

DIALOGUE ENTRE JUGES 2019

Renforcer la confiance en la magistrature



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
25 janvier 2019

- Renforcer la confiance en la magistrature*
- 1. La nomination, la promotion
et la révocation des juges*
 - 2. Stratégies pour développer la confiance
et responsabilité d'autres autorités
dans le renforcement et la protection
du pouvoir judiciaire*
 - 3. Arrêts et opinions séparées :
complémentarité et tensions*
 - 4. Protocole n° 16*

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, 2019* »

© Cour européenne des droits de l'homme, 2020
© Photos : Conseil de l'Europe

TABLE DES MATIÈRES

Actes du séminaire

Guido Raimondi Président de la Cour européenne des droits de l’homme	5
Ksenija Turković Juge, Cour européenne des droits de l’homme	7
Jasna Omejec Membre de la Commission de Venise, professeur à l’université de Zagreb	9
Augustin Lazăr Procureur général de Roumanie, professeur à l’université d’Alba Iulia	23
Andreas Paulus Juge, Cour constitutionnelle fédérale allemande	27
Síofra O’Leary et Tim Eicke Juges, Cour européenne des droits de l’homme	33

**Audience solennelle à l’occasion de l’ouverture
de l’Année judiciaire 2019**

Guido Raimondi Président de la Cour européenne des droits de l’homme	55
Laurent Fabius Président du Conseil constitutionnel français	61
Photos	65



Guido Raimondi

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

DISCOURS D’OUVERTURE

Chers invités, Chers collègues, Mesdames, Messieurs,

C’est un grand plaisir pour moi de vous accueillir tous à Strasbourg aujourd’hui pour cet après-midi de séminaire judiciaire. Bon nombre d’entre vous connaissent déjà bien ce séminaire ; d’autres viennent peut-être à la Cour pour la première fois ; bienvenue aux uns comme aux autres. Je tiens à vous remercier d’être venus jusqu’ici pour assister à l’édition 2019 du séminaire judiciaire.

Nous entamons une année importante pour le système de la Convention : celle des 60 ans de la Cour et des 70 ans du Conseil de l’Europe ! Et, au mois de novembre, nous avons célébré les 20 ans de la « nouvelle » Cour unique. Ces anniversaires sont une bonne occasion de souligner l’importance pour des centaines de millions de personnes du rôle que joue le système de la Convention. Nous le savons tous ici : ce système est notre entreprise commune.

Ce sont les juridictions nationales, de concert avec la Cour européenne des droits de l’homme, qui assurent la protection des droits fondamentaux des citoyens de notre continent. La Déclaration de Copenhague, signée en avril dernier par les 47 États membres du Conseil de l’Europe, soulignait la nécessité d’un dialogue, aux niveaux judiciaire et politique, pour garantir une interaction plus forte entre les niveaux national et européen du système.

C’est pourquoi le séminaire judiciaire est un rendez-vous très important. Je dirais même que, avec l’ouverture de l’année judiciaire qui aura lieu ce soir, c’est le rendez-vous le plus important de l’année : c’est là que nous mettons en pratique le dialogue judiciaire dans un environnement multilatéral. Je me réjouis donc de vous voir si nombreux ici aujourd’hui.

Comme l’année dernière, nous avons choisi un thème qui nous touche tous personnellement – la magistrature. Mais cette année, nous examinerons la question sous un angle légèrement différent : nous nous demanderons comment maintenir la confiance dans la magistrature. J’espère que le programme de cet après-midi sera l’occasion d’entendre les avis des uns et des autres sur un thème qui n’est pas moins pertinent cette année que l’année dernière.

Mais nous ne ferons pas que débattre de la magistrature. Nous écouterons aussi les juges O’Leary et Eicke ; ils nous parleront du Protocole n° 16, qui est entré en vigueur au mois d’août. Vous aurez peut-être des questions sur les aspects pratiques de la mise en œuvre de ce protocole.

• • •

Mesdames et messieurs, avant de conclure, je voudrais exprimer ma gratitude aux trois éminents intervenants qui ont accepté mon invitation à participer au séminaire cette année : le Professeur Jasna Omejec, le Professeur Augustin Lazăr et le juge Andreas Paulus. Ma collègue la juge Kucsko-Stadlmayer, qui animera la première session, vous les présentera dans un instant.

Je voudrais aussi remercier mes collègues du comité d'organisation qui nous ont préparé l'édition de cette année : les juges Ksenija Turković (présidente du comité), Paul Lemmens, Dmitry Dedov, Iulia Antoanella Motoc et Gabriele Kucsko-Stadlmayer, ainsi que l'équipe du greffe. La préparation de cet événement commence plus de six mois à l'avance.

Sans plus attendre, je laisse la parole à la juge Turković, qui va nous faire entrer dans le vif du sujet du séminaire de cette année.

Je vous remercie de votre attention.



Ksenija Turković

**Juge,
Cour européenne des droits de l'homme**

Mesdames et Messieurs,

J'aimerais m'associer au président Raimondi pour vous souhaiter, au nom du comité d'organisation – les juges Paul Lemmens, Dmitry Dedov, Iulia Motoc, Gabriele Kucsko Stadlmayer et moi-même – et de tous les juges de la Cour, la bienvenue au séminaire judiciaire de cette année. Dès le début, ce séminaire a été envisagé comme un dialogue entre juges au plus haut niveau sur un sujet d'une importance particulière en ce moment précis en Europe, et c'est ainsi qu'il est aujourd'hui encore traditionnellement organisé.

L'année dernière, le séminaire avait pour thème les défis auxquels est confrontée l'autorité du pouvoir judiciaire. En raison de sa complexité et de son importance considérable pour la société et pour nous tous, nous avons cette année décidé d'approfondir ce sujet en insistant particulièrement sur le renforcement de la confiance dans le pouvoir judiciaire. Nous avons moins d'orateurs afin d'avoir suffisamment de temps pour un échange de vues.

Dans l'arrêt *Morice c. France*, la Cour a dit : « Les questions concernant le fonctionnement de la justice, institution essentielle à toute société démocratique, relèvent de l'intérêt général. À cet égard, il convient de tenir compte de la mission particulière du pouvoir judiciaire dans la société. Comme garant de la justice, valeur fondamentale dans un État de droit, son action a besoin de la confiance des citoyens pour prospérer ». Elle a eu l'occasion de le rappeler à de nombreuses reprises.

Lorsqu'on discute des mécanismes permettant de renforcer la confiance dans le pouvoir judiciaire, il est important d'identifier les facteurs qui contribuent à la confiance du public et les causes de l'insatisfaction de la population à l'égard de l'administration de la justice. Il a traditionnellement été souligné que la confiance du public suppose la croyance en l'équité et en l'impartialité du tribunal, avec des juges qui rendent des décisions rapides et conformes au « droit », tout en respectant les exigences d'intégrité et de bienséance et en se tenant à l'écart des scandales et de la corruption dans toutes leurs activités, tant judiciaires qu'extrajudiciaires. La confiance est liée au caractère effectif des actions des juges. L'efficacité, la qualité et l'indépendance sont les paramètres clés d'un système de justice effectif.

De nos jours, certains tribunaux font toutefois face à d'autres défis importants pour préserver les valeurs essentielles aptes à inspirer la confiance du public. Les juridictions, tant nationales qu'internationales, en particulier celles qui ont l'autorité de contrôler des actes législatifs et de limiter les pouvoirs des autres branches de l'État, sont de plus en plus souvent attaquées. Leurs caractéristiques structurelles, tout comme les juges eux-mêmes, peuvent être la cible, et ils le sont parfois – et plus seulement dans les démocraties fragiles – d'ingérences politiques indues de la part des pouvoirs exécutif et législatif dans les nominations, les avancements et les décisions des juges (les juges déloyaux étant destitués, des juges loyaux nommés et d'autres rendus loyaux), de réductions budgétaires face à un nombre de dossiers en forte croissance, de dessaisissements, d'un contrôle du rôle des tribunaux, de réformes des règles de procédure ou d'accès à un tribunal, etc. La légitimité et l'autorité des tribunaux sont également érodées par l'exécution partielle ou tardive, voire l'inexécution des jugements rendus, ainsi que par des critiques non fondées à l'égard du pouvoir judiciaire. Dans l'arrêt *Morice*, la Cour a également souligné qu'il peut s'avérer nécessaire de protéger la confiance du public dans le pouvoir judiciaire contre des attaques gravement préjudiciables dénuées de fondement sérieux.

Par ailleurs, les réseaux sociaux, la numérisation et d’autres progrès technologiques posent de nouveaux défis à la préservation de l’intégrité judiciaire.

Mais l’autorité du pouvoir judiciaire n’est pas la seule qui soit en danger et fasse l’objet d’attaques. Le paradigme occidental des droits de l’homme est de plus en plus remis en cause par le débat séculaire sur la question de savoir s’il convient de concevoir les droits de l’homme comme des droits universels ou comme des droits spécifiques à une culture. La « guerre contre le terrorisme » elle-même a eu de graves effets érosifs sur les droits de l’homme, en plus de la xénophobie et de la diffusion par les médias sociaux de vérités alternatives voire fausses. Nous sommes confrontés à l’isolement nationaliste et à l’exclusion sociale, à la contestation de la démocratie libérale constitutionnelle, à l’échec des politiques économiques encourageant une croissance constante et à un manque de solidarité et d’égalité. Sur les 113 pays ayant participé à l’enquête pour le dernier Indice sur l’État de droit (2018) publié par le World Justice Project, 71 ont indiqué que leurs droits fondamentaux ont subi une érosion.

Des défis tels que la pauvreté, les changements environnementaux, l’explosion démographique et l’intelligence artificielle peuvent difficilement être relevés dans les cadres existants fondés sur une exigence considérable de liberté personnelle. Nous sommes confrontés à des facteurs sans précédent et imprévisibles qui affectent le bien-être des générations futures. L’environnement dans lequel nous agissons et prenons des décisions est de plus en plus compliqué. Au cœur de tout cela, nous ne devons pas oublier que la confiance dans le pouvoir judiciaire est dans une large mesure liée à la capacité des juges à traiter des problèmes sociaux complexes sans exercer une justice à géométrie variable.

Tous ces éléments rendent le pouvoir judiciaire vulnérable et, en même temps, rendent indispensable un pouvoir judiciaire fort. Ainsi, dans la première partie du séminaire d’aujourd’hui, nous discuterons des mécanismes qui visent à renforcer la confiance dans le système judiciaire. Cette session sera présidée par M^{me} Gabriele Kucsko-Stadlmayer, juge élue au titre de l’Autriche. Après la pause-café, nous aurons une session, présidée par M. Dmitry Dedov, juge élu au titre de la Russie, consacrée aux questions liées au Protocole n° 16 – le nouvel instrument dont nous disposons désormais et qui élargit la portée du dialogue judiciaire.

Comme les années précédentes, vous trouverez dans vos dossiers un document de travail dans lequel est mentionnée la jurisprudence clé de la Cour sur des thèmes liés à ceux abordés par nos orateurs. Ce document et les allocutions seront publiés sur notre page web dans les prochains jours.

Chaque année, nous essayons de trouver de nouvelles idées. Cette année, pour la première fois, nous avons donné l’occasion aux juges nationaux et aux délégations nationales de rencontrer, s’ils le souhaitent, des juristes et des représentants du service chargé de suivre l’exécution des arrêts de la Cour, afin de discuter de questions concernant leurs pays respectifs. J’espère que l’expérience a été concluante pour ceux qui ont saisi cette opportunité. Si les commentaires sont positifs, nous offrirons à nouveau cette possibilité l’an prochain.

Au nom du comité d’organisation et de toutes les personnes présentes aujourd’hui, je tiens à remercier chaleureusement toute l’équipe qui nous a aidés à organiser ce séminaire – notre greffier, Roderick Liddell, qui a été étroitement associé à nos discussions tout au long de la préparation ; Rachael Kondak et Valentin Nicolescu, qui ont une fois de plus rédigé un excellent document de travail qui, nous l’espérons, vous sera utile ; Valérie Schwartz, qui s’occupe avec une grande aisance de toutes les questions administratives ; Patrick Titiun, qui veille au bon déroulement des événements d’aujourd’hui ; Loredana Bianchi, le bras droit de Valérie ; les interprètes et bien d’autres qui agissent en arrière-plan pour que cette expérience soit positive pour tous.

Enfin, je voudrais vous encourager à profiter de cette occasion pour partager vos expériences et échanger de bonnes pratiques. Tout comme mes collègues du comité d’organisation, je me réjouis de participer à un nouveau séminaire stimulant rempli de discussions fructueuses et d’idées inspirantes. Je vous remercie tous d’être venus et de m’avoir accordé votre attention.



Jasna Omejec

Membre de la Commission de Venise,
Professeur à l’université de Zagreb

RENFORCER LA CONFIANCE DANS LE POUVOIR JUDICIAIRE
NOMINATION, AVANCEMENT, DESTITUTION DES JUGES
ET NORMES DÉONTOLOGIQUES¹

1. INTRODUCTION

Ce séminaire judiciaire 2019 est l’occasion de poursuivre, pour citer le juge Lemmens, « une sorte d’états généraux judiciaires de l’Europe »², afin de discuter, cette année, des mécanismes qui peuvent contribuer à renforcer la confiance dans le pouvoir judiciaire. Celui-ci est aujourd’hui plus important qu’il ne l’a jamais été dans la vie publique et les juges sont plus visibles dans le débat public qu’ils ne l’étaient auparavant³. Pour mener à bien sa mission, le pouvoir judiciaire doit avant tout bénéficier du soutien et de la confiance du public⁴, en particulier en ces temps postmodernes où « le déclin de l’autorité est chose courante »⁵. La confiance dans le pouvoir judiciaire est intimement liée à « la légitimité des tribunaux en ce que celle-ci englobe la légalité (agir conformément au droit), les valeurs partagées (des valeurs qui sont partagées par ceux qui ont l’autorité et ceux qui y sont soumis) et l’assentiment (le sentiment chez les citoyens qu’une obligation morale leur impose d’obéir à l’autorité) qui devraient caractériser le pouvoir judiciaire »⁶.

Le soutien et la confiance du public, ainsi que la perception par celui-ci de l’indépendance de la justice, sont fortement influencés par les modalités de nomination, d’avancement et de destitution des juges. Le pouvoir judiciaire n’est toutefois pas une structure simple. En pratique, il faut clairement préciser de quelles juridictions et de quels juges nous parlons. Nombreuses sont les différences entre les juges des juridictions de droit commun, ceux des cours constitutionnelles et ceux de la Cour

1 Le présent article est tiré d’une contribution au séminaire judiciaire sur le thème du renforcement de la confiance dans le pouvoir judiciaire, qui s’est tenu à la Cour européenne des droits de l’homme le 25 janvier 2019. L’auteur adresse ses remerciements aux juges de la CEDH Gabriele Kucsko-Stadlmayer et Ksenija Turković pour leurs observations sur la première version de sa contribution. Elle assume l’entière responsabilité des erreurs qui pourraient y subsister. Les opinions qui y sont exprimées n’engagent que l’auteur et ne lient en rien la Commission de Venise.

2 Lemmens Paul, Discours d’ouverture, Dialogue entre juges 2018, Actes du séminaire « L’autorité du pouvoir judiciaire 1. Défis pour l’autorité du pouvoir judiciaire 2. Réponses aux défis » (Strasbourg, 26 janvier 2018), Conseil de l’Europe, Cour européenne des droits de l’homme, 2018, p. 7.

3 Cartabia a ainsi souligné que dans certains pays les juges « s’expriment dans les médias et constituent un formidable vivier d’experts, dont beaucoup sont appelés aux plus hautes fonctions administratives, travaillant au voisinage des organes politiques. Bon nombre d’entre eux quittent même la fonction judiciaire pour entrer dans l’arène électorale et être élus au Parlement ».

4 « La Cour a souligné à maintes reprises le rôle particulier du pouvoir judiciaire dans la société : comme garant de la justice, valeur fondamentale dans un État de droit, il doit jouir de la confiance des citoyens pour mener à bien sa mission » (Baka c. Hongrie [GC], n° 20261/12, § 164, 23 juin 2016).

5 Lemmens, note 2 ci-dessus, p. 7.

6 Document de travail pour le séminaire judiciaire 2019 : renforcer la confiance dans le pouvoir judiciaire, Greffe de la CEDH, Strasbourg, 2019, p. 4. Consultable sur https://www.echr.coe.int/Documents/Seminar_background_paper_2019_FRA.pdf (dernier accès à la version anglaise 15 janvier 2019).

européenne de Strasbourg. Par exemple, les questions et les litiges relatifs à l’avancement des juges ou aux périodes d’essai qui leur sont applicables⁷ ne se posent absolument pas pour les juges des juridictions européennes ou pour ceux des cours constitutionnelles et suprêmes.

Par ailleurs, le rôle que chaque Constitution attribue aux Cours constitutionnelles et suprêmes varie d’un pays à l’autre. Les modalités de nomination des juges diffèrent par conséquent de manière à répondre au rôle spécifique qui est assigné auxdites juridictions⁸. Les juges sont la force agissante de ces juridictions et les règles concernant leur nomination reflètent largement ce que les Cours constitutionnelles et suprêmes représentent. Par nature, les candidats à la fonction de juge de la Cour constitutionnelle sont plus exposés au regard du public à raison du caractère politique de leur élection ou de leur nomination. En somme, la manière dont la Constitution conçoit la juridiction a une influence sur les juges qui, par leur action, font de cette juridiction une réalité.

Ce document n’abordera que le système des juridictions de droit commun, dans lesquelles la majeure partie des juges font carrière, quel que soit le pays.

2. PRINCIPES ESSENTIELS RELATIFS À L’INDÉPENDANCE DE LA JUSTICE

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales (« la Convention ») dispose que « [t]oute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement (...) par un tribunal indépendant et impartial » (article 6 § 1). En vertu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme (« la CEDH » ou « la Cour »), l’introduction du terme « établi par la loi » dans l’article 6 § 1 « a pour objet d’éviter que l’organisation du système judiciaire dans une société démocratique ne soit laissée à la discrétion de l’exécutif et de faire en sorte que cette matière soit régie par une loi du Parlement »⁹. De même, les juges doivent être indépendants des autres organes de l’État, ce qui suppose l’absence de tout lien inapproprié avec ces organes et de toute influence exercée par ces derniers. Cela est essentiel pour renforcer la confiance du public dans la justice et l’État de droit. Par conséquent, l’indépendance sert également de garantie d’impartialité. Les juges doivent être et apparaître indépendants et impartiaux dans l’exercice de leurs fonctions. Sur ces aspects et sur de nombreux autres aspects importants de l’indépendance de la justice, la jurisprudence de la CEDH apporte des éclaircissements. Par nature, la Cour n’aborde toutefois pas les questions d’un point de vue systémique, contrairement à la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), l’organe consultatif du Conseil de l’Europe sur les questions constitutionnelles¹⁰.

La Commission de Venise a observé à plusieurs reprises que « [l]’indépendance du pouvoir judiciaire comporte une composante objective, à savoir qu’elle constitue une caractéristique dont le système judiciaire ne saurait faire l’économie, et une composante subjective, à savoir que toute personne a le droit de voir ses droits et ses libertés établis par un juge indépendant. En l’absence de juges indépendants, il ne peut y avoir d’application correcte et légale des droits et des libertés.

L’indépendance du pouvoir judiciaire n’est donc pas une fin en soi¹¹. Elle n’est pas un privilège dont bénéficieraient les juges à titre individuel, mais se justifie par la nécessité de permettre aux juges de remplir leur mission de gardiens des droits et des libertés »¹². Dans ce même rapport¹³, la Commission énonce les normes permettant de garantir l’indépendance du pouvoir judiciaire, qui peuvent être résumées comme suit.

- Les principes garantissant l’indépendance des juges devraient être inscrits dans la Constitution ou dans un texte équivalent.
- Toutes les décisions concernant la nomination et la carrière professionnelle des juges devraient être fondées sur le mérite, évalué au moyen de critères objectifs dans le cadre de la loi (voir le paragraphe 2.1. ci-dessous).
- Un conseil de la magistrature indépendant devrait jouer un rôle déterminant dans les décisions relatives à la nomination et à la carrière des juges (voir le chapitre 3 ci-dessous, en particulier le paragraphe 3.2.).
- Les juges ordinaires devraient être nommés à titre permanent jusqu’à leur retraite.
- Le principe de l’inamovibilité devrait être inscrit dans la Constitution.
- La loi devrait garantir aux juges un niveau de rémunération conforme à la dignité de leur charge et à l’étendue de leurs missions.
- Les juges devraient être protégés contre toute influence extérieure et, à cette fin, jouir d’une immunité fonctionnelle.
- Les juges ne devraient pas se retrouver dans une situation où leur indépendance puisse être mise en doute, ce qui justifie l’incompatibilité de la fonction judiciaire avec d’autres fonctions et les restrictions apportées aux activités politiques des juges.
- Les décisions de justice ne devraient pas être susceptibles d’être révisées en dehors des procédures d’appel.
- Le principe de l’indépendance judiciaire interne est incompatible avec une relation de subordination des juges dans l’exercice de leur activité juridictionnelle¹⁴.

11 Selon Di Federico, parmi les pays de droit civil dotés d’un système démocratique consolidé, l’Italie est certainement le pays où l’indépendance de la justice a acquis la plus grande reconnaissance, du point de vue tant de l’ampleur des dispositions juridiques formellement destinées à sa protection que de la manière dont ces dispositions ont été interprétées. Cependant, « [l]e cas de l’Italie montre que lorsque la valeur de l’indépendance de la justice est recherchée comme une fin en soi aux dépens d’autres valeurs importantes (comme la responsabilité et les garanties de compétence professionnelle), des conséquences négatives s’ensuivent. En particulier, l’expérience de l’Italie montre que les dispositions mêmes qui visent à protéger l’indépendance de la justice peuvent paradoxalement, lorsqu’elles vont trop loin, se révéler contreproductives, c’est-à-dire préjudiciables à l’indépendance de la justice ». Di Federico Giuseppe, « Independence and accountability of the judiciary in Italy. The experience of a former transitional country in a comparative perspective » [version modifiée d’un article qui avait auparavant été publié dans Andras Sayo (ed.), *Judicial Integrity*, Leiden, Martinus Nijhoff, Koninklijke Brill NV, 2004]. Consultable sur <http://siteresources.worldbank.org/INTECA/Resources/DiFedericopaper.pdf> (dernier accès 28 décembre 2018).

12 CDL-AD(2010)004 – « Rapport sur l’indépendance du système judiciaire – Partie I : L’indépendance des juges », adopté par la Commission de Venise lors de sa 82^e session plénière (Venise, 12-13 mars 2010), étude n° 494/2008, Strasbourg, 16 mars 2010, § 6.

13 *Ibidem*. Ce rapport général sur les normes européennes les plus importantes applicables au pouvoir judiciaire constitue une référence essentielle pour la Commission de Venise dans son appréciation de la législation d’un pays régissant le pouvoir judiciaire et les garanties mises en place pour assurer l’indépendance de son fonctionnement.

14 *Ibidem*, §§ 22, 23, 32, 38, 43, 44, 46, 61, 62, 65-67 et 72.

7 En ce qui concerne les juges en période d’essai, voir note 35 ci-dessous.

8 CDL-AD(2007)028 – « Nominations judiciaires, Rapport adopté par la Commission de Venise lors de sa 70^e session plénière » (Venise, 16-17 mars 2007), avis n° 403/2006, Strasbourg, 22 juin 2007, § 7.

9 *Zand c. Autriche*, n° 7360/76, rapport de la Commission du 12 octobre 1978, Décisions et rapports (DR) 15, pp. 70 et 80.

10 CDL-JD(2008)002 – « European Standards on the Independence of the Judiciary. A Systemic Overview », étude n° 494/2008, Strasbourg, 3 octobre 2008, et CDL-PI(2015)001 – « Compilation of Venice Commission Opinions and Reports Concerning Courts and Judges », Strasbourg, 5 mars 2015.

2.1. PRINCIPES RELATIFS À LA NOMINATION, À L'AVANCEMENT ET À LA DESTITUTION DES JUGES

Le pouvoir judiciaire est la garantie principale de l'existence même de l'État de droit et une garantie fondamentale d'un procès équitable. En vertu de son indépendance, il n'est pas directement responsable devant un électorat, quel qu'il soit¹⁵. Les principes relatifs à la nomination, à l'avancement et à la destitution des juges, qui sont à la base de l'indépendance du pouvoir judiciaire, sont donc de la plus haute importance, en particulier pour la perception par le public de l'indépendance de la justice.

Sous cet angle, il convient de souligner à nouveau que des critères objectifs devraient être définis afin que la sélection et la carrière des juges soient fondées sur le mérite, eu égard à leurs qualifications, leur intégrité, leur compétence et leur efficacité¹⁶. La procédure de nomination des juges doit être transparente et indépendante en pratique. Les décisions en la matière doivent reposer sur les critères objectifs susmentionnés et ne devraient pas être influencées par d'autres motifs. Il est généralement admis que des considérations politiques ne devraient pas entrer en jeu dans cette procédure de nomination. Par ailleurs, l'inamovibilité des juges et la stabilité de leur mandat sont des éléments essentiels pour l'indépendance de la justice. Les juges ne peuvent être arbitrairement révoqués. Lorsqu'une procédure disciplinaire est engagée contre un juge, les garanties de l'article 6 de la Convention doivent être respectées car la confiance du public dans le fonctionnement de la justice est en jeu. De même, une importance croissante est accordée à l'équité procédurale en matière de révocation ou de licenciement de magistrat, notamment dans le cadre d'une procédure disciplinaire. Enfin, la question de la responsabilité pénale et civile des juges et de leur immunité pourrait être abordée au vu des principes et des règles de conduite professionnelle qui leur sont applicables. Tous ces principes contribuent à inspirer la confiance du public dans le pouvoir judiciaire.

2.2. NORMES DE DÉONTOLOGIE ET DE CONDUITE PROFESSIONNELLE

Le Conseil consultatif de juges européens (le « CCJE ») exige que les pouvoirs du juge soient strictement liés aux valeurs de la justice, de la vérité et de la liberté. Les normes de conduite des juges sont le corollaire de ces valeurs et la condition de la confiance en la justice. Les méthodes utilisées pour régler les litiges concernant les aspects déontologiques de la conduite des juges devraient toujours inspirer confiance. En conséquence, dans son avis n° 3¹⁷, le CCJE a tenté de répondre aux questions suivantes : quelles normes de conduite pour les juges ? De quelle manière les normes de conduite devraient-elles être formulées ? Quelle devrait être la responsabilité pénale, civile et disciplinaire des juges ?

Aux fins du présent document, il suffit de souligner qu'un « code d'éthique judiciaire »¹⁸ ou des « principes de conduite » adoptés pour les juges par des assemblées représentatives de juges ont été introduits dans de nombreux pays européens¹⁹. Selon le CCJE, ils « expriment une capacité de la profession de réfléchir sa fonction dans des valeurs en adéquation avec les attentes du public et en contrepartie des pouvoirs attribués. Ce sont des normes d'autocontrôle qui impliquent de reconnaître que l'application de la loi n'a rien de mécanique, relève d'un réel pouvoir d'appréciation et place les juges dans un rapport de responsabilité vis-à-vis d'eux-mêmes et des citoyens »²⁰.

En outre, le CCJE souligne que la nécessité impérieuse de sauvegarder l'indépendance des juges suppose que toute déclaration de normes de déontologie devrait « affirmer qu'il est impossible de dresser une liste exhaustive de comportements interdits au juge qui seraient préalablement définis ; les principes édictés devraient constituer des instruments d'autocontrôle des juges, c'est-à-dire des règles générales qui sont des guides d'action. Aussi, bien qu'il y ait tant chevauchement qu'effet réciproque, la déontologie devrait-elle rester indépendante du système de discipline des juges, en ce sens que la méconnaissance d'un de ces principes ne devrait pas pouvoir être en elle-même une cause de mise en jeu de la responsabilité disciplinaire, civile ou pénale »²¹.

Il est évident que la protection de l'indépendance et de l'impartialité des juges ne peut être assurée par la seule déontologie et que de nombreux textes statutaires et disciplinaires y concourent. Les normes déontologiques sont différentes des règles statutaires et disciplinaires.

À cet égard, il convient de mentionner l'approche adoptée par la Commission de Venise quant à la déontologie et à la responsabilité disciplinaire des juges. Dans ses trois avis sur les codes de déontologie judiciaire du Kazakhstan, du Tadjikistan et du Kirghizstan²², la Commission de Venise a exprimé une préférence pour un code de déontologie qui n'ait que la force d'une recommandation plutôt que pour un document contraignant directement applicable dans les procédures disciplinaires. Elle a ainsi souligné qu'« un code de déontologie ne devrait pas servir de fondement direct à (...) des sanctions disciplinaires. L'objet d'un code de déontologie est totalement différent de celui poursuivi par une procédure disciplinaire et employer un code comme instrument pour la procédure disciplinaire peut avoir de graves répercussions sur l'indépendance de la justice »²³.

