du héros grec.

5 Ingo Müller, *Hitler's Justice. The Courts of the Third Reich*. Harvard University Press 1991 ; Helmut Ortne, *Der Hinrichter: Roland Freisler – Mörder im Dienste Hitlers* [Meurtrier au service de Hitler], Nomen 2009.

6 Le huitième des Principes fondamentaux des Nations unies relatifs à l'indépendance de la magistrature, adoptés en 1985, dit ceci : « [les magistrats] doivent toujours se conduire de manière à préserver la dignité de leur charge et l'impartialité et l'indépendance de la magistrature », et le dixième de ces Principes ajoute que ces personnes doivent être « intègres et compétentes et justifier d'une formation et de qualifications juridiques suffisantes », voir A. Rzepliński, 1981, "Niezawisłość sądownictwa w świetle norm ONZ" [L'indépendance de la magistrature à la lumière des normes des Nations unies], *Tygodnik Powszechny*, 1987, n° 33. On trouve une formulation similaire dans les normes internationales adoptées par la commission internationale de juristes et par la Law Association of Asia and Western Pacific (voir Conférence mondiale sur l'indépendance de la justice, documents de travail, Montréal, 5-10 juin 1983).

7 Andrzej Rzepliński, *Die Justiz in der Volksrepublik Polen* [La justice en République populaire de Pologne] Dieter Simon (avant-propos), Francfort-sur-le-Main 1996.

8 Voir Gustav Radbruch, *Filozofia prawa* [Philosophie du droit], trad. Ewa Nowak, Varsovie, 2012, pp. 79–84, 241–243.

9 Ewa Łętowska, *Prawo bywa bardzo piękne* [Le droit est parfois très beau], interview diffusée sur la troisième chaîne de la radio polonaise le 27 février 2011.

10 Voir Ronald Dworkin, *Biorąc prawa poważnie* [Prendre le droit au sérieux], Varsovie 1998 ; Ronald Dworkin, *Imperium prawa* [L'empire du droit], Varsovie 2006.

Afin de pouvoir pleinement assumer la mission publique de juge, c'est-à-dire – comme je l'ai indiqué ci-dessus – concrétiser une notion de la loi qui englobe la sécurité juridique, le bien commun et la justice, il est indispensable de posséder non seulement une expertise dans l'art et le métier du droit, mais aussi un certain comportement de juge en tant qu'individu. Un juge doit avoir certains traits de caractère et une certaine personnalité. Parmi les traits les plus importants, comme je l'avais dit au début, je mentionnerais l'équité, l'indépendance, le courage, la sensibilité et l'humilité.

Un juge équitable est un juge qui donne à chacun ce qui lui est légitimement dû. Cette qualité d'un juge équitable appelle la définition d'un critère à l'aune duquel il déterminera ce qui est légitimement dû à chacun. Pour le juge constitutionnel, un tel critère est la Constitution, qui énonce les valeurs et droits fondamentaux, et fixe les attributions de chaque organe constitutionnel. Un juge équitable doit appliquer de manière cohérente le critère consistant à donner à chacun son dû, c'est-à-dire qu'il doit traiter de la même manière les personnes qui se trouvent dans la même situation et d'une manière différente celles qui ne le sont pas. C'est seulement ainsi qu'un juge sera équitable, et donc impartial aussi.

La Constitution en tant que critère permettant de donner à chacun son dû, ou tout autre critère objectif de la sorte, se rattache à une autre qualité indispensable au juge en tant que personne: son indépendance. Un juge indépendant est un juge apte pour ce qui est de ses connaissances de fond – c'est là qu'apparaît encore un autre rôle joué par les bonnes connaissances de fond, comme condition de l'indépendance d'un juge – et capable de pensée critique, c'est-à-dire intellectuellement indépendant. Autrement, il sera tributaire de la connaissance et des opinions d'autrui, par exemple de ses confrères ou de ses assistants. Un juge indépendant est aussi quelqu'un dont l'indépendance est intérieure : il statue sur la base non pas de ses opinions et parti pris, mais des critères de décision que fixe la loi¹¹. Pour le juge constitutionnel, ce critère est la Constitution.

Un juge doit également être une personne sensible. À l'instar du médecin, qui ne doit pas oublier qu'un patient est non pas seulement un dossier médical mais aussi un être humain, il doit se souvenir qu'une personne dans telle ou telle situation juridique est un être humain et non un élément subjectif du dossier. Cela vaut aussi pour le juge constitutionnel. Les décisions d'une juridiction constitutionnelle ont une incidence sur la vie de chacun – et parfois sur celle de tous les habitants du pays. Être juge constitutionnel, c'est se rappeler que, au-delà d'un jugement sur la conformité hiérarchique à la Constitution d'une règle de droit, se trouvent des situations spécifiques impliquant un grand nombre de personnes, et il faut en tenir compte en statuant.