La Commission est néanmoins consciente que la distinction entre discipline et déontologie n'est pas sans faille²⁴. Elle reconnaît ainsi que les codes de conduite pour les juges adoptés par des associations professionnelles de juges « peuvent comporter des indications sur les décisions à prendre par les autorités disciplinaires »²⁵. Elle observe qu'« il y aura toujours une certaine interaction entre les principes de déontologie et ceux des règles disciplinaires. Afin d'éviter toute atteinte à l'indépendance d'un juge donné sur le fondement des dispositions générales et parfois vagues d'un code de déontologie, les sanctions doivent reposer sur des dispositions explicitement prévues par

15 Document de travail, note 6 ci-dessus, p. 4.

16 Les principes du Commonwealth de Latimer House reconnaissent qu'afin de préserver l'État de droit, d'obtenir la confiance du public et d'administrer la justice, le pouvoir judiciaire doit être « indépendant, impartial, honnête et compétent ». Le but des procédures de nomination des juges devrait être de garantir un moyen fiable d'identifier des personnes qui possèdent ces qualités, et de le faire de manière légitime, afin de conserver la confiance du public dans le pouvoir judiciaire. Voir « The Commonwealth Latimer House Principles (2003) on the Accountability of and the Relationship between the Three Branches of Government », Abuja, Nigeria, 2003. Source : *The Appointment, Tenure and Removal of Judges under Commonwealth Principles. A Compendium and Analysis of Best Practice* (Report of Research Undertaken by Bingham Centre for the Rule of Law), London, The British Institute of International and Comparative Law, 2015, Appendix 1, Principle IV, 114. Consultable sur https://www.biicl.org/documents/689_bingham_centre_compendium.pdf?showdocument=1 (dernier accès 3 janvier 2019).

17 CCJE(2002) avis n° 3 – « Avis n° 3 du Conseil consultatif de juges européens à l'attention du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les principes et règles régissant les impératifs professionnels applicables aux juges et en particulier la déontologie, les comportements incompatibles et l'impartialité », Strasbourg, 19 novembre 2002. Consultable sur <https://rm.coe.int/1680700da5> (dernier accès à la version anglaise 3 janvier 2019). Cet avis porte sur deux domaines principaux : les principes et les règles de conduite professionnelle relevant de la détermination de principes d'éthique, obéissant à des standards très élevés, pouvant être traduits dans une déclaration de principes de conduite professionnelle établie par les juges eux mêmes, et les principes et les procédures applicables à la responsabilité pénale, civile et disciplinaire des juges.

18 Le CCJE juge le mot « code » inapproprié car « il est clair qu'il ne s'agit pas de règles disciplinaires ou pénales mais d'un instrument d'autocontrôle du corps généré par lui-même ». Il suggère donc qu'il est souhaitable de préparer et d'évoquer une « déclaration de principes de conduite professionnelle », plutôt qu'un code. *Ibidem*, §§ 42 et 46.

19 Par exemple en Bosnie-Herzégovine, en Croatie, en Estonie, en France, en Italie, en Lituanie, au Kosovo, à Malte, au Monténégro, en République de Moldova, en Serbie, en Slovaquie, en Slovénie, en République tchèque, en Fédération de Russie et en Ukraine. Le plus ancien est le « code éthique » italien adopté le 7 mai 1994 par l'Association des magistrats italiens, une organisation professionnelle de magistrats.

20 CCJE (2002) avis n° 3, note 17 ci-dessus, § 45.

21 *Ibidem*, § 48.

22 CDL-AD(2016)013 – « Avis sur le code d'éthique des juges de la République du Kazakhstan », adopté par la Commission de Venise lors de sa 107^e session plénière (Venise, 10-11 juin 2016), avis n° 841/2016, Strasbourg, 13 juin 2016. CDL-AD(2013)035 – « Avis sur le projet de code de déontologie judiciaire du Tadjikistan », adopté par la Commission de Venise lors de sa 97^e session plénière (Venise, 6-7 décembre 2013), avis n° 739/2013, Strasbourg, 10 décembre 2013. CDL-AD(2014)018 – « Avis conjoint – Commission de Venise et OSCE/BIDDH – sur les projets d'amendements au cadre juridique sur la responsabilité disciplinaire des juges dans la République kirghize », adopté par la Commission de Venise lors de sa 99^e session plénière (Venise, 13-14 juin 2014), Commission de Venise avis n° 770/2014, BIDDH avis n° JUD-KYRG/248/2014, Strasbourg / Varsovie, 16 juin 2014.

23 Note 22 ci-dessus. CDL-AD(2016)013, § 6 ; CDL-AD(2013)035, §§ 15 et 16 ; CDL-AD(2014)018, §§ 25-27.

24 CDL-AD(2016)013, note 22 ci-dessus, § 7.

25 CDL-AD(2015)018 – « Rapport sur la liberté d'expression des juges », adopté par la Commission de Venise lors de sa 103^e session plénière (Venise, 19-20 juin 2015), avis n° 806/2015, Strasbourg, 23 juin 2015, § 23 ; CDL-AD(2016)013, note 22 ci-dessus, § 31.

la loi, elles doivent être proportionnées et ne doivent être appliquées qu'en dernière extrémité en réponse à une pratique judiciaire récurrente et contraire à l'éthique »²⁶. La Commission de Venise est ainsi en faveur de la mention dans la loi d'une liste exhaustive d'infractions disciplinaires spécifiques plutôt que d'une définition générale qui pourrait se révéler trop vague²⁷.

3. SYSTÈMES DE GESTION DE L'ORGANISATION ADMINISTRATIVE DU POUVOIR JUDICIAIRE EN EUROPE

Le paragraphe précédent a traité des principes essentiels concernant l'indépendance de la justice, en particulier ceux relatifs à la nomination, à l'avancement et à la destitution des juges, ainsi que des normes de déontologie et de conduite professionnelle applicables à ces derniers. Par nature, les principes sont toujours exprimés en termes généraux. Mais c'est leur contenu réel ainsi que leur mise en œuvre dans chaque État, notamment l'architecture institutionnelle retenue, qui sont en fin de compte déterminants²⁸. Cela nous amène au point central de notre exposé, à savoir les systèmes de gestion de l'organisation administrative du pouvoir judiciaire, notamment de nomination, d'avancement et de destitution des juges (la « gestion judiciaire »), qui ont été établis dans les pays européens afin d'atteindre ces buts en pratique. Lesdits systèmes peuvent être divisés grosso modo en deux groupes principaux.

Le premier groupe est fondé sur une gestion judiciaire confiée à un conseil de la magistrature ou à un autre organe comparable, indépendant et politiquement neutre (le « conseil de la magistrature »). Selon Voermans et Albers, les conseils de la magistrature servent d'intermédiaires entre le pouvoir judiciaire et les administrateurs politiquement responsables au sein du gouvernement ou du parlement, afin de garantir l'indépendance du pouvoir judiciaire ou une gestion et une administration efficaces des organisations judiciaires²⁹. Ces autorités de gestion judiciaire n'ont pas les mêmes pouvoirs dans les différents pays européens. Voermans et Albers distinguent deux modèles principaux.

Le premier est le modèle sud-européen (par exemple la France, l'Italie, l'Espagne et le Portugal), où les conseils de la magistrature sont inscrits dans la Constitution. Ils agissent en tant que comités chargés de la nomination et de l'avancement des juges, ainsi que des actions disciplinaires dirigées contre eux, ce qui signifie qu'ils n'exercent que des fonctions primaires de garantie de l'indépendance judiciaire. Le second est le modèle nord européen (par exemple la Suède et l'Irlande) où les conseils de la magistrature « disposent de pouvoirs assez étendus dans le domaine de l'administration (supervision des greffes, du rôle et des stocks de dossiers, des débits, de la promotion de l'uniformité juridique, de la qualité, etc.) et de la gestion du tribunal (par exemple locaux, système informatique, recrutement, formation, etc.), mais jouent aussi un rôle important dans la gestion budgétaire des tribunaux (intervention dans la fixation, la répartition et la dotation budgétaire, dans la supervision et le contrôle des dépenses, etc.) »³⁰. En d'autres termes, ils portent le nom de conseils de la magistrature mais représentent un « modèle de services aux tribunaux », avec un rôle très limité dans le recrutement, la nomination et l'avancement des juges. En règle générale, ces conseils ne jouent qu'un rôle de facilitateur dans ce processus et ils n'exercent pas non plus de pouvoir disciplinaire à l'égard des juges.

Mathieu qualifie les conseils de la magistrature appartenant au modèle sud-européen de « conseils supérieurs de la magistrature », qui ont essentiellement, voire exclusivement, vocation à contribuer à la gestion de la carrière des magistrats, en se chargeant de la nomination et de l'avancement des juges ainsi que des procédures disciplinaires dirigées contre eux. Il qualifie en revanche les conseils de la magistrature appartenant au modèle nord européen (c'est-à-dire le modèle de services aux tribunaux) de « conseils supérieurs de justice », qui ont des compétences plus larges en intervenant dans l'organisation et le fonctionnement de la justice³¹.

Le second groupe est fondé sur une gestion judiciaire exercée par les pouvoirs non judiciaires de l'État. La République fédérale d'Allemagne en est un exemple. Voermans et Albers parlent de « modèle non cloisonné », dans lequel la fonction de gestion du pouvoir judiciaire est confiée aux autorités de l'État politiquement responsables³². La nomination des juges n'incombe toutefois pas nécessairement au « pouvoir législatif, au chef de l'État ou à un système de nomination relevant exclusivement de l'exécutif ». En vertu de ce modèle, l'organe politique nomme les juges, mais dans le processus de sélection ou de proposition d'une liste de candidats, un conseil de la magistrature, une commission de nomination des juges ou un autre organe public indépendant peuvent être impliqués. Les pratiques varient grandement.

Dans des conditions adaptées, ces deux organisations (les modèles sud-européen et nord européen de conseils de la magistrature, d'une part, et le modèle non cloisonné, d'autre part), ainsi que les systèmes hybrides qui en découlent, sont aussi crédibles l'une que l'autre.

3.1. DIFFÉRENCES ENTRE LES SYSTÈMES DE NOMINATION DE JUGES DE «CARRIÈRE» ET LES SYSTÈMES FONDÉS SUR LA «RECONNAISSANCE DES ACQUIS DE L'EXPÉRIENCE»

Outre les différences existant entre les groupes précédemment décrits dans le domaine de la gestion judiciaire, on peut également distinguer les pays ayant une magistrature de carrière (essentiellement des pays de droit civil) et ceux dont le système de nomination des juges est fondé sur la « reconnaissance des acquis de l'expérience »³³, où les juges sont nommés parmi des praticiens du droit expérimentés (essentiellement des pays de *common-law*).

Les magistratures des pays de droit civil de l'Europe continentale sont traditionnellement organisées selon un modèle bureaucratique de fonction publique et elles ne diffèrent pas fondamentalement de la bureaucratie d'État, qui reflète l'ancienne division entre droit et politique³⁴. Dans le modèle d'Europe continentale d'une magistrature de carrière, les juges commencent en bas de l'échelle juste après avoir obtenu leur diplôme de droit. Leur recrutement précoce est complété par le caractère fortement hiérarchique de l'organisation judiciaire. « L'essence d'une magistrature de carrière est que les juges sont nommés à des postes subalternes puis graduellement promus à de hautes fonctions, qui sont généralement des sièges et des postes spéciaux à la cour suprême. Les postes subalternes correspondent souvent à des postes de juge dans les tribunaux de première instance. Dans certaines structures judiciaires de carrière, les juges subalternes ne siègent pas nécessairement dans les juridictions de jugement mais peuvent assister les hauts magistrats. Le parcours d'avancement comprend de hautes fonctions qui donnent droit à de tels assistants. L'archétype d'une magistrature de carrière signifie donc que les juges commencent leur carrière tôt dans les tribunaux inférieurs

26 CDL-AD(2016)013, § 8 et les références qui y sont citées ; CDL-AD(2013)035, § 31. Voir note 22 ci-dessus.

27 CDL-AD(2016)013, note 22 ci-dessus, § 8.

28 De ce point de vue, la principale fonction de la Commission de Venise, qui est d'apporter une aide juridique aux États sous forme d'« avis juridiques » sur des projets de lois ou des lois déjà en vigueur qui lui sont soumis pour examen, est d'une importance particulière. Voir Scheppele Kim Lane, « Courts under Political Pressure: Minimum Criteria for Judicial Independence in Europe », in *Courts, Social Change and Judicial Independence*, organisé par Adriana Silvia Dreyzin de Klor, Miguel Poiares Maduro et Antoine Vauchez, RSCAS Policy Papers 2012/07, European University Institute, Florence, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Global Governance Programme, juin 2012, p. 51. Voir aussi Volpe Valentina, « Drafting Counter-Majoritarian Democracy. The Venice Commission's Constitutional Assistance », *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 76, no 4 (2016), pp. 811-843.

29 Voermans Wim, Albers Pim, *Councils for the Judiciary in EU Countries*, Council of Europe, European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), mars 2003, p. 14. Consultable sur https://www.researchgate.net/publication/228153259_Councils_for_the_Judiciary_in_EU_Countries (dernier accès 5 janvier 2019).

30 *Ibidem*, p. 14.

31 Mathieu Bertrand, « Réforme des institutions : que prévoit-elle sur le volet Justice? », *Le club des juristes*, 5 avril 2018. Consultable sur <http://blog.leclubdesjuristes.com/reforme-institutions-prevoit-volet-justice/> (dernier accès 6 janvier 2019).

32 Voermans et Albers, op. cit., note 29 ci-dessus, p. 12.

33 Georgakopoulos Nicholas, « Discretion in the Career and Recognition Judiciary », *The University of Chicago Law School Roundtable*, Vol. 7, Issue 1, Article 8, (2000), pp. 205-225.

34 Guarneri Carlo, « Appointment and career of judges in continental Europe: the rise of judicial self government », *Legal Studies*, Vol. 24, n°s 1-2 (avril 2006), pp. 169 et 170, et les références qui y sont citées.

et qu'ils peuvent raisonnablement s'attendre à être promus dans les juridictions supérieures, sous réserve de leurs résultats. En particulier, le mandat à vie des juges de carrière n'est pas lié à une juridiction spécifique. Il convient également de noter le grand nombre de juges de cour suprême »³⁵.

En revanche, dans le modèle de *common-law* où le système de nomination des juges est fondé sur la reconnaissance des acquis de l'expérience, les juges sont nommés tard dans leur carrière, après avoir fait une première carrière comme praticiens du droit ou universitaires. Ils sont nommés dans une juridiction déterminée et doivent attendre longtemps avant de parvenir à la juridiction supérieure. Leur nomination repose en partie sur la reconnaissance de l'expérience acquise au cours de leur carrière antérieure, contrairement à ce qui se passe dans la magistrature de carrière³⁶. « L'essence du système fondé sur la reconnaissance des acquis de l'expérience est que les nominations de juges interviennent après que les candidats ont déjà eu une première carrière juridique, que les juges ont un mandat à vie auprès d'une juridiction déterminée et que la probabilité d'un avancement dans une juridiction supérieure est très faible. Les juges sont nommés soit par une action combinée du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif soit par une élection directe, même si les juges élus ne représentent généralement pas un archétype car ils ne disposent pas d'un mandat à vie. On pourrait avoir l'impression que la plupart des pays de *common-law* ont un système fondé sur la reconnaissance des acquis de l'expérience, mais ce modèle n'est probablement représentatif que d'un nombre réduit de pays, en particulier parce que la majeure partie des États des États-Unis ont des juges élus. En outre, certaines caractéristiques institutionnelles engendrent des mesures incitatives en faveur des juges similaires à celles présentes dans une magistrature de carrière et peuvent influencer un système qui est théoriquement fondé sur la reconnaissance des acquis de l'expérience »³⁷. Il est également à noter que, dans ce système, aucune formation préalable particulière ou expérience en tant que juge n'est requise pour exercer la fonction de juge. Pareil système tend à reposer sur des mécanismes de nomination qui impliquent les autres pouvoirs de l'État et sont ainsi généralement plus politisés par nature (notamment en cas d'élection directe comme dans certains États des États-Unis)³⁸.

Lorsqu'il s'agit de choisir un système approprié de nomination des juges dans un pays donné, la Commission de Venise souligne que les normes internationales à cet égard sont plutôt favorables à la dépolitisation généralisée de cette procédure. « Il n'existe cependant pas de « modèle unique » non politique de nomination pouvant assurer de manière idéale le respect du principe de la séparation des pouvoirs et l'indépendance totale du pouvoir judiciaire ». Dans certaines démocraties plus anciennes ou dans certains États ayant un système judiciaire démocratiquement éprouvé où le pouvoir exécutif a une forte influence sur les nominations judiciaires, de tels systèmes sont jugés traditionnels et efficaces. Ils peuvent en effet bien fonctionner en pratique et permettre au pouvoir judiciaire d'être indépendant parce que l'exécutif est limité par la culture et les traditions juridiques, qui se sont développées au fil des décennies. En revanche, les nouvelles démocraties n'ont pas encore eu la possibilité de développer de telles traditions, qui peuvent empêcher les abus. Des dispositions constitutionnelles explicites sont donc nécessaires en tant que garantie pour empêcher les abus

politiques par d'autres pouvoirs de l'État dans la nomination des juges³⁹. Dans ces pays, selon la Commission de Venise, un conseil de la magistrature indépendant doit jouer un rôle déterminant dans les décisions relatives à la nomination et à la carrière des juges⁴⁰.

L'Union européenne (l'« UE ») et le Conseil de l'Europe (le « CoE »), dont la Commission de Venise, préconisent un modèle particulier de conseil de la magistrature, à savoir le « modèle européen de conseil de la magistrature » ou « euro-modèle de conseil de la magistrature ». Ce modèle « a joué un rôle clé dans la quatrième vague de conseils de la magistrature » en Europe à la fin des années 1990 et au début du vingt et unième siècle⁴¹.

3.2. LE MODÈLE EUROPÉEN DE CONSEIL DE LA MAGISTRATURE

Selon Preshova et autres, les réformes judiciaires n'étaient pas considérées comme très importantes par les « anciens » États membres de l'UE. Cette question a toutefois acquis un intérêt particulier avec l'accession à l'UE des pays d'Europe centrale et orientale (les « PECO ») et plus encore pour les pays des Balkans occidentaux qui aspirent à devenir membres de l'UE. Les processus d'institutionnalisation des conseils de la magistrature menés par l'UE et le CoE ont été vus comme l'un des piliers les plus importants de ces réformes judiciaires. « Ces réformes, conduites par l'UE, ont fortement mis l'accent sur l'établissement de conseils de la magistrature puissants comme institutions d'auto-administration judiciaire, gardiennes de l'indépendance de la justice. L'approche adoptée par l'UE est le résultat d'une démarche conjointe du Conseil de l'Europe et de l'UE avec pléthore d'organisations non gouvernementales, d'organismes de développement et d'experts de l'« industrie du droit international ». Le résultat final de cette « entreprise commune » est le « modèle européen » de conseil de la magistrature, préconisant l'établissement d'un conseil de la magistrature fort, initialement sous forme de « recommandation » pour les PECO, puis comme exigence et obligation strictes pour les pays des Balkans occidentaux »⁴². Le modèle européen d'un conseil de la magistrature fort a été pour la première fois introduit sous forme d'obligation dans le cadre des négociations d'adhésion du Monténégro à l'UE.

Aucun document formel ne définit ce modèle. Kosař a toutefois identifié plusieurs critères dans différents documents provenant de divers organes de l'UE et du CoE. Selon lui, ces documents, ainsi que le dialogue institutionnel entre les organes compétents de l'UE et du CoE, « révèlent l'existence d'un accord commun sur cette question »⁴³. Kosař conclut que le modèle européen de conseil de la magistrature est constitué de cinq exigences clés qui peuvent être déduites de la pléthore de documents produits par les nombreux organes et organismes affiliés de l'UE et du CoE :

- 1. Les conseils de la magistrature doivent disposer d'un statut constitutionnel.
- 2. Au moins 50 % des membres du conseil de la magistrature doivent être juges et ces membres du corps judiciaire doivent être choisis par leurs pairs, c'est-à-dire par d'autres juges⁴⁴.

35 Georgakopoulos, op. cit., note 33 ci-dessus, p. 209. Georgakopoulos souligne par ailleurs que « [l]es systèmes de magistrature de carrière offrent le plus souvent l'inamovibilité des fonctions judiciaires. Celle-ci peut toutefois être accordée après une période au cours de laquelle les résultats du candidat font l'objet d'un contrôle » (p. 209). À cet égard, il convient de mentionner que la Cour constitutionnelle polonaise a jugé que la loi confiant des fonctions juridictionnelles à des juges en période d'essai était contraire au principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire en ce que lesdits juges pouvaient être destitués par le ministre de la Justice. Arrêt du 24 octobre 2007, affaire n° SK 7/06. Śledzińska-Simon Anna, « The Rise and Fall of Judicial Self Government in Poland: On Judicial Reform Reversing Democratic Transition », *German Law Journal*, Vol. 19, n° 07 [Special issue — Judicial Self-Government in Europe] (2018), pp. 1844-1845 et note 22.] La Commission de Venise a par ailleurs toujours critiqué les périodes d'essai en soulignant que « les juges ordinaires devraient être nommés à titre permanent jusqu'à leur retraite. Dans le cas des juges, les périodes d'essai posent problème du point de vue de l'indépendance », car « ceux-ci peuvent avoir le sentiment de faire l'objet de pressions pour statuer d'une certaine manière », « par désir de plaire aux juges hiérarchiquement supérieurs qui les évaluent ». CDL-AD(2012)001 – « Avis concernant la loi CLXII de 2011 sur le statut juridique et la rémunération des juges et la loi CLXI de 2011 sur l'organisation et l'administration des tribunaux de la Hongrie », adopté par la Commission de Venise lors de sa 90^e session plénière (Venise, 16-17 mars 2012), avis n° 663/2012, Strasbourg, 19 mars 2012, §§ 66-68.

36 Georgakopoulos, op. cit., note 33 ci-dessus, p. 205.

37 Ibidem, p. 210.

38 Garoupa Nuno, Ginsburg Tom, « Hybrid Judicial Career Structures: Reputation Versus Legal Tradition », *The Journal of Legal Analysis* (2011), pp. 2-3, et les références qui y sont citées. Consultable sur SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1905755 (dernier accès 10 janvier 2019).

39 CDL-AD(2007)028, note 8 ci-dessus, §§ 2-3 et 5-6.

40 CDL-AD(2010)004, note 12 ci-dessus, § 32.

41 Kosař David, *Perils of Judicial Self-Government in Transitional Societies*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 126.

42 Preshova Denis, Damjanovski Ivan, Nechev Zoran, « The Effectiveness of the 'European Model' of Judicial Independence in the Western Balkans: Judicial Councils as a Solution or a New Cause of Concern for Judicial Reforms », *CLEER Papers 2017/1*, Centre for the Law of EU External Relations, p. 7. Consultable sur http://www.asser.nl/media/3475/cleer17-1_web.pdf (dernier accès 12 janvier 2019).

43 Kosař, op. cit., note 41 ci-dessus, p. 127.

44 Cependant, la Commission de Venise n'a de cesse de souligner que la domination écrasante de la composante judiciaire « peut être une source de préoccupation concernant les risques de « gestion corporatiste » », CDL-AD(2007)028, note 8 ci-dessus, § 30.

3. Les conseils de la magistrature doivent être dotés de pouvoirs décisionnels et pas seulement consultatifs.
4. Les conseils de la magistrature doivent avoir des compétences importantes pour toutes les questions concernant la carrière des juges, notamment leur sélection, leur nomination, leur avancement, leur mutation, leur destitution et les sanctions disciplinaires qui leur sont appliquées.
5. Le conseil de la magistrature doit être présidé par le président de la plus haute juridiction ou par un chef d'État neutre⁴⁵.

Cette série de cinq critères n'est pas une liste exhaustive des exigences et recommandations proposées par l'UE et le CoE, mais plutôt le plus petit dénominateur commun de ce qui est attendu et de ce que préconisent l'UE et le CoE. Kosař argue que « ces cinq critères reflètent également la « logique invisible » du modèle européen de conseil de la magistrature – concentrer autant de pouvoirs que possible dans une institution dominée par les juges. Cette « autogestion » des juges est le fil conducteur de l'ensemble de ces cinq critères »⁴⁶. Ainsi, la principale caractéristique qui distingue le modèle européen, tel qu'il est préconisé, de ses alternatives concurrentes, y compris d'autres types de conseils de la magistrature, est qu'il centralise en un seul lieu les compétences touchant pratiquement tous les aspects de la carrière des juges et accorde à ces derniers le contrôle sur cet organe.

En tant que tel, le modèle européen de conseil de la magistrature n'est qu'un sous-ensemble des divers conseils de la magistrature qui existent en Europe. La composition de ces conseils, leurs compétences ainsi que leurs pouvoirs varient considérablement. Par conséquent, tous les États européens qui ont opté pour le modèle du conseil de la magistrature ne satisfont pas aux critères du modèle européen de conseil de la magistrature tels qu'exposés ci-dessus⁴⁷.

3.3. EFFETS DU MODÈLE EUROPÉEN DE CONSEIL DE LA MAGISTRATURE DANS LES PAYS D'EUROPE CENTRALE ET ORIENTALE ET DANS CEUX DES BALKANS OCCIDENTAUX

Bobek et Kosař ont souligné à juste titre que « l'indépendance constitutionnelle du pouvoir judiciaire sous la forme d'un conseil de la magistrature pourrait fonctionner dans des environnements politiques matures, où des normes déontologiques décentes ancrées dans le système judiciaire garantissent que les juges-administrateurs élus ou nommés placeront l'intérêt général avant leur propre intérêt »⁴⁸. Cela signifie que le modèle européen de conseil de la magistrature repose avant tout sur des conditions préalables relatives à la culture juridique et à la déontologie judiciaire. Il se fonde « sur la prémisse que les juges sont des acteurs fiables et solides qui connaissent leur travail et sont capables de le gérer. Il est alors considéré comme sage d'isoler le pouvoir judiciaire du processus démocratique »⁴⁹.

Ce même isolement constitutionnel du pouvoir judiciaire dans les démocraties européennes en transition (les PECO et, plus particulièrement, les pays des Balkans occidentaux) a toutefois été délicat, voire a eu des conséquences désastreuses pour l'indépendance de la justice et pour l'état et la réforme du système judiciaire en général dans ces pays⁵⁰.

Analysant le rôle transformateur des cours constitutionnelles dans les démocraties européennes en transition (les PECO et les pays des Balkans occidentaux), l'auteur du présent document⁵¹ observe que, dès leur création, ces États ont été extrêmement instables socialement et politiquement à raison de l'accumulation des problèmes de transition, dont beaucoup ont dû être résolus par les tribunaux. En même temps, ces pays nourrissent « l'image d'une société bien ordonnée », une sorte d'attente normative, une orientation vers les valeurs d'une société qui n'existe pas mais à laquelle ils aspirent, et qui est formulée dans leurs Constitutions et inclut le modèle européen de conseil de la magistrature. La vie en société dans les démocraties européennes en transition a ainsi été marquée par un état qui peut être qualifié, pour citer Dimitrijević, de « drame des impératifs opposés ». Dimitrijević décrit ce « drame » comme « tout à fait particulier ». Dans ces pays, il a fallu à la fois « instituer et formuler les processus distincts et concurrentiels de construction d'un État-nation moderne, de développement d'une économie de marché, d'établissement d'une démocratie constitutionnelle et de protection de la justice sociale. De surcroît, ces pays n'ont pas une tradition de culture politique démocratique ou de sujets/supports du processus démocratique tels que décrits. Alors que la démocratie constitutionnelle contemporaine est le résultat d'un long processus d'apprentissage au cours duquel on a cherché « pas à pas » diverses réponses rationnelles aux exigences qui se faisaient jour dans le tissu social, le post-socialisme est censé faire de cette démocratie un modèle pour des personnes qui, en termes sociaux, n'ont pas exprimé la nécessité d'un tel système et dont nul ne peut être certain qu'elles comprennent et acceptent les valeurs démocratiques ». De plus, « pour la plupart, le constitutionnalisme en tant qu'idéologie politique n'était pas un fondement intrinsèquement légitime pour le nouveau système. La liberté a généralement été assimilée à la libération du communisme, et non à la protection de l'individu contre toute forme d'autorité ou à la volonté d'assumer la responsabilité de son propre destin dans un cadre constitutionnel de droits fondamentaux. Le principe de la séparation des pouvoirs n'a pas été compris comme imposant l'objectivité à la sphère politique en la plaçant dans les limites de la loi, mais simplement comme un rejet de la dictature du parti unique. L'économie de marché n'a pas été vue comme le fondement social et économique de la démocratie, mais comme le bien-être des consommateurs, et ainsi de suite. Bref, les nouvelles sociétés manquent d'une réflexion élémentaire sur le sens et la signification du constitutionnalisme. Une approche instrumentale de la Constitution fonctionne comme une sorte de prolongement pervers de la tradition socialiste »⁵². En résumé, les États européens postcommunistes ont accepté dans leurs nouvelles Constitutions les composantes du modèle de la société future souhaitable, mais celles-ci ne correspondent pas à la vie réelle dans ces États⁵³.

Tout cela a eu un impact sur les réformes judiciaires menées par l'UE et le CoE dans ces pays, notamment sur la mise en œuvre d'un modèle européen de conseil de la magistrature dans lequel les juges eux-mêmes se sont vu assigner un rôle clé. Par exemple, tant la Slovaquie que la Roumanie sont des exemples de pays qui ont étroitement suivi le modèle européen de conseil de la magistrature mais qui ont eu du mal à s'y adapter. Le Conseil supérieur de la magistrature en Roumanie a renforcé les caractéristiques corporatistes du corps judiciaire roumain avec tous les effets négatifs qui en découlent, tels que le manque de transparence et une responsabilité minimale⁵⁴. Le Conseil judiciaire slovaque a été, avec l'aide de politiques, détourné par des juges qui ont utilisé leurs pouvoirs pour s'emparer du système judiciaire de l'intérieur. Ces juges ont utilisé leurs pouvoirs

45 Kosař, op. cit., note 41 ci-dessus, pp. 128-129.

46 Ibidem, p. 129.

47 Bobek Michal, Kosař David, « Global Solutions, Local Damages: A Critical Study in Judicial Councils in Central and Eastern Europe », Department of European Legal Studies Research Paper in Law, 07/2013, Bruges, College of Europe, 2013, pp. 17 et 18. Consultable sur https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2351299 (dernier accès 13 janvier 2019).

48 Ibidem, pp. 27-28.

49 Ibidem, p. 18.

50 Ibidem, p. 28.

51 Omejec Jasna, *Novi europski tranzicijski ustavi i transformativna uloga ustavnih sudova* (New European Transitional Constitutions and Transformative Role of Constitutional Courts), in the Collected Papers from a Round Table: Twentieth Anniversary of the Croatian Constitution (Zagreb, 16 décembre 2010), ed. Arsen Bačić, Library: Modernizacija prava, book 12, Zagreb: Croatian Academy of Sciences and Arts, Scientific Council for State Administration, Judiciary and the Rule of Law, 2011, pp. 61-85.

52 Dimitrijević Nenad: *Ustavna demokratija shvaćena kontekstualno* (Constitutional Democracy Understood in Context), Edicija REČ, Fabrika knjiga, Belgrade 2007, pp. 110-111, 123-124. Traduit par l'auteur.

53 Cette division profonde entre « idéal » et « réel », c'est-à-dire le déséquilibre entre les valeurs normatives découlant de la doctrine de l'État de droit matériel et les règles juridiques positives, y compris la manière dont elles sont appliquées, est une caractéristique structurelle marquée de tous les États européens postcommunistes. Omejec, op.cit., note 51 ci-dessus, p. 73.

54 Selejan-Guțan Bianca, « Romania: Perils of a 'Perfect Euro-Model' of Judicial Council », *German Law Journal*, Vol. 19, n° 07 [Special issue – Judicial Self-Government in Europe] (2018), pp. 1707-1740.

de manière à protéger leurs propres intérêts⁵⁵. Par ailleurs, en ce qui concerne le pouvoir judiciaire slovène, Zobec a souligné que « [l]e problème primordial du pouvoir judiciaire slovène est le pouvoir judiciaire lui-même. Tout d’abord, le rôle de la politique en son sein a été préservé en tant qu’héritage de l’ère totalitaire sous la forme de schémas mentaux obstinés, fermement enracinés dans l’ancien régime et s’exprimant dans un esprit collectiviste et corporatiste. Cet état d’esprit (en tant que forme de l’État parallèle, caché ou profond) s’y développe et se nourrit en termes de mode de pensée, de valeurs et de visions du monde grâce à la fermeture institutionnelle et à la complaisance. Dans un État normal avec une tradition démocratique et une culture juridique bien établies, cela produirait des effets positifs, cela favoriserait ce qui existe déjà : un pouvoir judiciaire indépendant intérieurement et mentalement. Malheureusement, en Slovénie, c’est également ce qui existe déjà qui est favorisé, à savoir tout sauf un pouvoir judiciaire autonome et indépendant sur le plan intellectuel. (...) La politique n’a pas besoin de faire quoi que ce soit, elle n’a besoin d’exercer aucune influence sur le pouvoir judiciaire pour le soumettre et le faire tomber sous sa coupe. Cette influence est déjà là, à l’intérieur du corps judiciaire, et elle a, pour ainsi dire, toujours été là »⁵⁶.

Par conséquent, Preshova et autres identifient quatre effets négatifs généraux du modèle européen de conseil de la magistrature dans les États postcommunistes : « **Premièrement**, le « modèle européen » repose sur des hypothèses et des conditions préalables relatives à la culture et à la mentalité juridiques et judiciaires qui n’étaient voire ne sont pas en place dans la plupart de ces pays. On peut donc dire que le modèle a été introduit prématurément. **Deuxièmement**, et en conséquence de cela, non seulement les conseils de la magistrature n’ont pas été en mesure de garantir l’indépendance de la justice, mais ils ont ouvert la porte à d’autres menaces de la part d’acteurs internes et externes, et exacerbé la question de la responsabilité judiciaire. L’isolement du pouvoir judiciaire par le biais des conseils de la magistrature l’a rendu encore plus vulnérable aux pressions politiques. **Troisièmement**, si les conseils de la magistrature se sont efforcés de préserver l’indépendance de la justice, l’indépendance individuelle des juges a, dans certains cas, été compromise par des pressions politiques, principalement dans le cadre de la procédure disciplinaire, de l’évaluation de leur travail et de leur destitution. Les conseils de la magistrature ont servi d’instrument pour discipliner la désobéissance et la dissidence au sein de la magistrature. **Quatrièmement**, bien qu’il s’agisse de l’un des objectifs des conseils de la magistrature, le renforcement de la transparence au sein du pouvoir judiciaire n’a pas été obtenu. En raison de la pression politique croissante et du clientélisme judiciaire existant sous la direction des élites judiciaires, les conseils de la magistrature dans l’exercice de leurs pouvoirs et fonctions ont perdu en transparence et se sont fermés au public »⁵⁷. Il est vrai en effet que, bien qu’il s’agisse d’un des objectifs des conseils de la magistrature, la transparence accrue du pouvoir judiciaire n’a pas été obtenue. Les conseils de la magistrature se sont fermés au public. Ils se ferment comme des coquilles, sans contrôle externe (démocratique) effectif.

En conclusion, imposer le modèle européen d’un conseil de la magistrature fort dans les États postcommunistes en transition n’est pas adapté aux valeurs et aux attentes normatives qui étaient l’objet des réformes judiciaires. L’impact des héritages historiques, culturels et institutionnels, en particulier ceux de la culture judiciaire communiste, sur la dynamique de la réforme judiciaire contemporaine et le comportement des juges, s’est jusqu’à présent révélé trop fort. Selon Preshova et autres, « [o]n ne peut pas simplement établir de nouvelles institutions au milieu d’une culture et d’une mentalité judiciaires existantes, de régimes de pouvoir et de personnalités qui ont des liens psychologiques avec le régime précédent, et en attendre un résultat sensiblement différent. Par conséquent, les conseils de la magistrature ont essentiellement apporté des changements sans réforme »⁵⁸. Pour citer Dicosola, « l’adoption de réformes introduisant des règles complètement nouvelles sans un processus parallèle de transformation de la culture risque d’être inutile ou, pire encore, d’avoir un effet négatif »⁵⁹. Il en va de même pour les nouvelles institutions telles que les conseils de la magistrature créés sur la base des principes élaborés par l’UE et le CoE. La « décommunisation » du pouvoir judiciaire par le biais du modèle européen de conseil de la magistrature semble avoir échoué dans la plupart des PECO et des pays des Balkans occidentaux.

4. OBSERVATIONS FINALES

Il semble qu’en fin de compte tout se résume à la culture juridique, dont la déontologie judiciaire fait partie intégrante. La culture juridique semble être extrêmement importante pour tous les aspects du système judiciaire, y compris ceux relatifs aux conseils de la magistrature ainsi qu’à la nomination, à l’avancement et à la destitution des juges.

Cette vérité simple rappelle la Convention qui, plus que tout, exprime la même philosophie. Comme l’a souligné le professeur Wildhaber, ancien président de la CEDH, la Convention « est une part essentielle de notre patrimoine commun, un témoignage remarquable de la culture éthique et juridique européenne »⁶⁰. Parlant des principes moraux qui sous-tendent la Convention, Letsas a souligné : « Le seul consensus moralement significatif est celui qu’impliquent l’élaboration de la Convention et l’accord d’être juridiquement lié par certains principes fondamentaux de la démocratie libérale »⁶¹. À cet égard, le Comité des Ministres du Conseil de l’Europe a rappelé à juste titre que la stabilité démocratique du continent dépend de la Convention, qui joue un rôle essentiel en tant qu’instrument constitutionnel de l’ordre public européen⁶². Il semble en effet que la Convention est le principal, sinon le seul, instrument paneuropéen ayant la capacité intégrative de créer une identité juridique européenne.

55 Spáč Samuel, Šipulová Katarína, Urbániková Marína, « Capturing the Judiciary from Inside: The Story of Judicial Self-Governance in Slovakia », *German Law Journal*, Vol. 19, no 07 [Special issue – Judicial Self Government in Europe] (2018), pp. 1741-1768.

56 Zobec Jan, *Mehki trebuh slovenskega sodstva. Delo* (8 décembre 2012), Consultable sur <https://www.delo.si/mnenja/gostujoce-pero/mehki-trebuh-slovenskega-sodstva.html> (dernier accès 14 janvier 2019). Traduit en anglais par Avbelj, Matej, in « Contextual Analysis of Judicial Governance in Slovenia », *German Law Journal*, Vol. 19, n° 07 [Special issue – Judicial Self-Government in Europe] (2018), pp. 1918-1919.

57 Preshova et autres, op. cit., note 42 ci-dessus, p. 21.

58 Preshova et autres, op. cit., note 42 ci-dessus, p. 20.

59 Dicosola Maria, « Judicial Independence and Impartiality in Serbia: between Law and Culture », *Diritti Comparati*, 17 décembre 2012. Consultable sur <http://www.diritticomparati.it/judicial-independence-and-impartiality-in-serbia-between-law-and-culture/> (dernier accès 15 janvier 2019).

60 Wildhaber Luzius, allocution prononcée à l’occasion de l’ouverture de l’année judiciaire, le 21 janvier 2005, Rapport annuel 2004, Greffe de la Cour européenne des droits de l’homme, Strasbourg, 2005, p. 30.

61 Letsas George, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 11.

62 Déclaration du Comité des Ministres du Conseil de l’Europe, « Assurer l’efficacité de la mise en œuvre de la Convention européenne des Droits de l’Homme aux niveaux national et européen », 114^e session, 12 mai 2004.

En conséquence, l'attachement à l'ensemble des valeurs inscrites dans la Convention, sur lesquelles tous les pays européens peuvent s'accorder, ainsi que leur mise en œuvre effective au niveau national, a un impact « capillaire » plus fort sur l'indépendance de la justice et sur la situation générale des juges que toute autre chose. En effet, la Convention, contrairement à l'idée du modèle européen de conseil de la magistrature qui a été préconisée, exige un changement de mentalité juridique et l'acceptation d'une culture juridique spécifique. Ainsi, si les principes généraux d'indépendance de la justice que la CEDH développe dans sa jurisprudence sont respectés et mis en œuvre avec succès, y compris ceux relatifs à la nomination, à l'avancement et à la destitution des juges – processus qui doivent être libres de toute influence politique – et si les trois pouvoirs de l'État sont disposés à accepter et à développer la culture juridique sur laquelle la Convention est fondée, notamment les principes éthiques, alors la forme institutionnelle de nomination, d'avancement et de destitution des juges devient une question secondaire.

Dans ce cas, la forme choisie ne doit pas nécessairement être la même partout. La diversité des formes démontre alors simplement que la mission judiciaire dans un État démocratique moderne régi par l'État de droit s'exprime en une seule langue en Europe, mais que cette langue est subdivisée, pour ainsi dire, en de nombreux dialectes différents.



Augustin Lazăr

**Procureur général de Roumanie,
Professeur à l'université d'Alba Iulia**

LA CONFIANCE DANS L'AUTORITÉ JUDICIAIRE DANS LE CONTEXTE DE LA JUDICIARISATION DE LA VIE PUBLIQUE

Dans les démocraties contemporaines, une véritable *culture des droits de l'homme* s'est développée et elle confère à la justice un rôle beaucoup plus important à l'heure actuelle. En ce sens plaident certaines idées pertinentes de la communication présentée par M^{me} Marta Cartabia, Vice-Présidente de la Cour constitutionnelle d'Italie, lors du séminaire sur « L'autorité du pouvoir judiciaire » organisé à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire 2018 au siège de la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg (CEDH) : « La plupart des nouveaux problèmes de la vie sociale sont formulés en termes de droits individuels : une série de nouveaux droits proviennent du droit à la vie privée, du droit à l'autodétermination et du droit à la non-discrimination (...). Tandis que les organismes politiques peuvent être paralysés par les divisions et l'absence de consensus (...), les tribunaux sont tenus de statuer, même dans les situations les plus délicates. Ces affaires poussent le pouvoir judiciaire au premier plan du débat public et le maintient sous le feu des projecteurs »¹.

Tout cela se produit à un moment où la Cour de Strasbourg a attiré l'attention sur la séparation des pouvoirs et l'indépendance de la justice. La CEDH a également jugé que « la notion de séparation des pouvoirs entre l'exécutif et le judiciaire était de plus en plus importante dans la jurisprudence de la Cour »².

En France, Henri Leclerc, président honoraire de la Ligue des droits de l'homme, nous dit que depuis plus de deux siècles, la justice s'efforce de trouver sa place dans l'équilibre des forces. Les personnes au pouvoir manifestent généralement peu de respect pour un juge, en invoquant de manière récurrente le danger de créer une « République des juges » qui remplacerait la démocratie représentative³.

Ici peuvent être insérées les appréciations du bien connu philosophe de la politique, Pierre Manent, quant il se réfère à l'émancipation du droit : « Les droits sont des attributs de tout être humain (...), ils sont déclarés et garantis par des juges de plus en plus indépendants de l'ordre politique ou comme ils devraient l'être »⁴.

Pierre Rosanvallon, professeur au Collège de France, dans son dernier livre⁵, fait référence à un nouvel aspect des démocraties de notre époque, qui a généré un déplacement du débat public au pénal, une *judiciarisation de la vie publique*⁶.

1 M. Cartabia, *Separarea puterilor și independența judecătorească: provocări actuale*, dans *Pro Lege*, n° 1/2018, p. 386.

2 Voir *Stafford contre le Royaume-Uni*, *Ov. Predescu*, *Drepturile omului și ordinea mondială*, dans *Dreptul* n° 8/2016.

3 H. Leclerc, *La justice et le pouvoir*, dans « Le monde qui vient. Entre périls et promesses. 2000-2015: un État des droits », ouvrage dirigé et coordonné par G. Aschieri, J.-P. Dubois, E. Tartakowsky, P. Tartakowsky, Ligue des Droits de l'Homme, Éditions La Découverte, Paris, 2016, p. 115, 117-119.

4 P. Manent, *Cum de putem trăi împreună*, Ed. Humanitas, București, 2017, p. 333.

5 P. Rosanvallon, *Contrademocrația. Politica în epoca neîncrederii*, Ed. Nemira, București, 2010, p. 241.

6 *Ov. Predescu*, *Montesquieu și penalizarea vieții publice*, dans *Legal Point* n° 2/2016.

En Roumanie, les études spécialisées nous montrent que la confiance des citoyens dans le système judiciaire est plus grande que celle dans les autres pouvoirs. La perception est qu’il n’y a pas de projets publics de substance, et les candidats aux élections sont nommés en l’absence de critères de compétence et d’intégrité. Tout cela explique le désir du citoyen ordinaire, d’apprendre qui est responsable (pénal, en premier lieu) du manque de leadership dans la gestion correcte de l’argent public. En conséquence, ces derniers temps, la Direction nationale de lutte contre la corruption (DNA) a enquêté et poursuivi en justice un grand nombre de personnalités publiques de haut rang qui ont été condamnées définitivement pour corruption. Cela provoque, pour le moment, un choc au niveau de l’équilibre entre les trois pouvoirs de l’État, le pouvoir judiciaire semblant, déterminer l’agenda public. L’équilibre généré par les rapports constitutionnels entre les pouvoirs publics connaît « des implications réciproques d’un pouvoir dans la sphère de compétence des autres, donc des implications qui signifient équilibre par collaboration et contrôle »⁷. Ainsi, l’attention du public se concentre sur le renforcement du rôle du juge et de la force de la loi dans notre jeune démocratie.

Analysant le problème de la consolidation de la confiance dans le système judiciaire roumain, dans les études de spécialité⁸ il a été remarqué que, par la modification de la Constitution en 2003, « la séparation des pouvoirs a été incorporée expressément dans le texte de l’article 1 (4) : la séparation et l’équilibre des pouvoirs sont principes fondamentaux de l’organisation de l’État, “dans une démocratie constitutionnelle”. » Les développements les plus importants de la séparation des pouvoirs ont été fournis par la Cour constitutionnelle (CCR)⁹. La Cour a souligné « l’importance, pour le bon fonctionnement de l’État de droit, de la coopération entre les pouvoirs qui devrait être exercée dans l’esprit des règles de la loyauté constitutionnelle, le comportement loyal étant une garantie du principe de la séparation et de l’équilibre des pouvoirs¹⁰. »

La réforme judiciaire de 2004 a contribué à augmenter la confiance, elle était perçue comme un éloignement du Conseil supérieur de la magistrature (CSM) de toute influence politique. À cet égard, la CEDH a révélé à plusieurs reprises le rôle particulier du système judiciaire dans la société, qui, en tant que garant de la justice, valeur fondamentale de l’État de droit, doit jouir de la confiance du public pour accomplir ses tâches¹¹.

La création et la réforme du CSM ont influencé les valeurs de la performance judiciaire : efficacité, accès, efficience, compétence, équité etc. L’Institut national de la magistrature assure la sélection et la formation des jeunes juges et des procureurs, une haute qualité des sujets enseignés et le respect des droits fondamentaux.

La DNA est considérée comme le principal vecteur d’assainissement de la société corrompue, en particulier après des tentatives répétées de modifier la législation et de réduire le niveau des politiques de lutte contre la corruption¹².

Parmi les facteurs clés qui ont influencé la confiance du public dans le système judiciaire, on peut citer : l’indépendance et l’impartialité des juges, la durée des procédures, l’application des décisions judiciaires¹³ et les pressions politiques exercées par les médias. Ainsi, une campagne dans les médias a été lancée, suivie d’actions législatives visant à ajuster l’euro-modèle judiciaire

roumain, avec la motivation que « l’indépendance absolue du pouvoir judiciaire par rapport au reste de l’architecture étatique roumaine, y compris vis-à-vis des citoyens – qu’elle est appelée à servir – pose des questions sérieuses et contribue à la fragmentation toujours plus accentuée de la cohésion sociale en Roumanie »¹⁴.

Malgré les graves préoccupations exprimées par le CSM, les associations de magistrats et la Commission européenne, dans les lois adoptées ont été pourtant conservées les nouvelles dispositions concernant le durcissement de la responsabilité matérielle, la création d’un service spécialisé d’enquête des magistrats, la nomination de magistrats de haut niveau etc., qui menacent l’indépendance judiciaire, l’efficacité de la lutte contre la corruption.

Les analyses spécialisées ont mis en évidence le risque que telles menaces pourraient transformer le système judiciaire roumain d’un modèle recommandé initialement pour échanges de bonnes pratiques, dans un expériment européen, en fin de compte possiblement raté dans la pratique, incapable d’imposer la primauté du droit. Au contraire, s’il est soutenu et résiste, il renforcera sa position de gardien de l’indépendance de la justice, y compris dans la lutte contre la corruption¹⁵.

Dans son rapport du 13 novembre 2018 sur le mécanisme MCV, la Commission européenne (CE) a recommandé à la Roumanie, entre autres, de suspendre immédiatement l’application des lois sur la justice et des ordonnances d’urgence ultérieures. Comme la Cour constitutionnelle l’a également déclaré, le dialogue entre les pouvoirs et le principe de coopération loyale pourraient constituer la solution optimale pour une application harmonieuse du principe de la séparation et de l’équilibre des pouvoirs de l’État¹⁶.

La judiciarisation de la vie publique ne devrait pas être réduite à « la simple question de la « concurrence » institutionnelle entre magistrats et représentants de l’exercice du pouvoir »¹⁷. Au contraire, elle doit être analysée surtout du point de vue de l’acte de justice fondé sur l’indépendance et l’impartialité du magistrat¹⁸.

Selon la loi n° 303/2004, sur le statut des juges et des procureurs, en Roumanie les juges sont indépendants, ils ne sont soumis qu’à la loi et doivent être impartiaux. Il est impératif que l’impartialité des juges soit absolue, car la confiance du public et le respect du système judiciaire sont la garantie de son efficacité¹⁹.

Il appartient à l’État, et tout particulièrement aux pouvoirs exécutif et législatif, d’adopter *les stratégies les plus appropriées pour renforcer leur confiance et responsabilité, dans le but d’augmenter et de protéger l’autorité judiciaire*. Parmi les moyens de déjudiciarisation de la société figure la réglementation des *méthodes alternatives de résolution des litiges* (ADR : « Alternative Dispute Resolution »).

Du point de vue de la contribution du pouvoir législatif au renforcement du pouvoir judiciaire, nous remarquons la manière dont le système de common law est structuré : les tribunaux deviennent des co-législateurs en tant que source formale du droit que joue la jurisprudence.

7 I. Muraru, E.S. Tănăsescu, op. cit., p. 16-17.

8 Bianca Selejan-Guțan, *România: riscurile unui «model european perfect» al Consiliului Judiciar*, Vol. 19 German Law Journal No. 7 (2018) <https://www.germanlawjournal.com/> (current issue devoted to judicial self-governance).

9 CCR, Arrêt n° 63/2017.

10 CCR, Arrêt n° 972/2017.

11 CEDO, *Baka c. Hongrie* [GC], n° 20261/12, § 164, 23 juin 2016.

12 Bianca Selejan-Guțan, op. cit.

13 La CEDH a retenu que les déficiences dans l’exécution des jugements peuvent saper l’autorité judiciaire et, implicitement, la confiance du public dans le système judiciaire. Ainsi, dans la cause *Broniowski c. Pologne* [GC], n° 31443/96, § 176, CEDH 2004-V, la Cour a constaté une violation de l’article 1 du protocole n° 1 et a déclaré qu’« un comportement des agences de l’État qui implique une tentative délibérée d’empêcher la mise en œuvre d’un jugement définitif et exécutoire et qui, en outre, est toléré sinon approuvé tacitement par l’exécutif et la branche législative de l’État ne peut pas être expliqué dans les termes d’un intérêt public légitime ou des intérêts de l’ensemble de la communauté. Au contraire, il est susceptible de porter atteinte à la crédibilité et à l’autorité du pouvoir judiciaire et de compromettre son efficacité, facteurs d’importance majeure du point de vue des principes fondamentaux qui sont à la base de la Convention. »

14 Bogdan Dima, Elena Simina Tănăsescu, *Reforma constituțională: analiză și proiecții* (2012), p. 142.

15 Bianca Selejan-Guțan, op. cit.

16 CCR, Arrêt n° 972/2012. Par exemple, le 27 novembre 2017, la Cour constitutionnelle de Roumanie a organisé un séminaire sur le thème « Dialogue des juges de la Cour constitutionnelle », un débat ouvert à développer une collaboration loyale entre les institutions partenaires et la défense des valeurs fondamentales de l’état de droit.

17 P. Rosanvallon, op. cit., p. 243.

18 *Ibidem*.

19 Sur l’indépendance et de l’impartialité des juges, ainsi que sur les références faites dans le texte sur la doctrine et la jurisprudence de la CEDH qui vise à ce sujet, voir en détail, M. Udriou, O. Predescu, *Protecția europeană a drepturilor omului și procesul penal român*, Editura C.H. Beck, București, 2008, p. 572-593.

D’ailleurs, il est facile de voir l’effet inverse. Ainsi, la doctrine de « *stare decisis* » et, dans sa version consolidée, de « *super stare decisis* »²⁰, empêche le pouvoir législatif d’émettre des actes normatifs contraires aux questions réglées par voie de jurisprudence et consacrés par leur long usage (*longa, diuturna, inveterata*).

En conclusion, la stratégie de renforcement de la confiance se construit par l’acquisition et le renforcement de la « légitimité fonctionnelle » du pouvoir judiciaire grâce à des services judiciaires de haute qualité. Les modalités de l’évaluation de cet objectif concernent la formation des magistrats, procès équitables dans des délais raisonnables, l’application effective du droit européen, les conseils judiciaires au service de la société, la qualité et l’application effective des décisions judiciaires, technologie de l’information, spécialisation et évaluation des juges, bonne collaboration avec les procureurs et les avocats. De cette manière, le pouvoir judiciaire conservera la légitimité et le respect de ses citoyens grâce à l’efficacité et à la qualité de leur travail, à la capacité d’être responsable de ses choix devant la société et les autres pouvoirs en conditions de résilience aux pressions²¹. La réglementation et la mise en œuvre de méthodes alternatives de solution des litiges sont des moyens de déjudiciariser et dégrever les tribunaux d’un grand nombre de dossiers.

Je vais conclure par l’appel que M. Antonio Tajani, Président du Parlement européen, a adressé aux Roumains. Lorsqu’il était à Bucarest il n’y a pas longtemps, M. Tajani paraphrasa le grand philosophe Emil Cioran, en disant : Pourtant, dans un monde de changements exceptionnels, ne craignons pas « l’énormité du possible ».



Andreas Paulus¹
Juge,
Cour constitutionnelle fédérale allemande

**ARRÊTS ET OPINIONS SÉPARÉES :
COMPLÉMENTARITÉ ET TENSIONS**

I. INTRODUCTION : OPINIONS SÉPARÉES ET TRADITION JURIDIQUE

Le thème des arrêts et opinions séparées est de ceux qui me fascinent, de différentes manières, depuis le début de ma carrière juridique. C’est à la bibliothèque que j’ai étudié la première opinion dissidente jointe à un arrêt rendu par la Cour constitutionnelle fédérale allemande². Cette opinion traitait de l’exception à la séparation des pouvoirs qui avait été introduite dans l’article 10 § 2 de la Loi fondamentale allemande (Grundgesetz) et qui confiait à un organe parlementaire spécial plutôt qu’à un tribunal le contrôle juridique de la surveillance des télécommunications. L’élève que j’étais considérait l’arrêt rendu par la majorité comme une énorme violation de la séparation des pouvoirs, celle-là même dont il venait d’apprendre qu’elle était fondamentale dans une démocratie constitutionnelle et n’était pour ce motif pas susceptible de révision constitutionnelle³ :

« *Nul ne peut dire si la première étape sur la voie confortable de l’assouplissement des obligations existantes, entreprise par le biais de la révision constitutionnelle, aura des conséquences. C’est pourquoi nous sommes d’avis que la limitation prévue à l’article 79 § 3 de la Loi fondamentale ne doit pas être interprétée et appliquée de manière extensive, mais de manière stricte et inflexible. Après tout, cette disposition vise à éviter de « mettre un doigt dans l’engrenage* » »⁴.