Parmi les qualités fondamentales d'un juge, qui lui permettront d'assumer à coup sûr la mission publique qui lui est confiée, il y a aussi l'humilité. C'est une qualité souvent oubliée. Or la conscience de sa propre imperfection et – de même – de sa propre faillibilité est pour le juge un outil indispensable qui lui permet de retenir la meilleure solution, et pas toujours celle trouvée par lui-même. L'humilité lui sera aussi nécessaire pour accepter les critiques raisonnables dont ses décisions seront l'objet, de la part aussi bien des professionnels du droit que du grand public, dont la voix, dans un État démocratique régi par le droit, ne saurait être méconnue par le juge.

Un juge doit donc justifier ses décisions sur tous les points de manière à expliquer aux autres, et à l'opinion publique en général, les raisons qui les expliquent, et ainsi justifier l'autorité qui lui a été confiée. Un juge est là pour le peuple, et non pas l'inverse. Respecter l'opinion publique, traitée comme un sujet autorisé, et prendre soin d'être compris par elle ne veut pas dire céder à ses exigences.

Cela signifie dès lors qu'un juge doit être indépendant aussi de l'opinion publique. Ce n'est pas fortuit que l'une des constitutions romaines dit : « ne faites pas attention aux paroles creuses et vaines de la foule » (*Vanae voces populi non sunt audiendae*)¹². Comme le dit le professeur Juliusz Makarewicz, si les juges devaient écouter de telles voix, « nous ferions encore probablement monter des sorcières sur le bûcher »¹³.

Être juge, c'est aussi offrir aux parties à une procédure la modération d'un tempérament, c'est faire preuve de la même loyauté à l'égard de chacune d'elles. Cela veut dire comprendre les gens, leurs émotions, leurs intérêts, leurs espoirs. Un juge doit alors savoir, dans les moments difficiles d'un débat judiciaire, user de ses pouvoirs avec habileté, ne pas donner de leçons et, en particulier, ne pas traiter les gens avec arrogance¹⁴. Si un juge n'en est pas capable, alors que vaut le respect par lui de la dignité de chaque personne, fût-elle la pire ?

Afin qu'il puisse pleinement assumer la mission publique qui lui est confiée, un juge doit aussi faire preuve de courage. Il doit avoir le courage de se démarquer des autres, y compris de ses collègues, s'il est convaincu que les arguments confortent davantage de son opinion que de celle d'autrui.

Le courage est également indispensable à un juge dans l'accomplissement de son devoir d'indépendance. Quiconque en est dépourvu cédera à tout type de pressions, qu'elles soient politiques, sociales ou idéologiques. Un juge courageux applique le droit d'une manière indépendante de ce que les autres attendent de lui. À titre de noble exemple, je ferais mention de certains des juges saisis d'infractions à caractère politique en Pologne pendant la loi martiale. À côté des juges dociles, éléments de l'appareil de répression politique, il y avait aussi ceux qui acquittèrent les initiateurs des mouvements d'opposition pacifique contre le régime¹⁵. Le courage de ces juges a rétabli l'autorité et la dignité de la loi. Entre leurs mains, le droit était ce qu'il était censé être : un instrument de protection du peuple contre les abus des pouvoirs publics.

Un juge courageux doit aussi savoir se retirer, quitter la profession si sa présence au sein de la magistrature risque de légitimer un régime autoritaire. Un juge polonais qui, en 1980, avait rallié le mouvement pacifique « Solidarność », avant d'être interrogé une douzaine de mois plus tard par des inspecteurs militaires lorsque le Parti communiste déclara la guerre contre la société, pouvaient soit se retirer de ce mouvement et « dénoncer » son erreur politique, soit défendre sa position et les principes d'un mouvement en faveur des libertés et se condamner à l'exil de la magistrature. Chacun de ces juges fut fidèle au serment qu'il avait prêté : être le gardien consciencieux de la loi. Le décret de décembre 1981 prononçant la loi martiale était un acte illégal, même à l'aune de la Constitution communiste. Chaque juge courageux qui s'était distancé des tribunaux ou avait été radié de la magistrature délégitima le régime et, tout au long des années 1980, devint un modèle à suivre pour les juges qui étaient restés à l'écart et pour ceux qui venaient d'entrer dans la carrière. Un régime tend à se dérober dès que se dresse en face de lui un juge courageux¹⁶. Il y a dans la profession de juge une puissance qui fait reculer même les politiciens indignes.

Un membre de la cour suprême ou de la cour constitutionnelle est souvent, fût-ce contre son gré et son tempérament, une personnalité publique. Ils ont une influence considérable sur la qualité de la démocratie constitutionnelle. Par leurs décisions, ils fixent les limites de leur démocratie et les valeurs qui régissent celle-ci, tout en protégeant les droits fondamentaux de chacun. Il peut arriver que leur action soit source d'irritation pour les responsables politiques qui manifestent des penchants

12 Voir Agnieszka Kacprzak, Jerzy Krzynówek, Witold Wołodkiewicz, *Rugulae iuris. Łacińskie inskrypcje na kolumnach Sądu Najwyższego Rzeczypospolitej Polskiej* [*Rugulae iuris. Les inscriptions latines sur les colonnes de la cour suprême de la République de Pologne*], Varsovie 2006, pp. 92–93.