1 Juge de la Cour constitutionnelle fédérale (Allemagne), Université de Göttingen/Allemagne. Présentation à l’occasion du séminaire annuel de la Cour européenne des droits de l’homme qui s’est tenu à Strasbourg le 25 janvier 2019. Je remercie en particulier le président Raimondi et la juge Gabriele Kucsko-Stadlmayer pour m’avoir offert la possibilité de présenter mon point de vue. Les opinions qui sont exprimées dans cette présentation n’engagent que l’auteur et ne lient en rien la Cour constitutionnelle fédérale. Le format oral a été conservé. Je remercie M^{me} Mary Gorman pour son contrôle linguistique minutieux, et M^{me} Caroline Lichuma pour son aide concernant les notes de bas de page

2 BVerfGE 30, 1 (33), opinion dissidente Geller, v. Schlabrendorff, Rupp. La CEDH a toutefois approuvé la pratique allemande : *Klass et autres c. Allemagne*, 6 septembre 1978, §§ 50 et suiv., série A n° 28, *Big Brother Watch et autres c. Royaume-Uni*, n°s 58170/13 et 2 autres, § 320, 13 septembre 2018, et les références qui y sont citées ainsi que le débat (l’autorisation judiciaire de la surveillance n’est « ni nécessaire ni suffisante pour assurer le respect de l’article 8 de la Convention »).

3 BVerfGE 30, 1, 33 (43, 46), opinion dissidente : « Die Gewährung eines individuellen Rechtsschutzes ist im System der Gewaltenteilung eine Funktion der Rechtsprechung, da sie dem Schutz gegen Eingriffe der beiden anderen Gewalten dient. Die Rechtsschutzorgane gehören daher in den Funktionsbereich der Rechtsprechung. ... Es ist ein Widerspruch in sich selbst, wenn man zum Schutz der Verfassung unveräußerliche Grundsätze der Verfassung preisgibt » (« Dans le système de la séparation des pouvoirs, il appartient au pouvoir judiciaire d’offrir une protection juridique individuelle car celle-ci sert de protection contre les ingérences des deux autres pouvoirs. Les organes de protection juridique appartiennent pour cette raison à la fonction judiciaire. (...) C’est une contradiction en soi que de renoncer aux principes inaliénables de la Constitution au nom de la protection de la Constitution » ; traduction de l’auteur en anglais).

4 « Ob der mit der Verfassungsänderung vollzogene erste Schritt auf dem bequemen Weg der Lockerung der bestehenden Bindungen nicht Folgen nach sich zieht, vermag niemand vorauszusehen. Deshalb sind wir der Auffassung, daß die Sperrvorschrift des Art. 79 Abs. 3 GG – zwar nicht extensiv, aber – streng und unnachgiebig ausgelegt und angewandt werden sollte. Sie ist nicht zuletzt dazu bestimmt, schon den Anfängen zu wehren. »

20 William M. Landes et Richard A. Posner, *Private Alternatives to the Judicial Process*, The Journal of Legal Studies Vol. 8, No. 2, (Mars 1979), The University of Chicago Press, pp. 235-284.

21 Voir en détail l’Avis n° 18 (2015) du Conseil consultatif de juges européens (CCJE) – La position du pouvoir judiciaire ...

« Ne pas mettre un doigt dans l’engrenage ! » Tel est le cri de guerre qu’on entend souvent dans les opinions dissidentes, en particulier lorsqu’elles expriment un désaccord profond, comme celle dont il est ici question⁵.

Je l’avoue, j’aime toujours lire des opinions dissidentes. La plupart d’entre elles sont argumentées de manière claire, elles sont cohérentes dans leur raisonnement et impitoyables envers ce qu’elles perçoivent comme des erreurs dans les conclusions de la majorité. Elles ne cherchent pas à dégager un consensus mais à expliquer pourquoi le compromis est impossible. Des phrases telles que celle de mon ancienne collègue Gertrude Lübke-Wolff – « Il faut refuser d’être envoyé dans le désert pour y faire de longues marches qui ne mèneront à aucune source »⁶, ou celle de Lord Hoffmann – « la véritable menace pour la vie de la nation (...) réside non dans le terrorisme, mais dans ce type de législation »⁷ – résonnent encore à nos oreilles. Dans ma pratique de juge constitutionnel, je n’ai toutefois utilisé cet instrument que rarement, je n’ai pas écrit chaque fois que j’étais en désaccord avec la majorité. Certains de mes collègues n’ont encore jamais écrit d’opinion dissidente, ni même ne se sont ralliés à celle d’un collègue.

Dans la tradition anglo-saxonne, la personne du juge est bien plus importante et, par le passé, la plupart des décisions étaient attribuées aux juges individuellement⁸. Aujourd’hui, toutefois, l’opinion majoritaire est prononcée par un juge déterminé. Dans un tel contexte, les opinions dissidentes découlent beaucoup plus naturellement de la discussion entre les juges quant à l’opinion majoritaire. Certaines juridictions internationales, comme la Cour européenne des droits de l’homme⁹ ou la Cour internationale de justice¹⁰, autorisent les opinions séparées et dissidentes alors que d’autres, comme la Cour de justice de l’Union européenne, s’y opposent¹¹. Pour ces dernières, l’unité du résultat doit l’emporter sur la transparence du raisonnement de la cour¹².

II. LES FONCTIONS DES OPINIONS SÉPARÉES ET DISSIDENTES

Tout comme le rôle des opinions séparées varie d’un régime juridique à l’autre, la pratique les concernant est loin d’être uniforme¹³. Des réponses différentes ont été apportées à la question de savoir s’il convenait de les autoriser. En Allemagne, elles ont été introduites dès 1971, mais seulement devant la Cour constitutionnelle fédérale, au terme d’un débat polémique qui a opposé universitaires et juges sceptiques. En France, à la fin des années 1990, le maintien de l’interdiction des opinions dissidentes s’est fondé sur la crainte d’une atteinte à l’autorité des tribunaux – pour reprendre les termes du doyen Vedel, une « justice spectacle »¹⁴ – et en particulier au secret du délibéré¹⁵. À la Cour de justice de l’Union européenne, les opinions séparées sont considérées comme une menace pour

l’application unitaire du droit et pour l’autorité de la Cour, alors que devant les cours des droits de l’homme et les organes conventionnels, elles sont autorisées au moins dans les décisions au fond, comme c’est le cas dans la pratique de la Cour européenne des droits de l’homme¹⁶.

Les partisans des opinions séparées et dissidentes peuvent invoquer plusieurs arguments en leur faveur. Tout d’abord, elles conduisent à une plus grande transparence des délibérés des juridictions dans une société démocratique. Elles aident à comprendre les enjeux constitutionnels et le raisonnement suivi. Les opinions séparées incitent la majorité à apporter la meilleure motivation possible à l’appui de ses conclusions. La partie perdante peut voir que ses arguments ont été dûment pris en considération, même s’ils ne l’ont pas emporté. N’étant pas le fruit d’un compromis, les opinions séparées peuvent être motivées de manière plus exhaustive. Elles permettent aussi au juge *ad hoc* ou au juge national de jouer un rôle particulier d’explication de la position nationale. La menace d’une opinion dissidente peut également aider à forger un compromis au sein de la cour, en empêchant la majorité d’imposer simplement sa volonté à la minorité. En d’autres termes, les opinions dissidentes peuvent avoir un effet avant même d’être émises.

Parfois, les opinions dissidentes peuvent critiquer la timidité des juges et demander une application plus énergique de la jurisprudence existante. Mais elles peuvent aussi critiquer des décisions qui outrepassent des limites juridictionnelles, voire matérielles. Elles peuvent remettre en question le bien-fondé d’une jurisprudence établie et être le point de départ d’une nouvelle jurisprudence, même si cela ne se produit parfois que plus tard. On peut penser au juge Harlan de la Cour suprême américaine et à ses « grandes opinions dissidentes » jointes aux tristement célèbres *Civil Rights Cases* de 1883, retirant aux Afro-Américains les droits découlant de la Reconstruction¹⁷, et à l’arrêt rendu en 1896 dans l’affaire *Plessy v. Ferguson*¹⁸. Les mots puissants d’Harlan ont peut-être perdu devant la cour, mais ils ont gagné dans l’histoire¹⁹. Ainsi, le destinataire des opinions séparées n’est pas seulement la juridiction à laquelle appartient leur auteur. Les dissidents peuvent également convaincre l’opinion publique que la loi doit être modifiée, renvoyant ainsi la balle au pouvoir législatif²⁰. Ceux d’entre vous qui ont vu le documentaire de 2018 « RBG », qui retrace la carrière de la juge Ruth Bader Ginsburg²¹, se souviennent sans doute de la loi *Ledbetter*²² qui doit son nom à l’énergique opinion dissidente de RBG jointe à l’arrêt rendu dans l’affaire qui porte le même nom²³.

5 Voir la distinction dans la pratique américaine entre un « désaccord respectueux » et un désaccord profond.

6 BVerfG, décision de la deuxième chambre du 14 janvier 2014 – 2 BvR 2728/13 – § 23 http://www.bverfg.de/e/rs20140114_2bvr272813en.html (opinion dissidente de Lübke-Wolff; traduction officielle en anglais), BVerfGE 134, 366 (419 § 127) (2014) : « Nur sollte man sich auf große Wüstenwanderungen, die zu keiner Quelle führen, gar nicht erst schicken lassen. »

7 *A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, [2004] UKHL 56, §§ 96-97 (opinion en partie dissidente de Lord Hoffmann) ; *A. et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 3455/05, §§ 179 et suiv., CEDH 2009 (qui accorde aux gouvernements nationaux une large marge d’appréciation concernant les dérogations fondées sur l’article 15 de la Convention).

8 Il était parfois difficile d’identifier le dénominateur commun de la *ratio decidendi* et donc aussi l’effet de certaines décisions de la majorité. Pour un exemple célèbre, voir *UK House of Lords, R. v. Bow Street Stipendiary Magistrate and Others*, Ex parte Pinochet Ugarte (n° 3), 24 mars 1999, [1999] 2 WLR 827 ; 38 International Legal Materials (1999) 581.

9 Articles 45 § 2 et 49 § 2 de la Convention européenne des droits de l’homme et articles 74 § 2 et 88 § 2 du règlement de la Cour.

10 Statut de la Cour internationale de justice, article 57 ; règlement de la Cour, article 95 § 2. Voir aussi Mistry, « The different sets of ideas at the back of our head: Dissent and Authority at the International Court of Justice », 32 Leiden JIL (2019) 293.

11 Article 36 du Protocole sur le statut de la Cour de justice de l’Union européenne, JO C 202 du 7 juin 2016, p. 218 (qui ne mentionne pas les opinions séparées). Voir aussi Höreth, « Richter contra Richter: Sondervoten beim EuGH als Alternative zum ‘Court Curbing’ » 50 Der Staat (2011) 191.

12 Cet effet peut toutefois être contrebalancé par les larges conclusions de l’avocat général ; Höreth, op. cit.

13 Pour une liste des pratiques dans différents pays, voir le rapport établi par la Division de la Recherche de la CEDH et la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), avis n° 932/1018, 17 décembre 2018, CDL-AD(2018)030rev., pp. 18 et suiv.

14 Rivière, *Les opinions séparées des Juges à la Cour européenne des droits de l’homme* (2004), p. 20 n° 95.

15 *Ibidem*, pp. 1, 18 et suiv.

16 Voir aussi la pratique de la Cour interaméricaine des droits de l’homme, Organisation des États Américains (OEA), Convention américaine relative aux droits de l’homme, « Pacte de San José », Costa Rica, 22 novembre 1969, entrée en vigueur le 18 juillet 1978, 1144 UNTS 123, consultable sur <https://www.cidh.oas.org/Basicos/French/c.convention.htm>, article 66 § 2 (« Si l’arrêt n’exprime pas en tout ou en partie l’opinion unanime des juges, chacun de ceux-ci aura le droit d’y joindre son opinion dissidente ou son opinion individuelle »), et la pratique de la Cour africaine des droits de l’homme et des peuples, article 28 § 7 du Protocole portant création d’une Cour africaine des droits de l’homme et des peuples, 10 juin 1998, consultable sur <https://www.refworld.org/pdfid/493fd412.pdf> (accès 28 janvier 2019). Voir cependant aussi l’article 55 § 2 in fine du règlement de 2000 de la Cour interaméricaine des droits de l’homme, consultable sur : https://www.oas.org/xxivga/french/reference_docs/Reglamento_CorteIDH.pdf : « Ces votes ne peuvent porter que sur les éléments traités dans les arrêts. »

17 *The Civil Rights Cases* 109 U.S. 3 (1883) (réunissant : *U.S. v Stanley*, *U.S. v Ryan*, *U.S. v Nichols*, *U.S. v Singleton*, *Robinson and wife v Memphis & Charleston Railroad Company*).

18 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), § 39 (opinion dissidente d’Harlan).

19 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

20 BVerfGE 146, 1 (150, 159 § 17) (opinion dissidente de Paulus et Baer) – *Tarifeinheit* (uniformité des accords salariaux).

21 RBG (film), Wikipedia, fr.wikipedia.org (accès 24 avril 2019).

22 Lilly Ledbetter Fair Pay Act de 2009, Pub. L. n° 111-2.

23 *Ledbetter v. Goodyear Tire & Rubber Co.*, 550 U.S. 618 (2007), consultable sur <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/550/618> (accès 4 mai 2019).

Permettez-moi d’y ajouter quelques autres fonctions, sans toutefois prétendre à l’exhaustivité. Dans les systèmes judiciaires composés de plusieurs instances ou les tribunaux composés de plusieurs organes judiciaires, les opinions dissidentes peuvent aider à élucider les différences entre la jurisprudence établie et une nouvelle décision, empêchant ainsi des précédents potentiels de gagner du terrain²⁴. Elles peuvent faire état de différences alléguées entre les décisions d’organes de même rang, comme cela a récemment été le cas dans l’affaire *Big Brother Watch* devant la CEDH²⁵. Elles peuvent également aider l’instance supérieure à décider s’il y a lieu d’accepter le réexamen de décisions de rang inférieur, comme l’opinion dissidente des juges Keller et Serghides dans l’affaire *Mutu et Pechstein c. Suisse*, qui était explicitement adressée à la Grande Chambre mais n’a pas atteint son objectif²⁶. Certains considèrent même les opinions séparées comme une sorte de commentaire de la Convention²⁷.

III. LES OPINIONS SÉPARÉES ET L’AUTORITÉ DES JURIDICTIONS INTERNATIONALES

Malgré leurs nombreux avantages, notamment en termes de transparence et de promotion du dialogue judiciaire – avec les autres juges, avec les autres organes de l’État, avec la société et même avec la postérité – les opinions séparées présentent également des inconvénients importants, en particulier quant au thème du séminaire d’aujourd’hui, à savoir l’autorité des juridictions et de leurs décisions, tant au niveau national qu’international.

Comme nous l’avons vu, les opinions séparées n’étant pas le fruit d’un compromis, elles peuvent être plus convaincantes que les opinions de la majorité. Leur rhétorique est souvent plus énergique que le ton serein des décisions auxquelles elles sont jointes. Mais elles courent parfois le risque de n’exprimer que vanité et offense personnelle, plutôt que des arguments sobres et rationnels. Elles peuvent faire naître des espoirs de changement et empêcher ainsi une mise en œuvre efficace. Parfois, la possibilité d’une opinion dissidente pourra entraver la tâche ardue de forger un consensus au sein de la cour.

Dans les systèmes où les juges peuvent être réélus, la possibilité de rédiger une opinion dissidente peut aussi inciter à des déclarations politiques et créer ainsi un risque de politisation de la cour. Dans un climat politique empoisonné, où règne la controverse entre interprétation originale et Constitution vivante, les opinions dissidentes peuvent affaiblir l’autorité de la cour en tant qu’organe appliquant la loi mais ne la faisant pas – une distinction qui est aussi problématique en théorie qu’elle est nécessaire pour maintenir la séparation des pouvoirs et l’autorité des tribunaux dans la pratique. Les opinions dissidentes peuvent également semer la confusion dans le message juridique de la cour. Si le droit est considéré comme pouvant se résumer à la simple distinction « d’une part... d’autre part », dans laquelle chaque argument est aussi bon que son contraire, l’autorité de la loi et des tribunaux comme celle de ses interprètes peut être affectée.

IV. QUELQUES MODESTES PROPOSITIONS POUR L’UTILISATION DES OPINIONS SÉPARÉES

Les opinions dissidentes révèlent ainsi, pour le meilleur et pour le pire, la relativité de l’entreprise judiciaire. Si le pouvoir législatif avait déjà résolu le cas d’espèce, l’intervention du tribunal serait sans objet. D’un autre côté, si une juridiction crée de nouvelles règles au lieu d’appliquer celles qui existent, elle peut être accusée d’activisme politique. La mise en œuvre du droit pourrait en souffrir.

Lorsqu’on y recourt à bon escient, les opinions dissidentes occasionnelles sont toutefois utiles, et non pas préjudiciables à l’autorité des tribunaux dans une société démocratique. Une telle société n’acceptera pas de simples revendications d’autorité, mais s’attend à ce que les décisions qui restreignent la législation démocratique soient au moins fondées sur un raisonnement plausible découlant d’un principe ou d’une règle de base dont la société a démocratiquement accepté le caractère contraignant. Une telle société doit garder l’esprit ouvert et devrait être prête à changer d’opinion parfois. La minorité d’aujourd’hui pourrait bien devenir la majorité de demain. Des opinions séparées peuvent ainsi contribuer à la responsabilisation des juridictions, mais aussi au dialogue avec d’autres juridictions et avec la société dans son ensemble.

Pour qu’elles puissent accomplir cette tâche tout en évitant des conséquences négatives pour l’autorité de la juridiction et du système judiciaire en question, les opinions séparées devraient, au vu de leurs inconvénients, susciter une certaine modestie. À mon avis, elles devraient être claires et concises, mais pas offensantes, et ne devraient être fondées que sur des arguments juridiques, pas sur des hyperboles. C’est préférable pour l’autorité de la cour, mais aussi pour les futures relations de travail entre collègues. En conséquence, les opinions séparées devraient être aussi brèves et succinctes que possible et porter uniquement sur le droit. Elles supposent un public qui accepte que le déterminisme juridique est dans de nombreux cas une illusion et que tout argument juridique est ouvert à la discussion et peut être renversé. À mon avis, il n’est pas nécessaire de rédiger une opinion dissidente chaque fois que l’on est en désaccord avec l’issue de la procédure, et encore moins avec l’un ou l’autre des aspects du raisonnement de la majorité²⁸. Les opinions dissidentes et séparées occasionnelles devraient toujours avoir une fonction autre que la simple expression d’un désaccord. En général, une opinion dissidente qui reproche à la cour de ne pas aller assez loin est plus défendable qu’une opinion dissidente qui souligne que ladite cour a outrepassé ses pouvoirs, parce que la première indique un possible changement à l’avenir et ne remet pas en cause, de manière générale, l’autorité de la cour comme le fait la seconde.

24 BVerfGE 138, 261, 289 (294 § 14) – horaires d’ouverture des magasins en Thuringe (opinion dissidente de Paulus).

25 *Big Brother Watch et autres* (première section), précité, opinion en partie concordante et en partie dissidente de la juge Koskelo, § 4, et opinion en partie dissidente et en partie concordante commune aux juges Pardalos et Eicke, § 2, qui renvoient toutes deux à l’arrêt rendu par la troisième section dans l’affaire *Centrum för rättvisa c. Suède* (n° 35252/08, 19 juin 2018) ; voir aussi *S., V. et A. c. Danemark* [GC], n°s 35553/12 et 2 autres, 22 octobre 2018, opinion en partie dissidente commune aux juges De Gaetano et Wojtyczek, p. 59. La majorité a toutefois explicitement tenté de résoudre certaines contradictions de sa jurisprudence antérieure (ibidem, pp. 39 suiv., § 108). Ces deux affaires sont pendantes devant la Grande Chambre – voir communiqué de presse CEDH 053 (2019) du 5 février 2019, <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press> (accès 5 avril 2019).

26 *Mutu et Pechstein c. Suisse*, n°s 40575/10 et 67474/10, 2 octobre 2018. La demande de renvoi devant la Grande Chambre formulée par M^{me} Pechstein a toutefois été rejetée. Voir communiqué de presse CEDH 053 (2019), note de bas de page 25 ci-dessus.

27 Voir Rivière (note de bas de page 14), p. 320 et *passim*.

28 Ce point de vue est conforme aux recommandations de la Commission de Venise (note de bas de page 13 ci dessus), avis n° 932/1018, p. 13, § 42 : « La loi devrait traiter les opinions séparées comme un droit, c’est à dire ne pas imposer aux juges l’obligation de divulguer leur opinion chaque fois qu’ils ne se sont pas joints à la majorité. »

Il faut penser aux conséquences : les opinions dissidentes ne devraient pas viser l'impossible mais démontrer en quoi, selon le dissident, la majorité n'a pas fidèlement interprété et appliqué la loi en question, bien évidemment sans faire de procès d'intention. En particulier, l'opinion dissidente ne devrait pas être utilisée pour démontrer qui est le meilleur juge, mais plutôt quel aurait été le meilleur jugement. Les opinions séparées peuvent être utiles pour expliquer l'opinion de la majorité, mais elles peuvent également révéler de l'arrogance et de la présomption. Elles devraient ainsi favoriser le dialogue entre la majorité et les dissidents²⁹, et non pas élargir le fossé entre vainqueurs et vaincus des délibérés. Lorsque ce dialogue a pris place et que la majorité a eu la possibilité de confronter ses propres opinions à celles de la minorité, les opinions séparées et dissidentes peuvent constituer des outils importants pour une plus grande transparence du processus de raisonnement judiciaire dans une société démocratique.



**Síofra O'Leary
et Tim Eicke¹**

**Juges,
Cour européenne des droits de l'homme**

RÉFLEXIONS SUR LE PROTOCOLE N° 16

I. INTRODUCTION

Le 12 avril 2018, la France est devenue la dixième Haute Partie contractante à la Convention européenne des droits de l'homme à avoir déposé son instrument de ratification du Protocole n° 16 à la Convention (« le Protocole »), par l'effet de quoi celui-ci est entré en vigueur le 1^{er} août 2018². Depuis lors, Andorre, la Grèce et les Pays-Bas ont eux aussi ratifiés le nouveau Protocole. Ce dernier étend la compétence consultative de la Cour en lui permettant de rendre des avis consultatifs à la demande de juridictions désignées des États parties au Protocole sur des « questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles »³. Avant l'entrée en vigueur du Protocole n° 16, la Cour plénière avait adopté tant les modifications nécessaires au règlement de la Cour que des lignes directrices non contraignantes sur la mise en œuvre de cette nouvelle procédure. Ces lignes directrices visent à offrir une assistance pour l'introduction et la poursuite des procédures. À la date du séminaire organisé à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire, la première demande d'avis consultatif, formulée par la Cour de cassation française le 16 octobre 2018, avait été acceptée et était pendante devant la Grande Chambre. À la date de la rédaction de la présente note, la Cour avait rendu son premier avis consultatif dans cette affaire et avait été saisie d'une seconde demande d'avis par la Cour constitutionnelle arménienne⁴.

1 Síofra O'Leary et Tim Eicke, juges élus au titre de l'Irlande et du Royaume-Uni, respectivement. Il s'agit d'une version plus longue de leur exposé livré à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire le (...) janvier 2019, publié in (2018) EHRLR 220-237.

2 Article 8 § 1 du Protocole n° 16. Les neuf autres États qui, jusqu'à présent, ont ratifié le Protocole sont l'Albanie, l'Arménie, l'Estonie, la Finlande, la Géorgie, la Lituanie, Saint-Marin, la Slovaquie et l'Ukraine. L'article 6 précise que l'acceptation du Protocole n° 16 est facultative (voir ci-dessous) et que celui-ci n'a pas pour effet d'insérer de nouvelles dispositions dans la Convention pour les Hautes Parties contractantes qui ne l'ont pas accepté.

3 Voir ci-dessous pour d'autres développements consacrés à ce critère. Bien sûr, les articles 47 à 49 de la Convention prévoyaient déjà les avis consultatifs mais ceux-ci étaient restreints en ce qui concerne tant les entités demanderes (le Comité des Ministres) que leur champ d'application. Jusqu'en 2008, deux demandes de ce type avaient été formulées et seule l'une d'elles avait été acceptée par la Cour.

4 Voir le bref addendum ci-dessous pour plus de détails.

29 Voir les critiques exprimées par Luzius Wildhaber, « Opinions dissidentes et concordantes de juges individuels à la Cour européenne des droits de l'homme », Mélanges Valticos (Paris 1999) 529 (530).

La présente note abordera des questions essentielles se rapportant à l’entrée en vigueur du Protocole, des questions relatives à la nature et aux effets des futurs avis consultatifs, ainsi que des questions procédurales qui pourront en naître. Nous examinerons tout d’abord, brièvement, la genèse et les origines du Protocole n° 16 (II) et les objectifs censés être poursuivis par cette nouvelle procédure consultative (III), avant de faire une analyse comparative des caractéristiques de la nouvelle procédure (ce que le rapport explicatif appelle les « paramètres clés ») (IV) et de questions procédurales ayant trait au futur traitement des avis au sein de la Cour (V)⁵.

En notre qualité de juges en exercice, nous ne considérons en aucun cas que notre rôle soit de louer ou, au contraire, de critiquer le Protocole. À l’évidence, c’est aux Hautes Parties contractantes qu’il revient de décider s’il faut le signer et le ratifier, et à quel moment. Le Protocole étant désormais en vigueur, il revient à la Cour de l’appliquer. La présente note vise simplement à envisager et discuter les conséquences pratiques du Protocole, de signaler aux lecteurs les questions et les éventuels problèmes avant leur apparition et, bien sûr, dans le cadre d’un séminaire annuel consacré au dialogue judiciaire, d’écouter les remarques des juges invités.

Précisons enfin, à titre liminaire, que nous sommes conscients qu’il peut être tentant, lorsqu’on songe aux conséquences du Protocole n° 16, de comparer celui-ci à la procédure de renvoi préjudiciel qui constitue le principal moteur judiciaire de la CJUE. Toutefois, il est important sur ce point de rappeler la conclusion du Groupe des sages dans son rapport de 2006. Travaillant sous la présidence de M. Gil Carlos Rodríguez Iglesias, ancien président de la CJUE, le rapport notait ceci :

« À cet égard, l’instauration d’un mécanisme préjudiciel selon le modèle existant au sein des Communautés européennes a été examinée. Le Groupe est cependant arrivé à la conclusion que le régime communautaire ne se prête pas à une transposition au Conseil de l’Europe. En effet, le mécanisme préjudiciel constitue un modèle alternatif à celui du contrôle judiciaire établi par la Convention, qui présuppose l’épuisement des voies de recours internes. La superposition des deux systèmes poserait des problèmes juridiques et pratiques non négligeables et aurait pour conséquence une surcharge considérable de la Cour.⁶ »

Donc si les deux procédures présentent peut-être des similarités et s’il ne fait aucun doute que les enseignements procéduraux et judiciaires à tirer de la procédure établie à Luxembourg pourront être utiles lorsqu’il faudra développer celle établie à Strasbourg, les deux ne sont en aucun cas identiques et n’ont pas vocation à l’être. Ce n’est pas parce que la procédure devant la Cour de Luxembourg est citée qu’il faut y voir des indications contraires.

II. GENÈSE

Avant d’en venir en détail aux dispositions matérielles du Protocole, il sera peut-être utile d’en rappeler brièvement les origines et d’évoquer les étapes majeures du cheminement de l’idée consistant à habiliter la Cour à rendre des avis consultatifs à la demande de juridictions nationales.

Le rapport susmentionné du Groupe des sages du Comité des Ministres suggérait tout d’abord ceci :

« (...) il serait utile d’instaurer un régime dans le cadre duquel les juridictions nationales pourraient saisir la Cour de demandes d’avis consultatif sur des questions juridiques concernant l’interprétation de la Convention et de ses protocoles. Il s’agirait d’une innovation qui favoriserait le dialogue entre les juges et qui renforcerait le rôle « constitutionnel » de la Cour »⁷.

Ce rapport de 2006 ajoutait ensuite :

⁵ Signalons que les avant-projets de modifications du règlement de la Cour avaient été communiqués aux gouvernements et aux ONG intéressées en 2015, en les invitant à présenter leurs observations au plus tard à la fin du mois de novembre 2015. Deux gouvernements et de certaines ONG, collectivement, avaient produit des observations.

⁶ Rapport du groupe des sages au Comité des Ministres, Document CM(2006)203 (https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d7893 ; dernière consultation en date le 23 septembre 2019), § 80.

⁷ *Ibidem*, § 81.

« 84. (...) renforcer l’autorité jurisprudentielle attachée à ce type d’avis consultatifs, tous les États parties à la Convention devraient avoir la possibilité de soumettre à la Cour des observations sur les questions juridiques faisant l’objet de la demande d’avis.

85. Le Groupe ne méconnaît pas les répercussions que la prolifération de demandes d’avis pourrait avoir sur la charge de travail de la Cour et sur ses ressources, étant donné qu’il faudrait assurer la traduction des demandes d’avis et des observations des États membres. En outre, rendre de tels avis ne constituerait pas la fonction juridictionnelle principale de la Cour. Par conséquent, il faudrait soumettre la nouvelle compétence consultative de la Cour à des conditions strictes.

86. À cet égard, il est proposé que :

- a) seules les juridictions de dernière instance et les juridictions constitutionnelles puissent présenter une demande d’avis ;
- b) les avis ne puissent porter que sur des questions de principe ou d’intérêt général relatives à l’interprétation de la Convention ou de ses protocoles ;
- c) la Cour puisse refuser discrétionnairement de répondre à une demande d’avis. Ainsi, par exemple, la Cour pourrait considérer qu’elle ne devrait pas répondre, compte tenu de l’état de sa jurisprudence ou bien parce que l’objet de la demande d’avis interfère avec celui d’une affaire pendante. Elle ne devrait pas avoir à motiver son refus. »

L’étape suivante apparaît être une proposition conjointe d’experts néerlandais et norvégiens, formulée en janvier 2009, tendant à étendre la compétence consultative de la Cour⁸ :

- a. Une demande d’avis consultatif pourrait être réservée aux cas révélant un éventuel problème systémique ou structurel (une proposition alternative limiterait les demandes aux affaires concernant la compatibilité du droit national avec la Convention).
- b. Une demande ne pourrait être soumise que par une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d’un recours juridictionnel de droit interne.
- c. Une demande par une Cour nationale devrait toujours être facultative.
- d. La Cour devrait bénéficier d’une liberté totale d’appréciation pour refuser de traiter une demande, sans qu’elle ait à justifier sa décision.
- e. Tout Etat partie à la Convention devrait avoir la possibilité de soumettre à la Cour des observations écrites sur les questions juridiques pertinentes.
- f. La Cour devrait accorder la priorité aux demandes d’avis consultatifs.
- g. Un avis consultatif ne devrait pas lier l’Etat partie dont la juridiction nationale en a fait la demande.
- h. Le fait que la Cour ait donné un avis consultatif sur une question ne devrait en aucun cas restreindre le droit du requérant à adresser la même question à la Cour selon l’article 34 de la Convention.
- i. L’extension de la compétence de la Cour à cet égard serait introduite dans la Convention. »

En février 2012, dans l’optique de la Conférence de Brighton programmée pour le mois d’avril de cette année-là, la Cour publia un document de réflexion sur la proposition d’étendre sa compétence consultative⁹.

La Déclaration de Brighton du 20 avril 2012 dit ceci :

⁸ Exposée dans le document CDDH(2012)R74 addendum I, annexe V (<https://rm.coe.int/090000168045fdc5> ; dernière consultation en date le 23 septembre 2019).

⁹ https://echr.coe.int/Documents/Courts_advisory_jurisdiction_FRA.pdf ; dernière consultation en date le 23 septembre 2019.

« (...) l’interaction entre la Cour et les autorités nationales pourrait être renforcée par l’introduction dans la Convention d’un pouvoir supplémentaire de la Cour, que les Etats parties pourraient accepter à titre optionnel, de rendre sur demande des avis consultatifs sur l’interprétation de la Convention dans le contexte d’une affaire particulière au niveau national, sans préjudice du caractère non contraignant de ces avis pour les autres Etats parties ; invite le Comité des Ministres à rédiger le texte d’un protocole facultatif à la Convention à cet effet d’ici fin 2013 ; et invite en outre le Comité des Ministres à décider ensuite s’il y a lieu de l’adopter »¹⁰.

Les actes de la conférence de Brighton faisaient mention de l’intervention suivante du chef de la délégation néerlandaise :

« Nous sommes particulièrement satisfaits qu’il soit fait état d’un protocole facultatif sur les avis consultatifs. Nous estimons que le dialogue entre la Cour et les ordres juridiques internes, ainsi que le principe de subsidiarité, s’en trouveront renforcés. L’instauration des avis consultatifs visera à alléger la charge de travail de la Cour sur le long terme.¹¹ »

Le 6 mai 2013, une fois la rédaction du Protocole achevée, la Cour adopta l’« Avis de la Cour sur le projet de Protocole n° 16 à la Convention élargissant la compétence de la Cour afin de lui permettre de rendre des avis consultatifs sur l’interprétation de la Convention »¹² et le Protocole n° 16 fut ouvert à la signature le 2 octobre 2013.

III. BUTS ET OBJECTIFS DE LA PROCÉDURE CONSULTATIVE

Selon le préambule du Protocole n° 16, l’extension de la compétence consultative de la Cour vise à renforcer l’interaction entre la Cour et les autorités nationales, et de consolider ainsi la mise en œuvre de la Convention, conformément au principe de subsidiarité¹³. Comme on peut le voir à la lumière de sa genèse et de son origine, la procédure consultative est censée être une autre manifestation concrète de ce principe.

La subsidiarité est bien entendu un principe à deux facettes. Le rôle consultatif de la Cour est subsidiaire car ce sont les États membres qui ont la responsabilité première de protéger les droits de l’homme dans le cadre de leur juridiction. Ainsi, les avis consultatifs sont censés leur offrir une assistance de manière à prévenir les violations futures, à faciliter la bonne interprétation de la Convention dans les ordres juridiques nationaux et, ainsi, à renforcer le dialogue entre les juges. Dans ce processus, il faut espérer que les avis consultatifs permettront de désengorger la Cour qui, malgré une remarquable réduction de son stock d’affaires au cours des récentes années grâce à la mise en place de nouvelles procédures et méthodes de travail¹⁴, est confrontée à un nombre intenable de requêtes individuelles et à une baisse de ses ressources financières aux fins de leur traitement.

La procédure a pour but non pas de transférer à la Cour des litiges nationaux, mais plutôt de donner à la juridiction demanderesse une orientation sur des questions relevant de la Convention lorsqu’elle statuera ultérieurement sur les affaires dont elle est saisie. C’est ce que traduisent les conditions procédurales examinées ci-dessous. L’idée est vraisemblablement que si une juridiction supérieure suit l’avis consultatif de la Cour, l’interprétation de la Convention livrée par cette dernière recueillera davantage d’adhésion dans le système juridique interne puisque (en fait ou en droit) les juridictions inférieures feront ce que leur diront les juridictions supérieures.

IV. PARAMÈTRES CLÉS DE LA PROCÉDURE CONSULTATIVE

Les articles 1 et 5 établissent les paramètres ou caractéristiques clés de la procédure.

1. QUELLES JURIDICTIONS PEUVENT DEMANDER UN AVIS CONSULTATIF ?

Les avis consultatifs peuvent être sollicités par les « plus hautes juridictions (...) telles que désignées [par la Haute Partie contractante] conformément à l’article 10 »¹⁵.

L’emploi de l’expression « plus hautes », par opposition à « suprêmes », et la possibilité ou l’obligation pour les Hautes Parties contractantes de préciser quelles juridictions internes peuvent saisir la Cour pour avis consultatif traduisent une conception plus permissive que celle initialement prévue (qui limitait ce droit aux « juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours en droit national »). L’idée est de permettre aux juridictions qui, bien qu’inférieures à la Cour constitutionnelle ou à la Cour suprême, n’en sont pas moins importantes puisqu’elles sont les « plus hautes » pour telle ou telle catégorie d’affaires. L’idée est aussi d’offrir la souplesse nécessaire pour s’adapter aux particularités des 47 systèmes judiciaires nationaux différents.

La limitation des juridictions habilitées à demander un avis consultatif vise non seulement à refléter la règle de l’épuisement des voies de recours internes mais aussi à éviter une multiplication des demandes et à indiquer le niveau approprié auquel devrait se dérouler le dialogue judiciaire voulu. Comme le montrent les déclarations déposées jusqu’à présent, les conceptions varient considérablement d’une Haute Partie contractante à l’autre. Ainsi, la Finlande a déclaré que la Cour suprême, la Cour administrative suprême, le Tribunal du travail et le Tribunal des assurances pouvaient chacun demander des avis consultatifs¹⁶. À l’inverse, l’Estonie et l’Ukraine ont déclaré que seule leur Cour suprême pouvait le faire¹⁷, tandis que la Roumanie, qui a signé le Protocole mais ne l’a pas ratifié, a désigné quinze cours d’appel, la Haute Cour de cassation et de justice et la Cour constitutionnelle.

2. CARACTÈRE FACULTATIF DE LA PROCÉDURE CONSULTATIVE – DEMANDE ET RETRAIT

Les juridictions désignées *peuvent* solliciter la Cour pour avis¹⁸.

Malgré le caractère facultatif de la procédure, plusieurs questions intéressantes risquent de se poser. Par exemple, si l’une des parties à une procédure interne prie expressément la juridiction suprême de demander un avis, laquelle a compétence pour ce faire, celle-ci est-elle tenue de motiver son refus ? On peut faire l’analogie avec la jurisprudence de la Cour relative à l’article 6 de la Convention, qui impose aux juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d’appel en droit interne de motiver celles-ci, en se fondant sur le droit applicable, et avec les exceptions prévues dans la jurisprudence de la CJUE lorsque ces juridictions refusent le renvoi préjudiciel sur

15 Voir article 1 § 1 du Protocole n° 16. Aux termes de l’article 10 § 2 du Protocole, les Hautes Parties contractantes peuvent modifier à tout moment leurs déclarations désignant les juridictions pour les besoins de l’article 1 § 1.

16 Déclaration accompagnant l’instrument de ratification déposé le 7 décembre 2015.

17 Déclarations accompagnant les instruments de ratification déposés le 31 août 2017 par l’Estonie et le 22 mars 2018 par l’Ukraine, respectivement.

18 Voir article 1 § 1 du Protocole n° 16 et article 92 § 1 du règlement. C’est la première différence majeure que l’on constate par rapport à la procédure de renvoi préjudiciel de l’UE. Voir en particulier l’arrêt *Cilfit et autres*, 283/81, UE:C:1982:335, § 21 : « l’article [267, alinéa 3 TFUE], doit être interprété en ce sens qu’une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d’un recours juridictionnel de droit interne est tenue, lorsqu’une question de droit communautaire se pose devant elle, de déférer à son obligation de saisine, à moins qu’elle n’ait constaté que la question soulevée n’est pas pertinente ou que la disposition communautaire en cause a déjà fait l’objet d’une interprétation de la part de la Cour ou que l’application correcte du droit communautaire s’impose avec une telle évidence qu’elle ne laisse place à aucun doute raisonnable ». En outre, il faut évoquer les renvois préjudiciels sur la validité d’actes communautaires : « [c]es juridictions peuvent examiner la validité d’un acte communautaire et, si elles n’estiment pas fondés les moyens d’invalidité que les parties invoquent devant elles, rejeter ces moyens en concluant que l’acte est pleinement valide (...) En revanche, elles n’ont pas le pouvoir de déclarer invalides les actes des institutions communautaires (...) la cohérence du système exige que le pouvoir de constater l’invalidité du même acte, si elle est soulevée devant une juridiction nationale, soit également réservé à la Cour » (*Foto Frost*, 314/85, UE:C:1987:452, paragraphes 14, 15 et 17). Sur le retrait d’un renvoi préjudiciel, voir ci-dessous concernant les délais.

10 Paragraphe 12 d) de la Déclaration de Brighton.
<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016805caa07> ; dernière consultation en date le 23 septembre 2019.

11 <http://rm.coe.int/high-level-conference-on-the-implementation-of-the-european-convention/1680695a9c>.

12 http://www.echr.coe.int/Documents/2013_Protocol_16_Court_Opinion_ENG.pdf ; dernière consultation en date le 23 septembre 2019.

13 Signalons que, le Protocole n° 16 étant entré en vigueur avant le Protocole n° 15, la première référence expresse à la subsidiarité dans la Convention sera tirée du premier et non du dernier et sera la conséquence d’une ratification par un nombre réduit d’États contractants.

14 Nombre (arrondi au plus haut) d’affaires attribuées à une formation judiciaire de la Cour : 150 000 en 2011 ; 65 000 en 2015 ; 80 000 en 2016 ; et 30 500 entre le 1^{er} janvier et le 31 août 2019.

l’interprétation du droit de l’UE¹⁹. Toutefois, il existe bien sûr des distinctions importantes – surtout le caractère obligatoire de la procédure de renvoi préjudiciel de l’UE pour les juridictions de dernier ressort (assorti de certaines exceptions bien définies) ou l’importance de la procédure de renvoi préjudiciel dans le cadre de la présomption d’équivalence que la Cour de Strasbourg applique lorsqu’il s’agit de protéger les droits fondamentaux au sein de l’UE²⁰.

Non seulement la procédure consultative est facultative mais aussi la juridiction demanderesse peut, selon le rapport explicatif, retirer sa demande. L’article 92 § 2.3 du règlement prévoit que, en cas de retrait de la demande, la juridiction qui en est l’auteur en avertit le greffier et que, à réception de cette notification, la Cour clôt la procédure.

Rien ne permet de dire si une demande doit être retirée dans un délai particulier. Par exemple, si la Cour a prévu une date pour le prononcé d’un avis consultatif, la juridiction nationale demanderesse peut-elle retirer sa demande à un stade aussi avancé²¹ ? Une solution, par analogie avec la procédure contentieuse devant la Cour, consisterait à ce qu’un tel retrait soit possible à tout moment antérieurement au prononcé de l’avis par la Grande Chambre. Seul le temps permettra de dire s’il faudra assortir le droit de retrait d’un certain délai.

Le retrait soulève également des questions se rapportant à la notification de la clôture de la procédure consultative par la Cour en vertu de l’article 92 § 2.3 du règlement. La Cour est-elle chargée d’en avertir l’État membre d’où la demande émane, les parties, les tiers intervenants, etc. ? Est-ce qu’il faudra un type particulier d’ordonnance ou d’acte pour communiquer la radiation ou la clôture ? Dans l’affirmative, il faudra songer à sa forme et à son libellé. Ces questions peuvent sembler banales mais, compte tenu de la charge de travail et des ressources limitées de la Cour, elles peuvent avoir une importance administrative considérable, en fonction du « trafic » judiciaire que le nouveau Protocole générera.

3. QUELS TYPES DE QUESTIONS RELÈVENT DU CHAMP D’APPLICATION DE LA PROCÉDURE CONSULTATIVE ?

Ainsi qu’il a déjà été indiqué, aux termes de l’article 1 § 1 du Protocole n° 16, les avis consultatifs peuvent être demandés sur « des questions de principe relatives à l’interprétation ou à l’application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles ». Le texte de cette disposition reprend celui de l’article 43 § 2 de la Convention concernant les renvois devant la Grande Chambre, même si bien sûr les deux procédures sont très différentes.

Ce sera à la Cour, et en particulier au collège établi par l’article 2 § 1 du Protocole, de définir ce qui relève du champ d’application de la procédure consultative, lorsqu’il faudra juger si une demande d’avis consultatif doit être acceptée. Il faut s’attendre à ce qu’une jurisprudence se développe – à partir des motifs avancés par le collège pour refuser de telles demandes – sur les critères permettant de dire quelles questions relèvent ou non du Protocole n° 16. C’est manifestement ce qui s’est produit devant la CJUE, qui dispose d’une riche jurisprudence à la fois sur la question des limites de la compétence consultative et sur celle de la recevabilité des demandes de renvoi préjudiciel²². Il faut toutefois noter que la Cour elle-même a prévu en 2013 que la « motivation [de refus] ne sera[it] normalement pas (...) détaillée »²³.

Le développement d’une telle jurisprudence revêtira peut-être aussi ultérieurement un intérêt pour les auteurs de demandes de renvoi devant la Grande Chambre basées sur l’article 43 § 2 et pour les travaux du collège de Grande Chambre lui-même. Ce dernier ne motivant pas ses décisions d’acceptation ou de refus²⁴, il n’existe aucune jurisprudence établie sur ce qui constitue, au sens de l’article 43 § 2, une « question grave relative à l’interprétation ou à l’application de la Convention ou de ses protocoles, ou encore une question grave de caractère général ». Des indications en la matière ne pouvaient jusqu’à présent qu’être déduites des types d’affaires dont le renvoi avait été accepté par le collège (dans la mesure du possible) et du rapport explicatif du Protocole n° 11, qui évoque les questions importantes d’interprétation et d’application de la Convention, les affaires où il peut y avoir lieu de revenir sur une jurisprudence constante et les affaires soulevant une question importante d’intérêt général.

4. QUAND UN AVIS CONSULTATIF PEUT-IL ÊTRE DEMANDÉ ?

Un avis consultatif ne peut être rendu que dans le cadre d’une affaire pendante devant la juridiction demanderesse²⁵. La procédure n’est pas censée permettre un réexamen dans l’abstrait de la législation.

Pour reprendre l’exemple du Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne (« TFUE »), la question se posera de savoir si la Cour de Strasbourg aura à développer une jurisprudence pour « réglementer » cette condition. S’agissant d’une procédure censée renforcer le dialogue judiciaire et reposer implicitement sur le principe de collaboration loyale – bien qu’il ne s’agisse pas d’un principe formellement établi –, il faudra accorder une grande confiance à la juridiction demanderesse. Toutefois, même l’existence d’un principe reconnu de collaboration loyale en droit de l’UE n’a pas empêché la Cour de Luxembourg à certaines occasions, fussent-elles rares, de refuser de rendre une décision préjudicielle dans des circonstances où elle avait jugé que l’affaire pendante était fictive ou que le litige n’était pas réellement pendant²⁶. En outre, depuis les années 1990, la Cour de Luxembourg a développé une riche jurisprudence examinant la question de savoir si les conditions de recevabilité tirées de l’article 267 TFUE, du statut et du règlement de procédure ont été satisfaites. Bref, tout comme la CJUE a mis l’accent sur son droit et son devoir de contrôler les limites de sa propre compétence, la Cour de Strasbourg, une fois que le Protocole n° 16 sera en vigueur, devra envisager – sans doute avec le temps et le bénéfice de l’expérience pratique – si et jusqu’où il lui faudra « réglementer » le respect de cette condition et dans quelle mesure elle pourra s’appuyer sur un principe équivalent de collaboration loyale qui, s’il n’est pas énoncé expressément, peut à tout le moins être déduit implicitement.

Concernant le rejet des demandes impliquant un réexamen dans l’abstrait de la législation sur le terrain du Protocole n° 16, le débat conduit en France dans le cadre des préparatifs de la ratification du Protocole peuvent revêtir un certain intérêt. Le projet de loi autorisant la ratification du Protocole fut présenté à l’Assemblée nationale le 20 décembre 2017. Il désignait le Conseil d’État, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel comme étant les trois plus hautes juridictions pouvant saisir la Cour de Strasbourg en vertu du Protocole n° 16. La désignation de la troisième juridiction,

24 Voir le paragraphe 105 du rapport explicatif du Protocole n° 11.

25 Article 1 § 2 du Protocole n° 16.

26 Voir, par exemple, *Faglia c. Novello*, 244/80, UE:C:1981:302, par. 18-20 : « [i]l faut en effet souligner que l’article [267] donne mission à la Cour non de formuler des opinions consultatives sur des questions générales ou hypothétiques, mais de contribuer à l’administration de la justice dans les États d’interprétation qui lui seraient posées dans le cadre de constructions procédurales arrangées par les parties en vue d’amener la Cour à prendre position sur certains problèmes de droit communautaire qui ne répondent pas à un besoin objectif inhérent à la solution d’un contentieux (...) Si l’esprit de collaboration qui doit présider à l’exercice des fonctions assignées par l’article [267], respectivement, au juge national et au juge communautaire impose à la Cour le devoir de respecter les responsabilités propres du juge national, il implique en même temps que le juge national, dans l’usage qu’il fait des possibilités ouvertes par l’article [267], ait égard à la fonction propre remplie en la matière par la Cour ». Voir aussi l’arrêt rendu par la CIJ dans l’affaire du Cameroun septentrional (*Cameroun c. Royaume-Uni, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1963*, p. 37 : « même si, une fois saisie d’une requête, [la CIJ] estime avoir compétence, elle n’est pas obligée d’exercer cette compétence dans tous les cas. Si [elle] est convaincue (...) qu’il serait incompatible avec sa fonction judiciaire de statuer sur le fond d’une requête, elle doit refuser de le faire ». Pour une expression récente du principe communautaire de collaboration sincère, voir *Associação Sindical dos Juizes Portugueses c. Tribunal de Contas*, C-64/16, UE:C:2018:117.

19 Voir, à titre divers, *Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique*, n°s 3989/07 et 38353/07, 20 septembre 2011, *Dhahbi c. Italie*, n° 17120/09, 8 avril 2014, *Schipani et autres c. Italie*, n° 38369/09, 21 juillet 2015, *Baydar c. Pays-Bas*, n° 55385/14, 24 avril 2018, et *Repcevirág Szövetkezet c. Hongrie*, n° 70750/14, 30 avril 2019.

20 Voir, en particulier, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande* [GC], n° 45036/98, §§ 160-65, CEDH 2005-VI, *Michaud c. France*, n° 12323/11, §§ 112-115, CEDH 2012, et *Avotiņš c. Lettonie* [GC], n° 17502/07, § 110, CEDH 2016.

21 Le règlement de procédure de la CJUE a été modifié en 2012 pour éviter cette possibilité – voir l’article 100 § 1 : « (...) Le retrait d’une demande [de décision préjudicielle] peut être pris en compte jusqu’à la signification de la date du prononcé de l’arrêt aux intéressés visés à l’article 23 du statut ».

22 Voir le répertoire de jurisprudence de la CJUE, consultable à l’adresse https://curia.europa.eu/common/recdoc/repertoire_jurisp/bull_3/tab_index_3_04.htm ; dernière consultation en date le 23 septembre 2019.

23 Cour européenne des droits de l’homme, Avis de la Cour sur le projet de Protocole n° 16 à la Convention élargissant la compétence de la Cour afin de lui permettre de rendre des avis consultatifs sur l’interprétation de la Convention, § 9 https://www.echr.coe.int/Documents/2013_Protocol_16_Court_Opinion_FRA.pdf ; dernière consultation en date le 23 septembre 2019.

dont la fonction est de contrôler la conformité de la législation à la Constitution française, suscita des questions se rapportant au point de savoir si une demande d’avis consultatif formulée par le Conseil constitutionnel serait conforme aux critères établis par le Protocole exigeant que la demande vise à recueillir des indications dans une affaire concrète, en excluant tout réexamen abstrait²⁷. C’est sans aucun doute dans le droit interne qu’il faut trouver la réponse à cette question. Toujours est-il que ce débat montre à quel point les opinions sur les juridictions internes habilitées à demander un avis risquent de varier considérablement d’un État à l’autre.

5. LA NATURE ET LES EFFETS JURISPRUDENTIELS D’UN AVIS CONSULTATIF

Comme l’indique clairement l’article 5 du Protocole, les avis consultatifs ne sont pas contraignants.

Dans le cadre du dialogue judiciaire à l’occasion desquels les avis sont rendus, c’est à la juridiction demanderesse qu’il revient de décider des effets de l’avis consultatif dans la procédure interne conduite devant elle.

En outre, le prononcé d’un avis consultatif n’empêcherait pas une partie à l’affaire d’exercer ultérieurement son droit de recours individuel garanti par l’article 34 de la Convention. Si une requête est introduite consécutivement à une procédure dans le cadre de laquelle un avis consultatif de la Cour a effectivement été suivi, il peut être escompté que certains éléments de la requête se rapportant aux questions évoquées dans cet avis seront déclarés irrecevables ou rayés du rôle. Il est toutefois possible que la manière dont Cour traiterait une telle requête soit différente étant donné que celle-ci contestera vraisemblablement l’interprétation par les juridictions nationales de l’avis consultatif rendu par la Cour plutôt que l’interprétation de la Convention elle-même. Bien évidemment, cette question reste en suspens pour l’instant.

Toujours est-il que – et ce sont des opinions très personnelles – l’instauration de la procédure consultative offre à la Cour d’énormes possibilités et présente pour elle de grands défis.

D’un côté, la Cour a la possibilité, en raison du caractère plus « constitutionnel » de la nouvelle procédure²⁸, d’exprimer, de clarifier ou d’étoffer des principes généraux dans un contexte plus large que ne le permettent les faits individuels d’une affaire individuelle. La voie de la requête individuelle ouverte par l’article 34 présente le risque – dans certains cas, dans certaines circonstances et dans le cadre de certaines questions relevant de la Convention – de masquer les principes généraux selon l’intérêt que la formation judiciaire saisie portera à leur application dans les circonstances d’une affaire donnée²⁹.

Les défis que présente le Protocole n° 16 seront selon nous nombreux, mais deux en particulier méritent d’être soulignés.

a) Premièrement, la Cour rendra un avis consultatif énonçant les principes généraux à appliquer en matière d’interprétation et d’application de la Convention mais, pour toute requête individuelle postérieure à la conclusion de la même affaire au niveau interne, il lui faudra demeurer cohérente et constante pour ce qui est aussi bien de l’expression de ces mêmes principes que de leur application aux faits de l’espèce. L’affaire *Schatschaschwili c. Allemagne*, sur l’impossibilité d’interroger les témoins absents dont la déposition a eu un poids considérable dans la condamnation du requérant, offre un bon exemple des difficultés qui peuvent surgir. Ainsi qu’il ressort de l’opinion dissidente commune, les juges minoritaires qui étaient en faveur d’un constat de non-violation étaient néanmoins d’accord avec la majorité s’agissant des principes généraux établis par l’arrêt. Ils ne se sont dissociés de la majorité qu’en ce qui concerne

l’application de ces principes dans cette affaire³⁰. Rappelons aussi à ce titre la formule souvent employée par la Cour, en particulier dans les affaires relatives à l’article 10, lorsqu’elle dit qu’« il faut des raisons sérieuses pour que celle-ci substitue son avis à celui des juridictions internes »³¹. Il reste à voir si ce sera aussi l’approche préconisée dans de tels cas de doubles décisions, que ce soit en rapport avec certains articles de la Convention ou de manière généralisée.

b) La second défi tient à la légitimité et au statut de la Cour aux yeux de ses interlocuteurs nationaux. Si des juridictions nationales supérieures décident constamment et régulièrement de ne pas suivre ce que dit un avis consultatif, les problèmes qui en résulteront sont évidents.

Pour ce qui est de la valeur jurisprudentielle des avis consultatifs, ceux-ci feront partie de la jurisprudence de la Cour au même titre que ses arrêts et décisions. L’interprétation de la Convention qui sera livrée dans ces avis sera, comme on l’imagine, analogue dans ses effets aux éléments interprétatifs retenus par la Cour dans ses arrêts et décisions rendus en formation de Grande Chambre. Cela veut toutefois dire que même si un avis consultatif ne lie pas la juridiction nationale demanderesse lorsqu’elle tranche le litige dont elle est saisie, l’interprétation de la ou des disposition(s) de la Convention offerte par la Cour n’en fera pas moins foi. En outre, même pour les États membres qui ont décidé de ne pas ratifier le Protocole n° 16, il sera difficile d’éviter la conclusion que toute opinion émise sur cette base aura le même poids dans les affaires qui les concerneront³².

Une autre idée, si les autres États membres ne sont pas impliqués dans la procédure ou ne s’y associent pas, consisterait à ce que l’avis consultatif qui en résulte ne soit adressé qu’à la juridiction demanderesse. Toutefois, les États membres (et le public en général) sont déjà avertis de toutes les affaires communiquées par le biais de HUDOC, la base de données de la Cour. La décision de ne pas intervenir lorsqu’on est informé d’une procédure consultative en cours ne devrait pas ôter son caractère général aux indications données par la Cour. Tant la formation choisie pour rendre un avis consultatif que la nature des questions dont celui-ci pourra faire l’objet montrent que limiter la valeur de l’avis rendu à la seule juridiction demanderesse ne serait qu’aller contre la nature et la raison d’être du Protocole et de la procédure prévue par celui-ci.

Les avis étant rendus par la Cour siégeant en formation de Grande Chambre, la question se posera inévitablement de savoir s’ils n’auront pas également en tant que précédents une plus grande valeur que les arrêts de chambre et de comité, alors même qu’ils ne sont pas contraignants pour la juridiction nationale demanderesse³³.

V. QUESTIONS PROCÉDURALES

1. LE CONTENU D’UNE DEMANDE D’AVIS CONSULTATIF

Les conditions de forme qu’une demande d’avis consultatif doit satisfaire sont énumérées à l’article 1 § 3 du Protocole n° 16, qui dispose que la juridiction demanderesse motive sa demande d’avis et produit les éléments pertinents du contexte juridique et factuel de l’affaire pendante.

Comme le souligne le rapport explicatif, ces conditions poursuivent deux buts :

- La juridiction demanderesse doit avoir examiné la nécessité et l’utilité de demander un avis consultatif à la Cour afin d’être en mesure d’expliquer les raisons qui sous-tendent cette demande.