13 Lech Gardocki, *Naprawdę jesteśmy trzecią władzą* [Nous sommes vraiment le troisième pouvoir], Varsovie 2008, p. 119.

14 Aharon Barak, *The Judge In a Democracy*, Princeton 2006, p. 311.

15 Voir, par exemple, Maria Stanowska, Adam Strzembosz, *Sędziowie warszawscy w czasie próby 1981–1988* [Les juges de Varsovie à l'époque des épreuves, 1981–1988], Varsovie 2005, pp. 255–257.

16 Ibid., Maria Stanowska, Adam Strzembosz; Hans Petter Graver, *Judges Against Justice. On Judges When the Rule of Law is Under Attack*, Berlin, Heidelberg 2015, pp. 259–270.

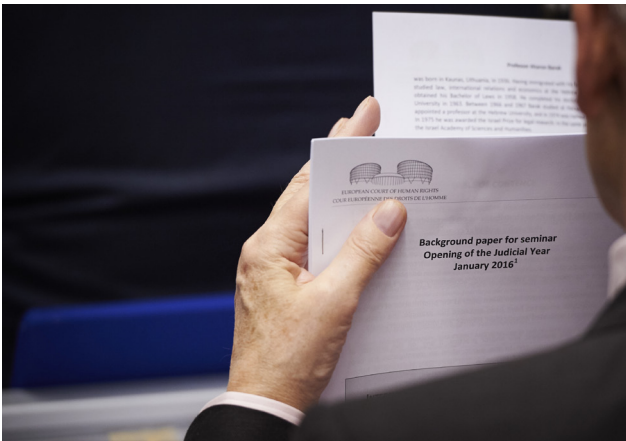
11 Voir Marek Safjan, *Wyzwania dla państwa prawa* [Les défis pour un État régi par le droit], Varsovie 2007, pp. 81–82.

autoritaires. Ces derniers y voient une menace pour leur autorité. Leur irritation est habituellement dirigée contre les présidents des cours suprêmes ou constitutionnelles. Le rôle joué par ces juges en tant que gardiens de la valeur qu’est une démocratie constitutionnelle leur est intolérable. Ces responsables cherchent, eux-mêmes ou par le biais de leurs subordonnés, à faire démissionner les présidents de ces juridictions par des moyens plus ou moins légitimes. Le seul fait de ne pas succomber à la pression constitue à leurs yeux – assez erronément – une atteinte à la légitimité de leur pouvoir. Les épisodes passés de ces tensions montrent que les juges et présidents de ces cours ont eu suffisamment de courage et de volonté pour préserver l’intégrité de leurs institutions. En général, le meilleur moyen de réduire de telles tensions est de mieux faire connaître leurs pouvoirs et leurs fonctions. Un État bien organisé, doté d’un pouvoir législatif et d’un pouvoir exécutif forts, a besoin de tribunaux tout aussi forts.

Afin de pouvoir être juge – un bon juge –, il faut constamment être très exigeant avec soi-même. Le jeu, toutefois, en vaut la chandelle car quelqu’un qui est un expert en droit et, ce qui arrive aussi plusieurs fois dans la carrière d’un juge, un artiste du droit est un acteur important – surtout s’agissant des juges constitutionnels – de la protection de la démocratie constitutionnelle et de ses fondations. Être juge, c’est être une personne qui fait preuve – à tout le moins – d’équité, d’indépendance, de courage, de sensibilité, d’humilité et de générosité, et qui ne cesse de tirer des leçons – pas seulement en lisant les ouvrages de droit, d’ailleurs. Un juge comme celui-là a le droit de dire, pour citer Cicéron : « que les armes cèdent à la toge »¹⁷ (*cedant arma togae*) et – dans le même ordre d’idées – d’exiger que la force et la violence s’effacent devant le droit.

Interrogeons-nous ensuite sur le type de satisfaction qu’un juge peut escompter tirer de la satisfaction de ces conditions draconiennes, de la subordination de sa vie à la profession de juge. Il ne fait aucun doute qu’un bon juge peut trouver un intérêt dans la déférence à laquelle il peut s’attendre autour de lui, dans la satisfaction personnelle à l’application impartiale de la loi et dans le statut matériel élevé qui lui est garanti. Moins tel ou tel ordre juridique ou tel ou tel système social attend d’un juge, meilleur cet ordre et ce système sera.

PHOTOS



17 Agnieszka Kacprzak, Jerzy Krzynówek, Witold Wołodkiewicz, *op. cit.*, p. 103.



ANCIENS DIALOGUES ENTRE JUGES

- Dialogue entre juges - 2015
- Dialogue entre juges - 2014
- Dialogue entre juges - 2013
- Dialogue entre juges - 2012
- Dialogue entre juges - 2011
- Dialogue entre juges - 2010
- Dialogue entre juges - 2009
- Dialogue entre juges - 2008
- Dialogue entre juges - 2007
- Dialogue entre juges - 2006