27 Voir, par exemple, P. Cassia, « Le Conseil Constitutionnel et la procédure d’avis devant la Cour de Strasbourg », 9 janvier 2018 (<https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/080118/le-conseil-constitutionnel-et-la-procedure-d-avis-devant-la-cour-de-strasbourg> ; dernière consultation en date le 23 septembre 2019). Pour une discussion dans une affaire récente devant la Cour sur le type de contrôle exercé par le Conseil constitutionnel, voir *Charron et Merle Montet c. France* (déc.), n° 22612/15, 16 janvier 2018, §§ 26-29.

28 Les références à ce qu’on appelle le rôle « constitutionnel » de la Cour sont absentes de la plupart des documents officiels se rapportant au Protocole n° 16. On peut toutefois trouver une trace de ce rôle dans le rapport de 2006 du Groupe de sages, à l’origine du Protocole n° 16.

29 Voir les commentaires à ce sujet de notre collègue la juge Koskelo, in conférence XXVI FIDE, Copenhague, 2014, p. 152.

30 Requête n° 9154/10, arrêt du 15 décembre 2015 ; voir aussi *Merabishvili c. Géorgie* [GC], n° 72508/13, CEDH 2017 (extraits).

31 Voir, par exemple, *Von Hannover c. Allemagne* (n° 2) [GC], n°s 40660/08 et 60641/08, CEDH 2012.

32 Surtout puisque l’article 46 § 1 de la Convention, par définition, ne s’applique pas aux avis consultatifs prévus par le Protocole n° 16 ; voir la partie ci-dessous consacrée aux audiences et au droit d’intervention des autres parties étatiques.

33 Il y a une question connexe, qui est celle de la manière de citer les avis consultatifs de manière à les distinguer aisément des requêtes individuelles et étatiques.

- La juridiction demanderesse doit être en mesure de définir le contexte juridique et factuel, permettant ainsi à la Cour de se concentrer sur la ou les question(s) de principe relatives à l’interprétation ou l’application de la Convention ou de ses protocoles. Dans son avis sur le projet de Protocole, la Cour soulignait ceci :
« (...) la nécessité de lui permettre de se concentrer sur la question de principe qui lui est soumise. En effet, la Cour ne doit pas être amenée à contrôler les faits ou la législation nationale dans le cadre de la procédure en cause »³⁴.
- Pour ce qui est du contexte juridique et factuel, l’article 92 § 2.1 du règlement précise que l’avis consultatif doit inclure³⁵ :
 - l’objet de l’affaire interne ainsi que le contexte juridique et factuel pertinent³⁶ ;
 - les dispositions juridiques internes pertinentes ;
 - les questions pertinentes relatives à la Convention, en particulier les droits ou libertés en jeu ;
 - si cela est pertinent, un résumé des arguments des parties à la procédure interne sur la question ;
 - si cela est possible et opportun, un exposé par la juridiction dont émane la demande d’avis consultatif de son propre avis sur la question, y compris toute analyse qu’elle a pu faire de la question.

Le but global est que la juridiction demanderesse instruisse la Cour le mieux possible de manière à ce que celle-ci puisse répondre efficacement aux problèmes et questions exposés par la juridiction demanderesse concernant l’application du droit de la Convention à la procédure interne.

Par ailleurs, les lignes directrices approuvées par la Cour plénière en septembre 2017 rappellent que, de façon à ce que la Cour soit en mesure de donner des indications claires à la juridiction demanderesse, la demande doit être exposée de la manière prescrite dans le Protocole et dans le règlement et doit être complète et précise.

Le rapport explicatif du Protocole ne précise pas dans quelle mesure éventuelle les parties à la procédure peuvent ou doivent être associées à la démarche tendant à demander un avis consultatif ou à la formulation de toute demande. Les lignes directrices indiquent que la juridiction demanderesse jouit d’une certaine latitude pour déterminer s’il est « pertinent » d’inclure un résumé des arguments des parties sur l’objet de la demande. À certains égards, cette absence de détails rappelle la situation en droit de l’UE mais, comme nous le savons, la CJUE a développé une jurisprudence en la matière, qui souligne que le droit de demander une décision préjudicielle est non pas un droit individuel des parties mais un droit de la juridiction nationale, et parfois une obligation pour celle-ci³⁷. Le degré d’association des parties à la formulation d’une demande sur le terrain de l’article 267 du TFUE varie beaucoup d’un État membre à l’autre. Les lignes directrices précisent toutefois que, selon la situation en droit interne, il peut très bien se trouver que l’une des parties ou les deux prennent l’initiative de demander à la juridiction interne de demander un avis consultatif dans leurs motifs d’appel contre la décision d’une juridiction inférieure. Soulignons néanmoins qu’en tout état de cause la décision

définitive de demander ou non un avis consultatif incombe à la juridiction d’appel pour autant que celle-ci ait été désignée comme juridiction habilitée à formuler une demande pour les besoins du Protocole.

Il y a un autre point à évoquer : la recommandation que la juridiction demanderesse expose « si cela est possible et opportun » son propre avis sur la question, y compris toute analyse qu’elle a pu en faire. Les ONG consultées en 2015 se sont inquiétées de la possibilité que l’issue de la procédure interne s’en trouve préjugée³⁸. Indépendamment des questions de droit procédural national, nous ne voyons pas personnellement où est le problème. Les opinions exprimées ne sont manifestement pas contraignantes mais elles peuvent énormément aider la Cour. Cette dernière sera mise sous pression afin qu’elle apporte une réponse dans le cadre d’une procédure accélérée sans retarder la procédure interne³⁹. Selon les lignes directrices, ce qui importe c’est que la juridiction demanderesse, en exerçant son jugement, donne à la Cour les informations propres à lui permettre de fournir les éléments d’interprétation requis.

Enfin, si rien dans le Protocole ou le rapport explicatif ne précise les limites des observations écrites ou des documents produits, les lignes directrices offrent des instructions pratiques détaillées sur la présentation d’une demande. Selon elles, concernant le nombre limite de pages, une demande complète ne devrait pas dépasser 20 pages. L’économie et la pertinence des documents produits dans le cadre d’une demande d’avis consultatif sont à l’évidence une considération importante compte tenu des contraintes en matière de délais et de traduction.

2. LA PROCÉDURE DE LA DÉCISION D’ACCEPTATION OU DE REJET D’UNE DEMANDE

Cette procédure est exposée à l’article 2 § 1 du Protocole n° 16, qui précise clairement que la Cour a le pouvoir d’accepter ou de rejeter une demande mais que le refus doit être motivé⁴⁰. Le contraste est frappant par rapport à la procédure de renvoi, dans le cadre de laquelle le collège de cinq juges, ainsi qu’il a déjà été indiqué, ne motive pas le refus d’une demande de renvoi. Là encore, cette différence peut être considérée comme tout à fait conforme à la nature du dialogue judiciaire que l’avis consultatif cherche à renforcer. Néanmoins, il y a lieu de souligner que ni le groupe des sages dans son rapport initial de 2006, ni la Cour dans son propre document de réflexion de 2012 n’avaient proposé la moindre obligation de motivation, ce afin de lui laisser une certaine souplesse et de limiter la charge de travail supplémentaire qui peut découler du traitement des demandes d’avis consultatifs.

Il ne faudrait pas présumer que le collège de renvoi et le collège des avis consultatifs seront les mêmes ou seront identiques dans leur composition. Tout bien considéré, l’article 2 § 3 du Protocole exige que le collège comprenne « de plein droit le juge élu au titre de la Haute Partie contractante dont relève la juridiction qui a procédé à la demande », une condition qui ne s’applique pas au collège de renvoi, dont la composition est régie par l’article 24 § 5 du règlement. D’ailleurs, l’alinéa c) de cette dernière disposition prévoit expressément qu’« [u]n juge élu au titre d’une Partie contractante concernée par une demande de renvoi ou ressortissant d’une telle partie ne peut siéger au collège lorsque celui-ci examine la demande (...) ». La composition du collège de cinq juges en matière d’avis consultatifs est régie par l’article 93 du nouveau chapitre X du règlement. Elle comprend le président de la Cour, deux présidents de section désignés par rotation, le juge élu au titre de la Partie contractante dont relève la partie défenderesse et un juge désigné par rotation parmi les juges élus au sein des sections restantes pour siéger au collège pour une période de six mois.

34 Avis adopté par la Cour plénière le 6 mai 2013.

35 Ces éléments sont tirés non pas du Protocole lui-même mais du règlement modifié de la Cour et, antérieurement, du rapport explicatif du Protocole n° 16 à la Convention, CM (2013) 31, 2 avril 2013. La similarité entre cette liste et celle de l’article 94 du règlement de procédure de la CJUE, qui énonce ce que doit contenir une demande de décision préjudicielle, est frappante. Le règlement modifié de la Cour reprend les éléments du rapport explicatif, lesquels sont davantage concrétisés dans les lignes directrices examinées ci-dessous dans la section V.

36 Le libellé de la partie pertinente du rapport explicatif et de l’article 92 § 2.1a) diffère. L’article 92 § 2.2 dispose que la juridiction demanderesse doit aussi soumettre « tous les autres documents pertinents au regard du contexte juridique et factuel de l’affaire pendante ».

37 Voir, par exemple, l’arrêt *T-Mobile Czech Republic et Vodafone Czech Republic*, C-508/14, UE:C:2015:657, paragraphes 28-29 : « [a]ux termes de l’article 267 TFUE, il appartient au juge national et non aux parties au litige au principal de saisir la Cour. La faculté de déterminer les questions à soumettre à la Cour est donc dévolue au seul juge national et les parties ne sauraient en changer la teneur ».

38 Voir le memorandum juridique de Open Society, mars 2016, cité ci-dessous.

39 Voir, de la même manière, le paragraphe 24 des *Recommandations à l’attention des juridictions nationales, relatives à l’introduction de procédures préjudicielles* (OJ 2012 C 338/01), texte non contraignant de la CJUE qui rappelle qu’une décision préjudicielle est par ailleurs contraignante.

40 Voir aussi l’article 93 § 4 du règlement

En son article 93 § 2, le règlement modifié dispose que les demandes d’avis consultatif doivent se voir réserver un traitement prioritaire, au sens de l’article 41 du présent règlement. Toutefois, l’adoption par la Cour d’une décision de refus d’avis consultatif n’est assortie d’aucun délai formel, que ce soit dans les lignes directrices ou sous une forme contraignante.

Ainsi qu’il a déjà été indiqué ci-dessus, on peut escompter que, avec le temps, le collège des avis consultatifs précisera ce qu’il faut entendre par des « questions de principe relatives à l’interprétation ou à l’application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles ».

Nous tenons à exprimer une certaine réserve, là encore à titre personnel, quant à la nécessité pour le collège de motiver clairement sa décision en matière de compétence ou de recevabilité⁴¹. Une lecture minutieuse de la jurisprudence de la CJUE sur le terrain de l’article 267 TFUE montre que ces questions sont parfois considérées comme synonymes, et parfois non. En général, la CJUE refuse de rendre une décision préjudicielle si le litige interne est hypothétique, si la question évoquée n’a aucun rapport avec les faits et l’objet de l’affaire dont la juridiction nationale est saisie, si le cadre juridique ou factuel n’est pas suffisamment clair (même si la Cour de Luxembourg peut par ailleurs demander davantage de renseignements à la juridiction nationale de renvoi sur ces deux points) ou si les questions ne concernent pas l’interprétation du droit de l’UE⁴².

Le libellé des décisions de refus de demande pourra et devra donner aux juridictions internes des orientations lorsqu’elles voudront formuler une demande, et ainsi contribuer à décourager les demandes inappropriées qui mobiliseraient les précieuses ressources de la Cour.

À cet égard, il faut exprimer encore une autre réserve (à titre d’*obiter* personnel sans doute), à l’égard du passage suivant du rapport explicatif :

« (...) l’on peut s’attendre à ce que la Cour *hésite* à refuser une demande qui remplit les différents critères : (i) la demande porte sur une question telle que définie au paragraphe 1 de l’article 1 et (ii) les conditions procédurales telles que prévues aux paragraphes 2 et 3 de l’article 1 ont été satisfaites par la juridiction qui a procédé à la demande.⁴³ »

À bien réfléchir, ce passage décrit une procédure non testée qui obligera la Cour à étendre sa compétence à un rôle judiciaire peut-être très différent de celui qui est actuellement le sien en vertu de l’article 34 et sans connaître au préalable le nombre d’États qui consentiront au Protocole ni la fréquence, la complexité et la clarté des demandes qu’ils formuleront le cas échéant⁴⁴. Le document de réflexion initial de la Cour sur les avis consultatifs parle des affaires qui pourraient ne pas appeler davantage d’éclaircissements ou pour lesquelles la jurisprudence de la Cour est suffisamment claire, une idée qui renvoie implicitement à la doctrine de l’acte clair suivie par la CJUE. Bien sûr, lorsqu’elle expliquera à une juridiction nationale qui pense que la jurisprudence n’est pas claire pourquoi, à l’inverse, elle estime le contraire, la Cour devra être habile. Dans le rapport, le groupe de sages a évoqué un autre cas de figure : le rejet d’une demande dont l’objet empiète celui d’une affaire pendante. La Cour aura certainement la faculté de refuser une demande même si l’objet de celle-ci relève du champ d’application du Protocole n° 16 et si les conditions de forme sont satisfaites. Certes, le rapport du Groupe des Sages susmentionné indiquait que la nouvelle compétence consultative devait être soumise à des conditions strictes et que la fourniture de tels avis ne constituerait pas la principale fonction judiciaire de la Cour. En faisant intervenir la Grande Chambre dans toutes les requêtes jugées recevables, le Protocole n° 16 pourrait par ailleurs avoir des conséquences non négligeables sur la charge de travail de cette formation judiciaire. Elle nécessite peut-être, à court ou moyen terme, l’adaptation de ses méthodes de travail.

3. LA NATURE ET LA FORME D’UN AVIS CONSULTATIF

Une fois la demande d’avis consultatif acceptée par le collège de cinq juges, c’est la Grande Chambre de la Cour qui rend l’avis consultatif, lequel est motivé (articles 2 § 2 et 4 § 1 du Protocole)⁴⁵.

Cette solution a été jugée opportune vu la nature des questions au sujet desquelles un avis consultatif peut être demandé et du fait que seules les plus hautes juridictions nationales peuvent le solliciter, ainsi que des similitudes reconnues entre la procédure actuelle et celle de renvoi devant la Grande Chambre en vertu de l’article 43 de la Convention. Seul le temps nous dira si ce choix aura été judicieux. Une autre solution aurait consisté à ce qu’une chambre spécialisée en avis consultatifs permette que toute requête individuelle ultérieure (alléguant la non-application ou l’application incorrecte d’un avis) fasse rapidement et si nécessaire l’objet d’un dessaisissement au bénéfice de la Grande Chambre.

Si le projet de rapport explicatif évoquait noir sur blanc la possibilité pour la Grande Chambre de reformuler les questions dans la demande, le texte adopté n’aborde pas expressément cette question. Si la reformulation ou la requalification de l’avis sollicité était une faculté, ainsi qu’il pourrait ressortir de la jurisprudence de la Cour en matière de requalification des griefs⁴⁶, l’avis consultatif rendu par la Cour pourrait alors évoquer des articles de la Convention ne figurant pas dans la demande ou même méconnaître ceux y figurant. La reformulation des questions est une technique bien établie dans les renvois préjudiciels devant la Cour de Luxembourg même si, il faut l’ajouter, les juridictions nationales ne la voient pas toujours généralement d’un très bon œil⁴⁷.

Il reste à voir dans quelle mesure la nouvelle procédure alourdira la charge de travail de la Grande Chambre et s’il sera aisé à cette formation de concilier sa charge de travail découlant des articles 33 et 34 de la Convention avec celle résultant de sa nouvelle compétence consultative. Il ne peut être exclu que la nouvelle procédure appelle des changements dans les méthodes de travail internes de la Cour concernant les affaires de Grande Chambre.

Ainsi qu’il a déjà été indiqué ci-dessus, si la demande est acceptée, la composition de la Grande Chambre sera arrêtée conformément à l’article 24 § 2 a), e) et h) du règlement. Elle inclue de plein droit le juge élu au titre de la Haute Partie contractante dont relève la juridiction demanderesse ou, sinon, un juge *ad hoc* national⁴⁸.

Non seulement les avis consultatifs seront motivés mais ils pourront aussi être accompagnés d’opinions séparées, concordantes ou dissidentes, ou d’une simple déclaration de dissentiment (articles 4 §§ 1 et 2 et 94 § 8 du règlement). Dans son avis sur le projet de Protocole, la Cour avait dit ceci :

« Cela est conforme à la disposition pertinente du règlement de la Cour actuellement en vigueur en matière d’avis consultatifs (article 88 § 2), bien que la Cour ait pour pratique, lorsqu’elle émet des avis consultatifs, de s’efforcer de parler d’une seule voix.⁴⁹ »

45 Ni le TFUE ni le règlement de procédure de la CJUE ne renferment une disposition similaire exigeant que les renvois par les juridictions supérieures de dernier ressort soient traités par la Grande Chambre de la Cour de Luxembourg. Les États membres ou les institutions européennes peuvent toutefois demander que l’affaire soit traitée par la Grande Chambre (article 60 § 1 du règlement de procédure de la CJUE).

46 Voir, par analogie, l’approche suivie par la Cour en matière contentieuse, lorsqu’elle a dit à maintes reprises : « [l]a Cour, maîtresse de la qualification juridique des faits de la cause (*Castravet c. Moldova*, n° 23393/05, § 23, 13 mars 2007, *Marchenko c. Ukraine*, n° 4063/04, § 34, 19 février 2009, et *Berhani c. Albanie*, n° 847/05, § 46, 27 mai 2010), n’est pas liée par celle que leur attribuent les parties » (*Gatt c. Malte*, n° 28221/08, § 19, CEDH 2010).

47 Voir, par exemple, les arrêts rendus par la CJUE dans les affaires *Campina*, C-45/06, UE:C:2007:154, paragraphes 30 et 31, et *Fuß*, UE:C:2010:609, paragraphe 39 : « [d]ans le cadre de la procédure de coopération entre les juridictions nationales et la Cour instituée à l’article 267 TFUE, il appartient à celle-ci de donner au juge national une réponse utile qui lui permette de trancher le litige dont il est saisi. Dans cette optique, il incombe, le cas échéant, à la Cour de reformuler les questions qui lui sont soumises. En effet, la Cour a pour mission d’interpréter toutes les dispositions du droit de l’Union dont les juridictions nationales ont besoin afin de statuer sur les litiges qui leur sont soumis, même si ces dispositions ne sont pas indiquées expressément dans les questions qui lui sont adressées par ces juridictions ».

48 Articles 2 § 3 du Protocole et 24 § 2 b) du règlement.

49 Paragraphe 11 de l’avis précité (les italiques sont de nous).

41 On peut d’ores et déjà voir certains « faux amis » potentiels dans les versions anglaises du Protocole et du rapport explicatif, où la première évoque dans préambule une extension de la « compétence » de la Cour, tandis que l’autre parle d’une extension de sa « juridiction ».

42 Cette jurisprudence peut être consultée dans le répertoire de la CJUE à l’adresse https://curia.europa.eu/common/recdoc/repertoire_jurisp/bull_3/tab_index_3_04.htm.

43 Paragraphe 14 du rapport explicatif.

44 Puisqu’un parallèle peut être établi entre les questions pouvant faire l’objet d’un avis consultatif et celles pouvant faire l’objet d’une demande de renvoi, il est intéressant de citer le nombre de demandes de renvoi acceptées ces dernières années : 7 (2012), 10 (2013), 18 (2014), 15 (2015), 14 (2016) et 10 (2017).

D’où la question inévitable, évoquée à notre connaissance dans l’examen par le Sénat néerlandais du projet de loi de ratification, qui est de savoir si et comment un arrêt de Grande Chambre dans le cadre d’une telle procédure pourra s’analyser en un jugement correct ou faisant autorité sur la « question de principe » soulevée par la juridiction demanderesse alors que, dans la procédure contentieuse, les arrêts de la Cour, tant devant la chambre que devant la Grande Chambre, renferment régulièrement des opinions dissidentes⁵⁰. D’un point de vue personnel, nous estimons que, pour que l’avis puisse accomplir la fonction qui est censée être la sienne – renforcer le dialogue judiciaire avec les juges nationaux aux fins d’une meilleure mise en œuvre de la Convention –, la collégialité de la Grande Chambre devra être mise à l’épreuve à l’avenir et celle-ci devra chercher à réduire au minimum les occasions où, sur des questions juridiques de principe, elle est fortement divisée⁵¹.

4. TRAITEMENT PRIORITAIRE

Le rapport explicatif évoque la nécessité d’éviter les « retards injustifiés », sans préciser ce qu’il faut entendre par cette expression.

L’article 93 § 2 du règlement dispose que les demandes d’avis consultatif doivent se voir réserver un traitement prioritaire au sens de l’article 41 du présent règlement. La section XI des lignes directrices offre davantage de détails sur le traitement prioritaire à accorder aux demandes et elle prévoit l’examen « d’urgence », allant plus loin que le traitement prioritaire normalement accordé à ces demandes.

Pour les affaires urgentes de ce type, les lignes directrices prévoient que la juridiction demanderesse doit indiquer, motifs à l’appui, si des circonstances spéciales appellent un examen d’urgence de la demande et une décision rapide de la Cour. Il appartient à celle-ci de décider si les motifs avancés par cette juridiction sont de nature à justifier un traitement accéléré de la demande. La Cour peut également décider d’office de traiter une requête selon une procédure accélérée.

Le rapport explicatif indique clairement que ce traitement prioritaire des demandes d’avis consultatif doit s’appliquer à tous les stades de la procédure et à toutes les parties intéressées, c’est-à-dire la juridiction demanderesse, laquelle doit formuler sa demande d’une manière précise et complète, et ceux qui éventuellement produiront des observations écrites ou participeront aux audiences⁵², ainsi que la Cour elle-même.

Ces dernières années, les délais moyens d’adoption d’un arrêt ou d’une décision devant la Grande Chambre à la suite d’un renvoi ou d’un dessaisissement étaient, respectivement : 15,6 mois/17,5 mois en 2015 ; 17,1 mois/17,4 mois en 2016 ; 15,9 mois/17,8 mois en 2017 et 17 mois/22 mois en 2018. La rapidité de traitement est clairement tributaire du nombre d’affaires pendantes devant cette formation et, ainsi qu’il a déjà été dit, l’entrée en vigueur du Protocole risque d’aggraver la pression.

Pour tirer d’autres éléments statistiques de la Cour de Luxembourg, le rapport annuel de cette juridiction en 2016 indiquait ceci :

- Il faut en moyenne 15 mois pour traiter un renvoi préliminaire.
- En ce qui concerne la procédure préjudicielle d’urgence prévue par l’article 267 TFUE, douze décisions préjudicielles d’urgence ont été demandées en 2016 mais la Cour de Luxembourg a choisi d’appliquer cette procédure dans huit affaires. Il a fallu en moyenne 2,7 mois pour traiter ces affaires, contre 2,1 en 2015.

Même s’il s’agit d’une juridiction et d’une procédure judiciaire bien distinctes, ces statistiques montrent que la Cour de Strasbourg risque vraisemblablement d’être confrontée à des choix et à des défis sur ce que signifie l’absence de « retards injustifiés » et sur ce que veut dire en pratique la priorité. Comme la CJUE ne le sait que trop bien, le délai de traitement d’un renvoi préjudiciel – qui avait atteint son apogée en 2003 à 25,5 mois – influence parfois certaines juridictions nationales dans leur choix de renvoyer ou non.

Si par « retards injustifiés » il faut entendre moins que la moyenne actuelle des délais devant la Grande Chambre, comme le montre le traitement de la première demande française – ainsi que nous le verrons ci-dessous –, on peut s’attendre à des répercussions sur les travaux de la Cour en général et sur ceux de la Grande Chambre en particulier.

5. AUDIENCES ET INTERVENTIONS

Les audiences ne sont manifestement pas exclues mais elles ne sont pas obligatoires pour autant⁵³. Aux termes de l’article 94 § 6 du règlement modifié de la Cour, le président décide, une fois la procédure écrite clôturée, s’il y a lieu de tenir une audience.

La plupart des affaires de Grande Chambre (renvois et dessaisissements) prévoient une procédure orale⁵⁴. Si la procédure consultative devait être à la fois écrite et orale, le délai de communication de l’avis consultatif à la juridiction demanderesse serait bien sûr plus long.

Si l’État membre d’où la demande émane peut produire des observations écrites ou comparaître à l’audience, il n’en a pas pour autant l’obligation. Le président de la Cour peut aussi, en vertu de l’article 3 du Protocole et dans l’intérêt d’une bonne administration de la justice, inviter tout autre État membre ou tout autre personne à présenter des observations écrites ou à participer à l’audience.

Pour ce qui est de savoir qui peut intervenir et selon quelles modalités, certaines questions qui au départ étaient assez incertaines le sont restées même après la modification du règlement et l’élaboration des lignes directrices.

Il était difficile de savoir initialement si les parties à la procédure au niveau interne seraient averties de la présentation d’une demande d’avis et/ou invitées à intervenir en cas d’acceptation de cette demande ou, dans certains cas, dès le traitement initial de celle-ci. Le rapport explicatif indique qu’on peut s’y attendre mais le texte du Protocole laisse la question en suspens. L’article 94 § 3 du règlement prévoit que le président de la Grande Chambre peut inviter les parties à la procédure interne à présenter des observations écrites et, le cas échéant, à prendre part à l’audience. Il a été observé que dès lors que les parties sont automatiquement autorisées à produire leurs observations, la frontière entre la procédure contradictoire et la procédure consultative s’estompe⁵⁵. Il y a bien sûr des arguments en sens inverse, surtout le fait que la Cour rendra son avis dans le cadre d’un procès en cours conduit à l’échelon interne entre au moins deux parties. Les lignes directrices prévoient que, en ce qui concerne la notification de l’évolution de la procédure, c’est à la juridiction demanderesse qu’il revient d’en tenir informées les parties au procès interne, sauf pour les parties invitées à intervenir dans la procédure, qui sont alors prévenues par la Cour.

La Cour et son président seront-ils aussi ouverts qu’ils le sont aujourd’hui, dans certaines affaires de Grande Chambre, vis-à-vis des demandes de tierces interventions fondées sur les articles 36 § 2 de la Convention et 44 du règlement⁵⁶ ? Le nouvel article 44 § 7 du règlement appliquera *mutatis mutandis* à

50 Voir les délibérations de la Eerste Kamer le 5 septembre 2017.
51 Un bon exemple d’affaire serait *Bélané Nagy c. Hongrie* [GC], n° 53080/13, 13 décembre 2016.
52 Voir aussi l’article 3, examiné ci-dessous.

53 Voir le libellé de l’article 3 du Protocole n° 16. Voir aussi le paragraphe 21 du rapport explicatif, selon lequel il appartiendra à la Cour de décider s’il y a lieu de tenir une audience sur une demande d’avis consultatif acceptée.
54 Voir les articles 63 et 71 du règlement. La plupart des affaires de chambre sont traitées en l’absence d’audience.
55 K. Dzehtsiarou et N. O’Meara, « Advisory jurisdiction and the European Court of Human Rights: a magic bullet for dialogue and docket-control? » (2014) *Legal Studies* 18.
56 Voir, à divers titres, P. Harvey, « *Third party interventions before the ECtHR: A Rough Guide* », 24 février 2015; W. A. Schabas, *The European Convention on Human Rights*, OUP, 2015, pp. 788-795 et L. van der Eynder, « *An Empirical Look at the Amicus Curiae Practice of Human Rights NGOs Before the ECtHR* » (2013) 31 *Netherlands Quarterly of Human Rights* 271-295.

la procédure consultative les dispositions en matière de tierce intervention⁵⁷. Le même critère – retenir les intérêts d’une bonne administration de la justice – s’applique. Cette question appelle un examen attentif compte tenu différence de nature de la procédure consultative, du fait que, ainsi qu’il a été indiqué ci-dessus, elle se déroule dans le cadre d’un procès en cours entre des parties bien définies, du fait qu’elle n’est pas censée servir à contrôler dans l’abstrait la législation ou la politique d’un État membre, et du problème des délais évoqué ci-dessus. Il est utile là encore de se référer à la procédure prévue par l’article 267 TFUE, dans laquelle seules peuvent intervenir les parties au procès interne, les institutions de l’UE (le cas échéant), les États membres et la Commission européenne, en quelque sorte à titre d’*amicus curiae*⁵⁸. À Luxembourg, dans les affaires de Grande Chambre et même de chambre, le degré d’intervention des États membres varie selon l’importance juridique et politique, et dans une certaine mesure selon la nouveauté, des questions soulevées dans le renvoi préjudiciel en cours⁵⁹. En revanche, à ce jour, les États membres, le plus souvent, n’ont fait usage qu’avec parcimonie de leurs pouvoirs d’intervention dans les affaires de Grande Chambre à Strasbourg⁶⁰. Au vu des effets jurisprudentiels proposés des avis consultatifs que la Grande Chambre rendra, il faut se demander si les Parties contractantes, même celles qui n’ont pas ratifié le Protocole n° 16, ne devraient pas à l’avenir prêter davantage d’attention à la question de la tierce intervention. À l’approche de la conférence de Copenhague de 2018 sur l’avenir de la Cour et du système de la Convention, il y avait eu bien des débats sur les différentes formes – judiciaires et politiques – que devrait prendre le dialogue avec la Cour. Dans son avis sur le projet de déclaration de Copenhague, la Cour soulignait que, pour ce qui est du développement de sa jurisprudence, les mécanismes de dialogue appropriés étaient les décisions des juridictions nationales et les tierces interventions devant la Cour. Elle a noté que ce dernier mécanisme pouvait être pertinent à différents stades de l’examen d’une affaire par la Cour, comme la recevabilité, la demande de renvoi d’une affaire au titre de l’article 43 de la Convention et, enfin, l’examen de l’affaire par la Grande Chambre. Elle a estimé que, utilisées à bon escient, les tierces interventions au cours de la procédure étaient une aide pour la Cour car elles lui apportaient d’autres éclairages sur les questions à trancher. Elle a noté que ce mécanisme d’engagement des États envers la fonction judiciaire de la Cour ne paraissait pas être exploité pleinement et que, une fois le Protocole n° 16 entré en vigueur, il prendrait une place encore plus grande. Nous tenons à mettre en avant la position de la Cour sur ce point⁶¹.

Si le paragraphe 13 du rapport explicatif dit expressément que la Cour « est en mesure de recevoir les demandes dans des langues autres que l’anglais ou le français, comme elle le fait à présent pour les requêtes individuelles », ni le Protocole lui-même ni le rapport explicatif ne font la moindre mention de la langue des observations écrites et des interventions. L’article 44 § 6 du règlement, qui s’applique *mutatis mutandis* aux tierces interventions et à la procédure consultative, impose qu’elles soient produites dans l’une des langues officielles. L’article 94 § 3 du règlement est muet sur la question de la langue des observations de toute partie au procès interne.

Enfin, de manière à être renforcé, le dialogue judiciaire doit aussi être nourri, en particulier lorsqu’il est question d’une nouvelle procédure non mise à l’épreuve. Même lorsque la Cour traitera les demandes acceptées, il ne peut être exclu qu’elle veuille davantage associer son interlocuteur judiciaire. Le nouvel article 94 § 2 du règlement prévoit que, lorsque la demande d’avis est acceptée, le président

de la Grande Chambre peut inviter la juridiction demanderesse à soumettre à la Cour toute information complémentaire jugée nécessaire pour préciser l’objet de la demande ou l’opinion de cette juridiction sur la question soulevée par la demande. De même, les lignes directrices permettent de solliciter un complément à une demande qui serait jugée « lacunaire ». Il peut être supposé à la lecture des termes de l’article 94 § 2 du règlement que les conditions de recevabilité d’une demande prévues à l’article 92 § 2.1 du règlement sont d’application stricte et doivent être satisfaites. Indépendamment des lignes directrices, on peut imaginer que les juridictions nationales vérifieront minutieusement si l’article 92 § 2.1 du règlement sera appliqué avec rigueur ou avec souplesse. Selon le nombre de demandes reçues, son application déterminera peut-être aussi le volume de la charge de travail supplémentaire de la Cour occasionnée par la procédure consultative.

6. LANGUES DE RÉDACTION DES DEMANDES ET DES AVIS CONSULTATIFS

Si la Cour n’a que deux langues officielles⁶², les demandes d’avis consultatifs peuvent être présentées à la Cour dans la langue officielle nationale utilisée dans le procès interne conformément à l’article 34 § 7 du règlement. Si la langue employée n’est pas une langue officielle de la Cour, le règlement prévoit qu’une traduction en anglais ou en français doit être soumise dans le délai fixé par le président de la Cour.

Concernant la demande elle-même, ce sera peut-être donc seulement par l’entremise du juge national et des juristes nationaux du greffe que la plupart des juges auront un accès immédiat à la demande – sauf si la langue est bien connue –, et tant qu’une traduction n’existera pas. D’un côté, on peut soutenir que cette solution est tout à fait conforme aux méthodes de travail existantes de la Cour – ou plutôt aux contraintes auxquelles elle est soumise dans ses travaux – lorsqu’elle traite les requêtes individuelles. D’un autre côté, on peut soutenir que cette méthode ne sied guère à une procédure dont le but est de renforcer le dialogue *judiciaire* et dans laquelle tout retard aura des répercussions sur le procès interne toujours en cours.

Le rapport explicatif met en avant le caractère sensible de la question de la langue mais en ce qui concerne seulement les avis consultatifs rendus, pas le traitement initial et ultérieur des demandes par la Cour et au sein de celle-ci. Il dit ceci :

« Il est important de garder à l’esprit que, dans la plupart des cas, les avis consultatifs devront être admis dans des procédures qui se déroulent dans une langue officielle de la Haute Partie contractante concernée qui n’est ni l’anglais ni le français, les langues officielles de la Cour. Tout en respectant le fait qu’il n’y ait que deux langues officielles de la Cour, il a été estimé important de souligner la sensibilité de la question de la langue des avis consultatifs. Il convient également de relever que la procédure interne qui a été suspendue ne peut, dans de nombreux systèmes juridiques, être poursuivie qu’après que l’avis ait été traduit dans la langue de la juridiction qui a procédé à la demande. S’il devait y avoir des préoccupations relatives au fait que le temps nécessaire à la traduction d’un avis consultatif dans la langue de la juridiction qui a procédé à la demande puisse retarder la reprise de la procédure interne suspendue, la Cour peut coopérer avec les autorités nationales pour l’élaboration de la traduction en temps utile.⁶³ »

En l’absence de ressources budgétaires supplémentaires, on voit mal comment la question de la traduction pourra être réglée. Dans son avis sur le projet de Protocole, la Cour exprimait de graves préoccupations à ce sujet à la fois en termes de charge de travail et de coût⁶⁴.

57 Signalons que, aux termes de l’article 94 § 5 du règlement, une copie des observations écrites des tiers intervenants est communiquée à la juridiction dont émane la demande, qui pourra formuler des remarques sur les observations en question. Il reste à voir à quel point il sera utile ou nécessaire de prévoir cette possibilité.

58 Article 23 du Statut de la CJUE.

59 Dans une grande affaire devant la CJUE sur le champ d’application de la Charte des droits fondamentaux de l’UE – Åkerberg Fransson C-617/10 UE:C:2013:105 – neuf États membres et la Commission européenne étaient intervenus. Dans des affaires récentes très novatrices en matière de protection des données, le nombre d’États membres intervenants était également très élevé – voir, par exemple, Digital Rights C-293/12 et C-594/12 UE:C:2014:238 (huit États membres, le Parlement européen et la Commission européenne) ou Tele 2 Sverige C-203/15 et C-698/15 UE:C:2016:970 (quinze États membres, le Parlement européen, le Conseil européen et la Commission européenne).

60 Par exemple, sur un total de dix-neuf arrêts et une décision rendus par la Grande Chambre en 2017, il n’y a eu des interventions d’États membres que dans cinq affaires.

61 Avis de la Cour européenne des droits de l’homme sur le projet de Déclaration de Copenhague, adopté par le Bureau à la lumière des débats tenus devant la Cour plénière le 19 février 2018 (https://www.echr.coe.int/Documents/Copenhagen_Declaration_FRA.pdf, dernière consultation en date le 23 septembre 2019), § 16 ; voir aussi à présent les paragraphes 33 à 41 (« Interaction entre les niveaux national et européen – la nécessité d’un dialogue ») de la Déclaration de Copenhague, adoptée le 13 avril 2018.

62 Article 34 du règlement.

63 Paragraphe 23 du rapport explicatif.

64 Paragraphe 14 de l’avis, précité.

VI. QUEL CAP FAUT-IL DÉSORMAIS PRENDRE ?

Ainsi qu’il a déjà été indiqué, la Cour a consacré énormément de temps pour se préparer à l’entrée en vigueur du Protocole n° 16 le 1^{er} août 2018. Dans ce cadre, la Cour plénière a modifié le règlement en septembre 2016 et approuvé des lignes directrices non contraignantes en septembre 2017. L’application de ces dernières fera l’objet d’un suivi régulier.

La nouvelle procédure a fait l’objet de commentaires doctrinaux et judiciaires variés mais peu abondants⁶⁵. La doctrine, naturellement, est plus réactive que prédictive lorsqu’il s’agit d’une procédure judiciaire nouvelle, non encore mise à l’épreuve. Les commentaires se feront certainement moins rares le moment venu.

Des préoccupations particulières ont été exprimées dans certains milieux de l’UE au sujet du Protocole n° 16. Dans son avis 2/13 sur l’adhésion de l’UE à la Convention, la Cour de justice a évoqué le Protocole, relevant ceci :

« (...) dès lors que [après l’adhésion] la CEDH ferait partie intégrante du droit de l’Union, le mécanisme instauré par ledit protocole pourrait, notamment lorsque sont en cause des droits garantis par la Charte qui correspondent à ceux reconnus par la CEDH, affecter l’autonomie et l’efficacité de la procédure de renvoi préjudiciel prévue à l’article 267 TFUE.

En particulier, il n’est pas exclu qu’une demande d’avis consultatif introduite au titre du Protocole n° 16 par une juridiction d’un État membre ayant adhéré à ce protocole puisse déclencher la procédure de l’implication préalable de la Cour, créant ainsi un risque de contournement de la procédure de renvoi préjudiciel prévue à l’article 267 TFUE, qui (...) constitue la clef de voute du système juridictionnel institué par les traités.⁶⁶ »

De nombreux observateurs ont déploré que la CJUE critique elle-même l’absence dans le projet d’accord d’adhésion de toute disposition concernant l’articulation entre le mécanisme établi par le Protocole n° 16 et la procédure de décision préjudicielle prévue par l’article 267 TFUE. Certes, lorsque la CJUE délibérerait, le Protocole n’était pas encore en vigueur et on ne pouvait pas prévoir quand il le serait. Cela dit, certains observateurs ont dit que l’usage abusif par les juridictions nationales du Protocole n° 16 de manière à contourner la procédure de renvoi préliminaire et à saisir la Cour de Strasbourg de questions touchant les droits fondamentaux matériels de l’UE pouvait être sanctionné de différentes façons, surtout par l’ouverture d’une procédure d’infraction⁶⁷. Par ailleurs, il faut reconnaître que peut-être dans certains cas le problème sera non pas forcément la décision de demander à la Cour de Strasbourg un avis non contraignant, mais la décision de ne pas demander à la Cour de Luxembourg un avis contraignant.

Dans l’affaire *Melki et Abdeli*, la CJUE a examiné le caractère prioritaire de la question prioritaire de constitutionnalité, une procédure de droit français qui permet le contrôle de la constitutionnalité d’une loi nationale, disant ceci :

« (...) l’article 267 TFUE s’oppose à une législation d’un État membre qui instaure une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité des lois nationales, pour autant que le caractère prioritaire de cette procédure a pour conséquence d’empêcher, tant avant la transmission d’une question de constitutionnalité à la juridiction nationale chargée d’exercer le contrôle de constitutionnalité des lois que, le cas échéant, après la décision de cette juridiction sur ladite question, toutes les autres juridictions nationales d’exercer leur faculté ou de satisfaire à leur obligation de saisir la Cour de questions préjudicielles »⁶⁸.

En revanche, il a été jugé que l’article 267 TFUE ne s’opposait pas à une telle législation nationale, pour autant que les autres juridictions nationales restent libres, notamment, de saisir, à tout moment de la procédure qu’elles jugent approprié, et même à l’issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la CJUE de toute question préjudicielle qu’elles estiment nécessaire. La procédure consultative étant à la fois facultative quant à son usage et non contraignante quant à l’avis qui est rendu, il est difficile de voir dans quelle mesure une prescription analogue à celles découlant de l’arrêt *Melki et Abdeli* s’imposerait de manière à dissuader ou à empêcher les juridictions nationales des États membres de l’UE de recourir à la procédure consultative du Protocole n° 16. Compte tenu du libellé de l’article 52 § 3 de la Charte de l’UE et de la raison d’être elle-même de cette disposition, il est clair que certaines questions qui seraient soumises à la procédure consultative pourront avoir, voire auront, des conséquences indirectes sur l’interprétation des dispositions correspondantes de la Charte. Comme l’a souligné le président de la CJUE à l’ouverture de l’année judiciaire 2018 de la Cour de Strasbourg:

« la CJUE considère que les garanties offertes par la Convention constituent un seuil minimal de protection, ce qui implique que le système de protection des droits fondamentaux de l’UE peut offrir des garanties plus étendues. »

La procédure consultative n’est pas en elle-même censée représenter pour autant un problème pour l’autonomie et l’effectivité de l’ordre juridique de l’UE ni pour la compétence exclusive de cette dernière en matière d’interprétation du droit de l’UE, ce qui inclut la Charte. D’ailleurs, dans son avis 2/13, la CJUE a mis en avant les relations juridiques mutuellement interdépendantes liant l’UE elle-même et ses États membres, et le fait que la construction juridique de l’UE « repose sur la prémisse fondamentale selon laquelle chaque État membre partage avec tous les autres États membres, et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui, une série de valeurs communes sur lesquelles l’Union est fondée, comme il est précisé à l’article 2 TUE. Cette prémisse implique et justifie l’existence de la confiance mutuelle entre les États membres dans la reconnaissance de ces valeurs et, donc, dans le respect du droit de l’Union qui les met en œuvre.⁶⁹ » Compte tenu de ces caractéristiques essentielles de l’ordre juridique de l’UE, on voit mal pourquoi, du point de vue de la Cour de Strasbourg, les juridictions des États membres de l’UE demanderaient systématiquement ou régulièrement à la Cour EDH des réponses à des questions qui, en réalité, concernent le droit de l’UE. Cela dit, le collège des avis consultatifs et la Grande Chambre, saisie pour avis, devront être fidèles à la jurisprudence constante de la Cour selon laquelle, aux termes des articles 19 et 32 § 1 de la Convention, la Cour n’est pas compétente pour appliquer les règles de l’UE ou pour en examiner les violations alléguées, sauf si et dans la mesure où ces violations pourraient avoir porté atteinte aux droits et libertés sauvegardés par la Convention⁷⁰.

Il suffit, pour nos présents besoins, de dire que l’immixtion de la CJUE, par son avis 2/13, dans le débat sur Protocole n° 16 montre l’intérêt et les préoccupations que le Protocole a suscités dans certains milieux, le besoin de bien expliciter la nouvelle procédure et, une fois que le Protocole entrera en vigueur, la nécessité pour la Cour de Strasbourg de bien délimiter sa compétence lorsqu’elle

65 Voir, à divers titres, L.-A. Sicilianos, « L’élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l’homme – A propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l’homme » 2014/97 *Revue trimestrielle des droits de l’homme* 9-29 ; D. Ritleng, « Le renvoi préjudiciel communautaire, modèle pour une réforme du système de protection de la CEDH ? » (2002) 3^e année, n° 7 *L’Europe des libertés : revue d’actualité juridique* 3-7 ; P. Gragl, « (Judicial) love is not a one-way street: the EU preliminary reference procedure as a model for ECtHR advisory opinions under draft Protocol No. 16 » (2013) 38 *ELRev* 229-247 ; J. Gerards, « Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the CEDH » (2014) 21 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 633 ; J. Callewaert, « Protocol No. 16 and EU law » in *Mélanges en l’honneur de Dean Spielmann*, WLP, 2015, pp. 57-63 ; Open Society Justice Initiative, *Implementing CEDH Protocol No. 16 on Advisory Opinions*, mars 2016, et Dzehtsiarou et O’Meara, précité.

66 Avis 2/13, UE:C:2014:2454, par. 196-199.

67 Voir par ailleurs, au sein de la CJUE, les prises de position de l’avocat général Kokott dans la procédure à l’origine de l’avis 1/2013, UE:C:2014:2475, paragraphes 139-141 : « [l]e rôle [de la CJUE] dans l’interprétation de la CEDH à l’intérieur de l’Union pourrait cependant être menacé en raison du fait que les juridictions supérieures des États membres ayant ratifié le Protocole additionnel n° 16 à la CEDH pourraient être tentées, en application des dispositions de celui-ci, d’adresser leurs questions d’interprétation de la CEDH à la Cour EDH plutôt qu’à notre Cour. En définitive, ce phénomène n’est cependant pas une conséquence de l’adhésion de l’Union à la CEDH. Même en l’absence de l’adhésion envisagée, les juridictions des États membres ayant ratifié le protocole additionnel n° 16 peuvent saisir la Cour EDH de question d’interprétation de la CEDH relatives à des droits fondamentaux au lieu de se tourner vers notre Cour pour lui poser des questions d’interprétation de la Charte, qui seraient identiques d’un point de vue matériel. Pour résoudre ce problème, il suffit de revenir à l’article 267, paragraphe 3, TFUE, qui impose aux juridictions des États membres dont les décisions ne sont pas susceptibles d’un recours l’obligation de saisir notre Cour. L’article 267, paragraphe 3, TFUE a la primauté sur le droit national et, partant, sur un éventuel accord international que certains États membres de l’Union auraient ratifié, comme c’est le cas du protocole additionnel n° 16 à la CEDH. Il en découle que, pour autant qu’elles aient à statuer sur un litige relevant du champ d’application du droit de l’Union, les juridictions des États membres statuant en dernière instance doivent adresser leurs questions sur les droits fondamentaux par priorité à notre Cour et se conformer à ses décisions par priorité. »

68 *Melki et Abdeli*, C-188 et C-189/10 UE:C:2010:363. Sur la question de la QPC dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, voir *Renard e.a. c. France* (déc.), n° 3569/12, 9145/12, 25 août 2015.

69 Avis 2/13, §§ 167-168.

70 Voir, par exemple, *Jeunesse c. Pays-Bas* [GC], n° 12738/10, 3 octobre 2014, § 110.

acceptera ou refusera les demandes et qu’elle rendra des avis consultatifs. Ce qui est clair, c’est que Protocole n° 16 est non pas une invitation au *forum shopping*, mais plutôt un moyen de renforcer le dialogue judiciaire concernant l’interprétation et l’application de la Convention.

ADDENDUM

Ainsi qu’il a déjà été indiqué, à l’ouverture de l’année judiciaire 2019, la première demande d’avis consultatif, qui concerne la reconnaissance en droit interne d’un lien de filiation entre un enfant né d’une gestation pour autrui pratiquée à l’étranger et la mère d’intention, avait déjà été déposée par la Cour de cassation française. Certaines des caractéristiques de la procédure à l’origine de l’avis consultatif, rendu le 10 avril 2019, méritent d’être notées⁷¹. Premièrement, aucune audience n’a été tenue dans le cadre de cette procédure. Deuxièmement, des observations écrites ont été produites par les parties au procès interne, par le gouvernement français, par trois gouvernements intervenants et par sept autres tiers intervenants. S’il a fallu à la Cour près de deux mois pour traiter la demande au niveau du collège, le prononcé de l’avis consultatif a pris six mois. Du point de vue de la forme et du contenu, l’avis était plus court qu’un arrêt de Grande Chambre traditionnel et il ne reproduisait pas en détail les observations écrites communiquées à la Cour ni les éléments pertinents, tirés par exemple du droit comparé ou du droit international⁷². Il faut noter aussi que, en exposant une série de considérations préliminaires, la Cour a cherché à souligner la nature distincte de la nouvelle procédure mais aussi à délimiter sa mission judiciaire et les questions qu’elle était appelée à examiner à ce titre. En particulier, elle a dit que la procédure avait pour but non pas de transférer le litige à la Cour mais plutôt de donner à la juridiction demanderesse une orientation sur des questions relevant de la Convention en vue de trancher le litige en question. Elle a également observé que les avis qu’elle était amenée à rendre en application du Protocole n° 16 devaient se limiter aux points ayant un lien direct avec le litige en instance au plan interne⁷³.

À la date de la rédaction de la présente note, une seconde demande d’avis consultatif avait été formulée par la Cour constitutionnelle arménienne et le collège de cinq juges, qui en a été saisi, dira si les exigences de l’article 1 du Protocole n° 16 ont été satisfaites et s’il y a donc lieu d’accepter la demande⁷⁴.

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

⁷¹ Avis consultatif demandé par la Cour de cassation française, demande n°P16-2018-001, 10 avril 2019 [GC].

⁷² Au paragraphe 34 de son avis consultatif, la Grande Chambre a dit qu’il ne s’agissait pas pour elle de répondre à chacun des moyens et arguments qui lui étaient soumis, ni de développer en détail les fondements de sa réponse. En application du Protocole n° 16, son rôle n’est pas de statuer contradictoirement sur des requêtes contentieuses par un arrêt ayant force obligatoire mais, dans un délai aussi rapide que possible, de fournir à la juridiction qui a procédé à la demande une orientation lui permettant de garantir le respect des droits de la Convention lorsqu’elle jugera le litige en instance. Il faut noter que la première demande, qui faisait suite à un arrêt antérieur concernant la même famille de requérants, était inhabituelle en ce que la Grande Chambre a pu renvoyer à des éléments déjà publiés dans cet arrêt en la matière (voir *Mennesson c. France*, n° 65192/11, CEDH 2014 (extraits)).

⁷³ *Ibidem*, §§ 25-34.

⁷⁴ <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-6476599-8537053>.



Guido Raimondi

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

ALLOCUTION D'OUVERTURE

Mesdames et Messieurs les Présidents des Cours constitutionnelles et des Cours suprêmes, Madame la Présidente de l'Assemblée parlementaire, 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. Je ne manquerai pas à la tradition en vous souhaitant une bonne et heureuse année 2019.

J'adresse un salut tout particulier aux autorités locales qui sont constamment à nos côtés. Notre Cour est connue dans le monde entier comme « la Cour de Strasbourg ». Alors, lorsque Strasbourg est frappée en plein cœur, comme ce fut le cas le 11 décembre dernier, la Cour européenne des droits de l'homme est aux côtés des strasbourgeois. Je tenais à le dire ce soir.

Cette audience revêt à mes yeux une signification particulière. C'est en effet la dernière fois que je m'exprime en de telles circonstances. L'an prochain, c'est une autre voix qui s'élèvera ici-même pour s'adresser à vous. Quant à moi, de retour en Italie, il me restera la fierté d'avoir présidé cette Cour et je ne rendrai jamais assez hommage aux juges qui m'ont élu et permis d'accomplir ma mission.

Je ne souhaite pas aujourd'hui dresser un bilan de ces trois années, mais je voudrais quand même vous livrer quelques réflexions personnelles.

Conformément à l'usage, je vais, pour commencer, vous donner quelques informations statistiques sur l'activité de notre Cour. Je commencerai par un rappel : en janvier 2016, lorsque je me suis exprimé pour la première fois en qualité de président de cette Cour, près de 65 000 requêtes étaient pendantes. À la fin de l'année 2018, ce chiffre s'élève à un peu plus de 56 000. Cela représente une baisse de près de 14 %, ce qui est évidemment satisfaisant. J'ajoute, qu'en 2018, la Cour a statué dans plus de 42 000 affaires. C'est le résultat des efforts accomplis par tous les juges et membres du greffe que je remercie.

Plus de 70 % des affaires pendantes concernent 6 pays. À cet égard, le nombre élevé de requêtes contre la Fédération de Russie (près de 12 000) mérite d'être souligné dans le contexte actuel que traverse le Conseil de l'Europe. J'y reviendrai dans un instant, mais cet afflux témoigne, à mon sens, de la confiance que les ressortissants russes accordent au mécanisme européen de protection des droits de l'homme et de l'importance qu'il représente à leurs yeux.

Une analyse plus fine de ces chiffres démontre que ce qui alourdit la charge de travail de la Cour, ce sont notamment des situations structurelles dans certains pays, lesquelles donnent lieu à un volume de requêtes très considérable. Nous avons développé des méthodes de travail, y compris automatisées, qui sont très efficaces. Il n'empêche : c'est principalement au niveau interne que ces affaires doivent être résolues, conformément au principe de subsidiarité. Plus généralement, le volume d'affaires substantielles qui nous parviennent d'un pays donné est un indicateur de l'efficacité de la

mise en œuvre de la Convention dans le pays en question. Encore une fois, pour que la subsidiarité fonctionne, il faut que les autorités nationales jouent leur rôle plein et entier d'acteurs du système de la Convention.

Parmi toutes les requêtes pendantes, nous en avons plus de 20 000 qui sont prioritaires. Pour être précis, beaucoup de ces affaires sont, en réalité, répétitives, car elles concernent des personnes se plaignant de surpopulation carcérale. Cependant, elles soulèvent des questions relevant de l'article 3 de la Convention, ce qui justifie leur statut prioritaire. Ici aussi, il s'agit, par excellence, d'un problème qui ne peut trouver de solution pérenne que si des efforts sont accomplis au niveau interne.

En définitive, le défi le plus important pour la Cour est certainement celui posé par les affaires de chambre qui ne peuvent pas être traitées en comité en raison de leur complexité ou du caractère nouveau de la question posée. Notre objectif est de faire en sorte que la Cour puisse consacrer suffisamment de temps à celles de ces affaires qui sont les plus importantes et les plus complexes et assurer leur traitement en temps utile.

• • •

En 2019, nous allons célébrer les 60 ans d'existence de la Cour européenne des droits de l'homme. Vous avez pu voir, dans le hall, l'exposition que nous avons organisée à cette occasion, avec le soutien des autorités finlandaises, que je remercie, exposition qui a été inaugurée cette semaine par le Président de la République de Finlande, Sauli Niinistö.

Cela fait donc soixante ans que les arrêts de notre Cour contribuent à l'harmonisation des normes européennes dans le domaine des droits et des libertés. Ce mécanisme de garantie collective est le fruit de la volonté des européens qui, traumatisés par les atrocités de la seconde guerre mondiale, ont exprimé, en adoptant la Convention européenne des droits de l'homme, leur attachement à la démocratie, aux libertés et à la prééminence du droit. Surtout, ils ont créé une Cour pour veiller au respect de leurs propres engagements.

• • •

Tout au long de ces 60 années, la Cour a interprété la Convention de façon dynamique à la lumière des conditions de vie qui ont profondément changé. L'Europe des années 50 et le monde dans lequel nous vivons sont sensiblement différents. Les modes de vie, les mœurs ne sont plus les mêmes. La science, la médecine, la biologie ont fait des progrès immenses. La collecte et la conservation des données concernant les personnes, l'apparition d'internet, avec ce que cela représente d'extraordinaire mais aussi d'inquiétant, ont bouleversé nos vies, mais également les relations entre l'État et les individus et entre les individus eux-mêmes.

À l'échelle de la planète, aussi, les mutations ont été considérables : les mouvements migratoires, les problèmes environnementaux, sans parler de la menace terroriste, ont modifié notre perception du monde et nos modes de vie.

La Cour a su, je pense, faire face à ces bouleversements.

En tenant compte de toutes ces évolutions technologiques et sociétales, elle a permis à la Convention européenne des droits de l'homme de conserver toute sa pertinence.

Sur le plan procédural, la Cour créée en 1959, s'est adaptée à un nouveau mécanisme qui représente un changement de paradigme, celui de la Cour unique et permanente qui a transformé radicalement le système initial. Nous en avons célébré, en 2018, les 20 ans d'existence. Vingt années au cours desquelles la Cour a rendu une décision ou un arrêt dans plus de 800 000 requêtes. Elle est maintenant universellement connue et considérée comme un modèle. Je dirai même un phare qui éclaire tous ceux, à travers le monde, qui cherchent à renforcer les principes de l'État de droit et de la démocratie.

Avec les autres cours régionales des droits de l'homme, elle entretient des liens étroits et fraternels. Nous avons d'ailleurs signé, en 2018, une déclaration commune, dite « Déclaration de San José », avec la Cour interaméricaine des droits de l'homme et la Cour Africaine des droits de l'homme et des Peuples. Elle témoigne du chemin parcouru et de l'importance des fils tendus entre nous.

Pourtant, malgré toutes ces réussites, l'optimisme n'est plus de mise. D'abord, il y a la crise grave et sans précédent que traverse le Conseil de l'Europe. Elle est à la fois politique et budgétaire. Sur le plan budgétaire, je serai clair : si nous voulons poursuivre sur la bonne voie qui a été la nôtre depuis plusieurs années, en fait depuis le début du processus d'Interlaken, nos moyens doivent être maintenus. Nous essayons constamment de gagner en efficacité et nous y parvenons. À cet égard, nous lançons, cette année, une nouvelle procédure qui vise à augmenter sensiblement les solutions non contentieuses de manière à désengorger la Cour. Cependant, vous le savez, nous ne contrôlons pas le volume des affaires entrantes et, si des postes sont supprimés en 2019, cela aura, inévitablement, un impact sur notre capacité à traiter les dossiers.

Mais la crise n'est pas seulement financière. Ce qui est en jeu aujourd'hui, c'est la possibilité offerte à tous les européens, ceux de la Grande Europe, et ce, grâce à la Convention européenne des droits de l'homme, de pouvoir vivre sur un continent où leurs droits et leurs libertés sont reconnus et protégés : « de l'Atlantique à l'Oural », pour reprendre la formule célèbre qui s'applique tout particulièrement dans les circonstances actuelles. Le départ d'un État membre, et je parle évidemment de la Fédération de Russie, serait « un revers cuisant pour les droits de l'homme » non seulement dans ce pays, comme l'a justement souligné le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, Thorbjørn Jagland, mais pour tous les États membres. Le signal lancé aux européens irait à l'encontre de tout ce que le Conseil de l'Europe a construit depuis 70 ans, anniversaire que nous célébrons cette année.

Mais cette crise du Conseil de l'Europe n'est pas mon seul sujet de préoccupation. Cela va bien au-delà. Les hommes et les femmes de ma génération ont longtemps considéré qu'une fois la démocratie installée, il n'y avait pas de retour en arrière possible. Nous avons la certitude que la démocratie était là pour l'éternité. Or, comme l'observent certains chercheurs, on constate un phénomène de désenchantement social qui peut mener à la déconsolidation démocratique. Pour les jeunes générations, l'adhésion immédiate à l'idée des droits de l'homme ne va plus de soi.

Les raisons avancées sont multiples et variées : stagnation du niveau de vie ; craintes suscitées par les phénomènes migratoires et repli sur soi ; développement anarchique des réseaux sociaux et dissémination massive de « fake news ». Les électeurs semblent se détacher de leur système politique. La désaffection des citoyens à l'égard du modèle démocratique est telle que la diffusion des discours extrémistes, puis, parfois, l'arrivée au pouvoir de leaders mettant en cause les fondements même de la démocratie pluraliste est rendue plus facile. Comme le Préambule de la Convention européenne des droits de l'homme le dit clairement, les droits de l'homme ne peuvent vivre et prospérer en dehors d'une démocratie effective.

Le danger est celui du démantèlement démocratique : on porte d'abord atteinte aux droits de l'opposition et à l'indépendance de la justice, la presse est muselée, parfois même des opposants sont emprisonnés. Les politiques ayant pour objectif la disparition des mécanismes de contre-pouvoir, essayent d'affaiblir, voire d'éliminer des acteurs institutionnels qui sont pourtant essentiels au processus démocratique. À leurs yeux, la justice, la presse, l'opposition deviennent l'ennemi commun.

Notre Cour est le témoin direct de ces évolutions. Ainsi, un élément révélateur de la régression de l'État de droit est certainement l'application de l'article 18 de la Convention. Celui-ci dispose, je le rappelle, que les restrictions qui sont apportées aux droits et aux libertés garantis par la Convention européenne des droits de l'homme ne peuvent l'être que dans le but pour lequel elles ont été prévues. Cette disposition, essentielle dans une démocratie pluraliste, n'a, depuis les origines, été violée qu'à 12 reprises, mais 5 fois au cours de la seule année 2018. Le symptôme est inquiétant et révélateur. Sans cibler un pays ou un autre, on constate que le but recherché est souvent de réduire un opposant au silence, d'étouffer le pluralisme politique, qui est un attribut du « régime politique véritablement démocratique », notion contenue, comme je le disais, dans le Préambule de la Convention.

Face à la situation que je viens de décrire, comment les mécanismes de protection juridictionnelle, telle que la Cour de Strasbourg ou les juridictions nationales que vous représentez, garantes de l'État de droit, peuvent-elles réagir ? Ce n'est pas aisé et pour citer Yascha Mounk, politologue qui a analysé ces phénomènes dans son ouvrage « Le peuple contre la démocratie » : « Si nous voulons préserver à la fois la paix et la prospérité, la souveraineté populaire et les libertés individuelles, il nous faut reconnaître que cette époque n'a rien d'ordinaire et accepter qu'il faudra accomplir des efforts extraordinaires pour défendre nos valeurs ».

Ces efforts, nous sommes prêts à les accomplir, comme nous le faisons depuis 60 ans. Nous tous, juges des cours supérieures nationales et juges internationaux, avons un rôle à jouer dans la protection de la démocratie et de l'État de droit.

Notre Cour, quant à elle, ne saurait renoncer à être ce pour quoi elle a été créée. Notre jurisprudence en a témoigné, une fois encore en 2018. J'aimerais vous en proposer quelques exemples, même si vous savez combien il est difficile, chaque année, de retenir une jurisprudence plutôt qu'une autre, tant les questions qui nous ont été soumises sont riches et variées.

Je commencerai par évoquer deux affaires de Grande Chambre, ces affaires importantes considérées par beaucoup comme les curseurs de notre jurisprudence.

La première, *S.V. et A contre Danemark* témoigne d'un phénomène qui s'est malheureusement répandu dans nos sociétés contemporaines, à savoir la violence en marge des compétitions sportives. Les requérants, des supporters de football qui se trouvaient à Copenhague pour assister à un match, avaient été arrêtés pendant plus de sept heures par les autorités désireuses d'écarter les risques de hooliganisme. La Cour a conclu à la non-violation de la Convention en s'appuyant sur le fait que les juges danois ont ménagé un juste équilibre entre le droit de ces supporters à la liberté et l'importance de prévenir le hooliganisme. Pour notre Cour, les tribunaux ont examiné avec soin la stratégie appliquée par la police pour éviter les affrontements. En particulier, les policiers ont tenu compte de ce que le droit national limitait à six heures la durée de la privation de liberté préventive, même si cette limite a été légèrement dépassée ; ils ont commencé par engager le dialogue en amont avec les supporters avant de recourir à des mesures plus radicales telles que la privation de liberté ; ils se sont efforcés de n'arrêter que les individus dont ils estimaient qu'ils représentaient un risque pour la sûreté publique ; et, enfin, ils ont soigneusement évalué la situation afin de pouvoir libérer les requérants une fois le calme revenu.

L'arrêt *S.V. et A.* met constamment l'accent sur la nécessité de mettre en balance les obligations d'éviter les rixes et les droits reconnus à l'individu en matière de privation de liberté. La Cour applique le principe de subsidiarité en s'appuyant sur le fait que l'appréciation faite par les autorités internes n'a été ni arbitraire ni manifestement déraisonnable et que la privation de liberté en cause était conforme aux règles de droit internes.

La seconde affaire de Grande Chambre a été rendue à la toute fin de l'année dernière. Il s'agit de l'affaire *Molla Sali contre Grèce* qui concernait l'application de la charia par les juridictions grecques. Un arrêt qui a donné lieu à des interprétations erronées, certains ayant suggéré que notre Cour voulait ouvrir la voie à l'application de la charia en Europe. Or, l'arrêt *Molla Sali* aboutit exactement à la situation inverse.

Dans cette affaire, un grec, issu de la minorité musulmane, avait légué l'ensemble de ses biens à son épouse par un testament établi selon le droit civil grec. Saisies par les sœurs du défunt, les juridictions estimèrent que les questions d'héritage au sein de la minorité musulmane devaient être réglées par le « mufti », selon les règles de la loi islamique en application des traités de Sèvres et de Lausanne de 1920 et 1923. Sa veuve, privée des trois quarts de son héritage, estimait avoir subi une différence de traitement fondée sur la religion, car si son époux n'avait pas été de confession musulmane, elle aurait hérité de la totalité de la succession.

À l'unanimité, la Cour a considéré que la différence de traitement subie par la requérante n'avait pas de justification objective et raisonnable. D'abord, la liberté de religion n'oblige pas les États contractants à créer un cadre juridique déterminé pour accorder aux communautés religieuses

un statut impliquant des privilèges particuliers. Mais si un tel statut est créé, les critères d'application ne doivent pas être discriminatoires. Or, le fait de refuser aux membres d'une minorité religieuse le droit d'opter volontairement pour le droit commun aboutit à un traitement discriminatoire et porte atteinte au droit de libre identification, c'est-à-dire le droit de choisir de ne pas être traité comme une personne appartenant à une minorité. Ce droit qui constitue, je le rappelle, la « pierre angulaire » du droit international de la protection des minorités. Enfin, la Cour a relevé que la Grèce était le seul pays en Europe qui, jusqu'à l'époque des faits, appliquait la charia à une partie de ses citoyens contre leur volonté. Elle a donc constaté la violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1. La situation a évolué au cours de la procédure puisque, le 15 janvier 2018, une loi visant à abolir le régime spécifique imposant le recours à la charia pour le règlement des affaires familiales de la minorité musulmane est entrée en vigueur. En ce qu'il a fait prévaloir le droit commun sur la loi religieuse, conformément à la volonté de la requérante, cet arrêt, est l'une des affaires importantes de l'année écoulée.

Certains arrêts de chambre ont également suscité, en 2018, un vif intérêt et ont été largement relayés par la presse. J'en mentionnerai plusieurs, brièvement, qui témoignent, selon moi, des grandes questions auxquelles notre Cour, comme nos sociétés, est confrontée.

Les technologies nouvelles sont, une fois encore, au cœur de notre jurisprudence. Ainsi, la Cour a dû arbitrer dans l'affaire *M.L. et W.W. c. Allemagne*, entre différents droits garantis par la Convention. L'affaire concernait des personnes ayant été condamnées pour assassinat qui souhaitaient voir interdire aux médias la possibilité de maintenir sur leur site internet des références à leur procès pénal et à leur condamnation. Appelée à examiner l'équilibre à ménager entre le droit au respect de la vie privée des requérants et la liberté d'information du public, la Cour a fait prévaloir cette dernière. Comme la Cour fédérale de Justice allemande, la Cour a reconnu l'intérêt des requérants de ne plus être confrontés à leur condamnation déjà ancienne, mais elle a estimé que le public avait un intérêt à être informé sur un événement d'actualité, même éloigné dans le temps, et que les médias devaient pouvoir mettre à la disposition du public des informations, même anciennes, conservées dans leurs archives.

Dernière affaire que j'évoquerai ce soir et qui concerne mon pays : *V. C. c. Italie*. Il s'agissait d'une mineure, victime d'un réseau de prostitution d'enfants. La Cour a condamné l'Italie, car elle a estimé que les autorités nationales, qui avaient connaissance de la situation de vulnérabilité de la jeune fille, n'avaient adopté aucune mesure de protection pour empêcher les exactions dont elle avait été victime. Cette affaire montre bien le souci de la Cour, comme elle l'a toujours fait, de protéger les plus faibles et les plus vulnérables. Elle s'inscrit dans notre jurisprudence déjà abondante qui protège les femmes contre toutes les formes de violence.

• • •

Mais l'année 2018 nous donne également des raisons de nous réjouir et je pense, en particulier, à la ratification par la France, à l'initiative du Président Macron, du Protocole n° 16. Cette 10^e ratification a déclenché l'entrée en vigueur de cet instrument. C'est une étape fondamentale dans l'histoire de la Convention européenne des droits de l'homme et un développement majeur de la protection des droits de l'homme en Europe. Notre Cour est désormais bien installée en réseau avec les juridictions supérieures européennes. Preuve que ce protocole était attendu avec impatience par les cours suprêmes concernées : deux mois seulement après son entrée en vigueur, nous recevions une première demande d'avis consultatif de la part de la Cour de cassation française. Elle nous fut annoncée par le Premier Président de la Cour de cassation, Bertrand Louvel, en visite à la Cour. Je salue tout particulièrement, à l'occasion de sa dernière participation dans sa qualité présente, à notre audience de rentrée, cette personnalité éminente du monde judiciaire français et ami fidèle de la Cour européenne des droits de l'homme.

Cette demande d'avis est désormais en cours d'examen et notre Cour est prête à relever ce nouveau défi.

L'évocation du Protocole n° 16 me conduit à vous dire quelques mots du Réseau d'échanges sur la jurisprudence. Il s'est considérablement développé, puisque ce sont désormais 71 cours supérieures venant de 35 pays qui en font partie. Ce dialogue permanent avec les juridictions suprêmes étant un des axes majeurs de mon mandat, je ne peux que me réjouir de constater que nombreuses sont les rencontres avec ces juridictions qui ont eu lieu en 2018. En effet, au cours de cette année, nous avons eu des échanges avec le Tribunal constitutionnel et le Tribunal suprême d'Espagne, la juridiction constitutionnelle de Saint-Marin, la Cour de cassation grecque, le Conseil d'État français, la Cour suprême et les autres juridictions supérieures britanniques, la Cour suprême de l'Islande, la Cour de cassation française, la Cour suprême d'Irlande, et, *last but not least*, la Cour suprême de la Fédération de Russie, à l'occasion de la visite hautement symbolique du Président Lebedev pour le lancement de l'Encyclopédie juridique des droits de l'homme.

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

Avant de conclure, permettez-moi de quitter un instant notre continent. On dit souvent de l'Inde qu'elle est la plus grande démocratie du monde. En 2018, les juges de la Cour suprême de l'Inde ont rendu un arrêt jugeant illégal l'article 377 du code pénal indien condamnant les relations sexuelles entre personnes de même sexe. Cette décision historique, attendue de longue date par les défenseurs des droits de l'homme, a été commentée dans le monde entier. Au-delà de la décision elle-même et du progrès qu'elle représente pour les personnes concernées, j'ai ressenti de la fierté en voyant que, dans son arrêt, la Cour suprême de Delhi avait cité, à plusieurs reprises, les arrêts de notre Cour dans les affaires bien connues Dudgeon, Norris, Modinos et Oliari qui ont tant fait pour mettre un terme aux discriminations subies par les personnes LGBT. J'y ai vu une preuve supplémentaire de la source d'inspiration que représente notre jurisprudence au-delà du continent européen. Une preuve aussi, malgré nos différences de cultures et de traditions, de l'universalité des droits de l'homme, puisqu'en prenant sa décision, la Cour suprême de l'Inde a regardé l'Europe, Delhi a regardé Strasbourg.

Le moment est venu de céder la parole à notre invité d'honneur. Conformément à la tradition, nous accueillons un Président de Cour constitutionnelle. Mais pas seulement.

Laurent Fabius, puisqu'il s'agit de lui, fait partie de ces hommes que l'on ne présente plus. Notre invité d'honneur est non seulement un témoin, mais un acteur de premier plan de l'histoire de la France, de l'histoire de l'Europe. Je dirais même de la planète, puisque nous connaissons tous le rôle essentiel qui a été le sien en tant que Président de la Conférence internationale sur le climat, tenue à Paris en 2015.

• • •

Monsieur le Président Laurent Fabius,
Monsieur le Président du Conseil constitutionnel de la France,
Parce vous êtes tout cela,
Parce que votre expérience est immense,
Parce que votre regard nous importe et que votre présence est un évènement, nous avons tous hâte, maintenant, de vous écouter.



Laurent Fabius

Président du Conseil constitutionnel français

Monsieur le Président de la Cour européenne des droits de l'homme, Mesdames et Messieurs les Présidents des Cours constitutionnelles et des Cours suprêmes, Madame la Présidente de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Madame la Présidente des Délégués des Ministres, Monsieur le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, Excellences, Mesdames et Messieurs les juges, Mesdames et Messieurs les hautes personnalités, Chers collègues et amis, Mesdames, Messieurs,

« Si je mérite un prix, c'est celui de la persévérance ».

Ainsi s'exprimait avec humilité il y a exactement 50 ans, à Strasbourg, le grand juriste René Cassin, membre du Conseil constitutionnel puis Président de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), lorsqu'on évoquait avec lui le prix Nobel de la Paix qui lui avait été décerné un an plus tôt. Persévérance : c'est cette vertu que je voudrais célébrer dès l'abord en saluant votre Cour, Monsieur le Président Raimondi, vous qui m'honorez hautement en m'invitant à m'exprimer en cette audience solennelle pour l'ouverture officielle de l'année judiciaire de la Cour.

Les liens entre nos deux institutions, le Conseil constitutionnel français et la CEDH qui fêtent toutes deux leurs soixante ans à quelques mois d'intervalle, sont bien connus et quasiment contemporains de leur création.

C'est parce que la Cour européenne et le Conseil français ont en partage la responsabilité de protéger et de déployer les droits de l'homme face aux défis de nos sociétés qu'il est si précieux de pouvoir compter sur la relation qui nous lie.

Certes, chacune de nos institutions a suivi sa trajectoire propre mais, même si le juge constitutionnel français n'est pas juge de l'application de la Convention européenne dans l'ordre juridique national, ce qui nous unit compte évidemment plus que ce qui nous différencie. Cette proximité est confirmée par notre souhait, récemment exprimé, d'être, avec le Conseil d'État et la Cour de cassation, l'une des hautes juridictions nationales susceptibles d'échanger avec la CEDH au titre du Protocole n° 16.

Monsieur le Président, au risque de teinter d'un peu d'inquiétude notre heureuse rencontre, je veux relever tout de suite combien il importe que notre système juridictionnel des droits de l'homme, que notre ami et collègue le Président Vosskuhle a opportunément appelé un « mobile de Calder », que ce système garde toutes les attaches qui le composent, tant sont grands les risques qu'il se désarticule sous l'effet de plusieurs menaces et défis. Non seulement nous devons préserver les liens entre nous mais nous devons relever ensemble les principaux défis de notre temps, sous peine d'être détruits par eux. Quant aux menaces, elles sont malheureusement bien présentes et nous obligent à nous montrer aussi vigilants que ceux qui ont bâti nos institutions.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET LE SYSTÈME DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

J'évoquais à l'instant ce qui nous distingue. On sait qu'avec la jurisprudence IVG de 1975 le Conseil constitutionnel français a jugé qu'il ne lui appartenait pas d'opérer un contrôle de la conventionnalité des lois mais de leur constitutionnalité. Dès lors, notre Conseil pourrait paraître plus éloigné de la Cour que d'autres Cours ici représentées. De plus, nous remplissons des offices qui ne se comparent pas entièrement : le nôtre va jusqu'à l'adoption de décisions qui ne s'imposent pas seulement aux parties aux litiges, mais possèdent des effets erga omnes.

Et pourtant, ce serait une erreur de penser que, pour ces raisons, le Conseil constitutionnel français pourrait se désintéresser du remarquable travail accompli par la CEDH depuis sa création.

J'ajoute, concernant les conditions de saisine, qu'un rapprochement notable s'est opéré entre nos institutions depuis que la France en 2008 a adopté la fameuse Question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Cette procédure, que j'appelle volontiers pour me faire comprendre d'un large public « question citoyenne », ouvre, vous le savez, à l'occasion de tout litige le droit de recours individuel contre toute disposition jugée contraire aux droits et libertés que la Constitution garantit. Elle rejoint les efforts du Conseil de l'Europe pour renforcer la protection des droits de l'homme, efforts matérialisés par l'entrée en vigueur en 1998 du Protocole n° 11 qui a permis aux requérants d'accéder directement à la Cour.

Le succès en France de la QPC est spectaculaire. Aujourd'hui 80 % des affaires dont nous avons à connaître relève de cette voie de recours a posteriori. Au titre de la QPC, nous avons pris a posteriori à peu près autant de décisions en moins de 10 ans que, en 60 ans, de décisions a priori. Ce rapprochement du système de protection des droits de l'homme avec les citoyens peut sans doute encore être renforcé par l'effort d'information et de pédagogie que nous tous devons mener. C'est pourquoi, pour notre part, nous avons décidé de tenir désormais certaines de nos audiences publiques dans les régions, hors de l'enceinte parisienne du Conseil constitutionnel. La première aura lieu non loin d'ici, à Metz, dès le mois prochain.

Les principes que notre office nous conduit à faire vivre sont ce qu'un de nos meilleurs juristes avait appelé, par comparaison avec les vôtres, des « principes clonés ». Les questions que nous nous posons sont très voisines, voire les mêmes que la CEDH. Les réponses en général aussi, dont témoignent quelques exemples parmi d'autres, comme les exigences d'indépendance et d'impartialité des juridictions, le respect du contradictoire et des droits de la défense, la dignité de la personne humaine, le droit au recours effectif ou encore la portée du principe ne bis in idem.

Il était dès lors naturel que le « dialogue sans paroles » entre nos institutions, qui vivait déjà à travers notre participation au réseau des Cours suprêmes, trouve son prolongement dans la désignation du Conseil constitutionnel français comme haute juridiction nationale au sens du Protocole n° 16.

Bref, au-delà de telle ou telle spécificité ou différence, l'important est que nous puissions ensemble, avec persévérance, protéger les droits de l'homme au mieux et de manière cohérente.

Dans cette perspective, Monsieur le Président Raimondi, Mesdames et Messieurs les Présidents des Cours constitutionnelles et des Cours suprêmes, j'ai le plaisir de vous annoncer que, à l'occasion de la Présidence française du Conseil de l'Europe, le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation souhaitent vous convier à Paris les 12 et 13 septembre prochains pour une conférence des Cours suprêmes dont le thème sera « le dialogue des juges ».

LE RÔLE À VENIR DES COURS CONSTITUTIONNELLES FACE AUX DÉFIS CONTEMPORAINS

Monsieur le Président, si, avec les collègues qui siègent à mes côtés au Conseil, nous pensons indispensable de garder fermement nouées nos attaches entre Cours suprêmes, ce n'est pas pour préserver, comme l'écrivait Paul Valéry, « cette inimitable saveur que l'on ne goûte qu'à soi-même ». Non ! C'est notamment parce que les questions qui se posent à nous possèdent des dimensions qui, par nature, ne peuvent recevoir de réponses étroitement nationales.

J'en prendrai pour exemples trois des principales questions que le Conseil constitutionnel français a eu à trancher en 2018 et qui, toutes les trois, ont trait à des défis partagés, me semble-t-il, par l'ensemble des cours gardiennes des droits et libertés fondamentales.

S'agissant en premier lieu du défi qu'on pourrait appeler technologique, nous avons pour la première fois jugé, à propos de la loi visant à adapter le droit français au Règlement européen dit RGPD, que, non seulement l'administration ne pouvait recourir à un algorithme pour fonder des décisions individuelles sur un traitement automatisé de « données sensibles », mais encore qu'aucune décision ne saurait être fondée exclusivement sur un algorithme dont les principes de fonctionnement ne seraient pas communicables et que l'utilisation d'algorithmes appelés « auto-apprenants » trouvait sa limite dans l'obligation pesant sur le responsable du traitement d'être, à tout moment, en mesure d'expliquer en détail le fonctionnement de celui-ci. Compte tenu des évolutions technologiques, cette question sera sans doute de plus en plus d'actualité.

Un autre défi essentiel touche à la démocratie : nous avons, également l'an dernier, pris ce que je crois être la première décision concernant une loi relative à la diffusion de fausses informations susceptibles d'altérer la sincérité d'un scrutin électoral. À cette occasion, le Conseil constitutionnel a subordonné la possibilité pour un juge des référés de faire bloquer la diffusion d'une fausse information à la condition que soient manifestes le « caractère inexact et trompeur » du contenu ainsi que « le risque d'altération de la sincérité du scrutin ». Question qui, malheureusement, elle aussi, pourrait se poser de plus en plus à nous tous.

De même, face au défi de la citoyenneté et du vivre-ensemble, le Conseil a pour la première fois jugé que la « fraternité », cette belle notion que Victor Hugo appelait « le troisième degré du perron suprême », était un principe à valeur constitutionnelle puisant ses racines, entre autres, dans la devise de la République « Liberté, égalité, fraternité ». Nous avons estimé que le « délit de solidarité », inscrit jusqu'ici dans la loi française et visant à condamner toute personne apportant une aide humanitaire à un étranger en situation irrégulière, était contraire à la Constitution. Cette décision a été lue parfois superficiellement, comme cela arrive dans mon pays et, si je comprends bien, aussi dans les vôtres, certains commentateurs oubliant, involontairement ou non, que nous avons rappelé à cette occasion qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'assurait aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national. En d'autres termes, l'aide à l'entrée au séjour irrégulier reste un délit. Où l'on voit à l'œuvre la recherche constante d'équilibre entre les libertés et l'ordre public.

J'ajouterai volontiers un dernier thème, celui du climat et plus largement de l'environnement, lequel, nous le savons tous, met en jeu la pérennité de l'humanité elle-même. Les juges sont de plus en plus saisis par des citoyens, des associations, des ONG, des entreprises, des villes, pour faire respecter par les États leurs obligations en termes de protection de l'environnement. Dans le seul domaine du climat, depuis la décision Urgenda du juge néerlandais en 2015, les contentieux climatiques se sont fortement développés. Le Programme des Nations Unies pour l'Environnement en dénombrait déjà près de 900 en 2017, dont plus d'une centaine au sein de l'Union européenne. Dans ce type de contentieux et plus largement dans la protection de l'environnement, quel rôle pour les gardiens des droits fondamentaux que nous sommes ? En protégeant l'environnement, ce sont aussi les droits de l'homme que l'on protège, à savoir la santé, la sécurité et, au-delà, la dignité de la personne. La CEDH l'a bien compris qui, dès son arrêt Tatar contre Roumanie de 2009, a consacré le droit à la jouissance d'un environnement sain et protégé, s'inscrivant en cela dans un mouvement plus général de consécration du droit à l'environnement au plus haut niveau de la

pyramide des normes. Compte tenu de l’aggravation des risques environnementaux, combinée au dramatique déficit d’ambition de certaines politiques, chacun pressent que le contentieux des droits de l’homme appliqué à l’environnement prendra de l’ampleur, faisant du juge, encore un peu plus, un acteur majeur de la construction de la justice environnementale.

LES MENACES POUR LES LIBERTÉS ET POUR L’ÉTAT DE DROIT

Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs, un dernier mot qui constituera, au-delà de telle ou telle considération sectorielle ou technique, mon message principal. Que constatons-nous malheureusement dans plusieurs pays d’Europe ? Une liste d’atteintes inadmissibles aux droits fondamentaux, liste qui s’allonge, qu’il s’agisse de mesures mettant en cause l’indépendance de la justice et la liberté des médias, l’accès au droit fondamental de l’asile, multipliant les arrestations d’opposants politiques et les violences homophobes.

Certains voudraient placer notre époque sous le joug de l’extrémisme et du brutalisme. Il est clair que nous ne pouvons laisser de place à quelque extrémisme que ce soit dans la mise en cause des droits et libertés que garantissent les normes suprêmes dont il nous revient de veiller à l’application. Nous devons donc agir avec une vigilance inlassable pour concilier entre eux l’ensemble des principes et des règles que protègent ces textes fondateurs. Et nous ne saurions admettre que, par la désignation de boucs émissaires, quiconque soit privé du bénéfice de ses droits fondamentaux.

Puis-je être encore plus clair ? Ce n’est pas un hasard si c’est au moment même où ces menaces grandissent et se cumulent que les attaques contre de hautes juridictions s’accroissent. Sous divers prétextes et en diverses formes, ceux qui ont pour étape et projet de démolir l’État de droit ont compris que, s’ils voulaient que leur brutalisme l’emporte, ils devaient s’attaquer aux institutions et aux juges qui ont précisément pour mission de protéger l’État de droit.

Nous, gardiens des droits fondamentaux, par nos décisions et nos comportements, nous devons faire bloc afin de contrer la déraison de ces dirigeants et États Janus, dont une face est prétendument libérale, mais l’autre outrageusement autoritaire.

Nous savons que la liberté sans sécurité mène au chaos, mais qu’inversement la sécurité sans liberté conduit au totalitarisme. Depuis la Lettre d’Antigone, nous savons que la résistance à la déraison d’État requiert une attention juridique et judiciaire de chaque instant ; et que c’est largement de cette résistance que dépend la pérennité de l’État de droit.

« Persévérance », disais-je en commençant mon propos ; « vigilance » et « résistance », ajouterai-je en le concluant. Ce sont en particulier ces trois vertus que nous avons en partage et, puisque nous sommes encore dans la période des vœux, ce sont, Mesdames, Messieurs, chers collègues et amis, cette vigilance, cette résistance et cette persévérance, dont je vous souhaite à tous de continuer à les incarner.

PHOTOS





ANCIENS DIALOGUES ENTRE JUGES

- Dialogue entre juges - 2018
- Dialogue entre juges - 2017
- Dialogue entre juges - 2016
- 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
- Dialogue entre juges - 2005