

La Cour de Strasbourg : espoirs et dangers

La Cour de Strasbourg constitue une institution unique en son genre. Huit cents millions d'Européens peuvent saisir cette juridiction supranationale contre les décisions de dernière instance de la justice de leur pays, s'ils estiment que leurs droits fondamentaux consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme ont été violés. La jurisprudence de Strasbourg contribue à édifier un patrimoine commun de valeurs et a une influence certaine sur les législations nationales. L'existence de la Cour, ou du moins sa capacité de fonctionner efficacement sont aujourd'hui sérieusement menacées. Des réformes en profondeur sont nécessaires, une mobilisation en faveur du maintien et du renforcement de cette extraordinaire conquête est indispensable.

Proposition de citation : Dick F. Marty, La Cour de Strasbourg : espoirs et dangers,
in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2010/3

[Rz 1] La Cour européenne des droits de l'Homme est certainement l'une des conquêtes les plus importantes de notre civilisation. Huit cents millions d'habitants du Continent ont la faculté de s'adresser aux juges de Strasbourg s'ils estiment avoir été lésés dans leurs droits fondamentaux. La Cour a été instituée « afin d'assurer le respect des engagements résultants pour les Hautes Parties contractantes » de la Convention des droits de l'Homme du 4 novembre 1950 ainsi que de ses protocoles (art. 19 CEDH). La jurisprudence de la Cour a eu, et a toujours, une influence certaine sur les ordres juridiques nationaux et sur le fonctionnement des institutions judiciaires. Elle contribue à l'édification d'un patrimoine commun de valeurs, celles de la Convention, sur l'ensemble du Continent. En Suisse, par exemple, la jurisprudence de Strasbourg a certainement facilité et accéléré l'unification de la procédure pénale. Sujet hautement délicat, politiquement explosif pendant longtemps, la Cour a progressivement atténué et, en grande partie, effacé les différences qui existaient dans la conduite du procès pénal d'un canton à l'autre. L'unification de procédures pénale et civile a ainsi eu lieu sans aucun soubresaut, sans la moindre menace de référendum de la part des Cantons. Cela aurait été invraisemblable il y a seulement quelques années. Strasbourg y est certainement pour quelque chose.

[Rz 2] On oublie souvent que la Cour est l'une des institutions du Conseil de l'Europe, auquel adhèrent aujourd'hui 47 Etats¹, avec l'Assemblée parlementaire et le Comité des Ministres. Le Conseil est né sur les cendres de l'effroyable carnage de la Seconde Guerre mondiale. Il n'est pas sans intérêt de remarquer que l'Europe des valeurs – le Conseil avec la Convention – a vu le jour avant l'Europe de l'économie². On peut se demander si aujourd'hui les priorités seraient établies de la même façon. J'en doute et je doute même que les gouvernements européens actuels seraient à même de trouver un accord pour formuler et adopter un document tel que la Convention des droits de l'Homme. La question se poserait évidemment aussi pour la Suisse. Il convient de rappeler que notre pays n'a pas été parmi les membres fondateurs du Conseil et que notre adhésion a été assez laborieuse. « *La diplomatie suisse, sous Max Petitpierre, voyait dans la voie économique le seul rapprochement souhaitable dans une Europe occidentale en plein développement* »³. Le Conseil

fédéral concevait le Conseil de l'Europe comme un « *dessein politique* (qui lui) *paraissait incompatible avec le statut de neutralité helvétique* »⁴. Une telle position nous apparaît aujourd'hui difficilement compréhensible, excessivement dogmatique et pas très cohérente⁵. Ce fut finalement le Parlement fédéral qui débloqua la situation en se prononçant pour l'adhésion en 1962, le Conseiller fédéral Wahlen, nouveau patron du Département politique, ne s'y opposant pas. L'adhésion devint effective en 1963, sans créer aucun émoi en Suisse. Il fallait toutefois encore se décider à signer et à ratifier la Convention européenne des droits de l'Homme⁶. En 1969, le Conseil des Etats s'opposa au principe d'une ratification de la Convention, tandis que le National se prononça favorablement. Ce n'est finalement qu'en 1974 que la Suisse adhéra à la CEDH⁷. Les citoyens suisses eurent dès lors la possibilité de recourir à la Cour de Strasbourg, ce qu'ils firent d'ailleurs avec beaucoup d'empressement.

[Rz 3] La jurisprudence de la Cour ne manqua pas de déclencher des manifestations de mauvaise humeur dans les milieux politiques et judiciaires de notre Pays. Le cas le plus célèbre est certainement l'affaire Belilos, jugement du 29 avril 1988, qui ne reconnut pas les réserves interprétatives faites par la Suisse au moment de l'adhésion⁸. Un postulat du Conseiller aux Etats Danioth, qui demandait au Conseil fédéral un rapport sur les conséquences de cet arrêt et d'envisager une résiliation de la Convention assortie, éventuellement, d'une nouvelle adhésion avec une formulation plus rigoureuse des réserves, fut rejeté avec une seule voix de différence⁹. Un autre exemple, plus récent, de la frilosité de la politique suisse envers le Conseil de l'Europe est la discussion qui a eu lieu au sujet d'un postulat qui demandait au Conseil fédéral d'établir un rapport et de formuler une proposition au sujet de la ratification du Protocole Additionnel de 1952 à la CEDH, qui, entre autres choses, impose, à des intervalles réguliers, des élections libres au scrutin secret¹⁰.

¹ Ne sont pas membres la Biélorussie et le Kosovo (ce dernier n'étant pas reconnu comme Etat indépendant par plusieurs Etats parties).

² La Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) est créée sur l'initiative de Robert Schuman avec le Traité de Paris du 18 avril 1951, premier pas vers l'unification de l'Europe économique et politique. Il est vrai qu'à la suite du Plan Marshall, prit forme une coopération économique multilatérale entre les Etats-Unis et les pays de l'Europe occidentale avec la création en avril 1948 de l'OEEC, à laquelle la Suisse s'empresse d'adhérer sans réserve aucune (et sans clause référendaire). Cet accord ne peut être considéré, toutefois, comme une initiative authentiquement européenne, comme le fut en revanche la CECA.

³ Claude Altermatt, *La politique étrangère de la Suisse pendant la guerre froide*, Presses polytechniques et universitaires romandes, 2003, p. 68.

⁴ Altermatt, *ibidem*.

⁵ Rappelons que la Suède est membre fondateur du Conseil de l'Europe, y ayant adhéré dès le 5 mai 1949. L'Autriche, autre pays neutre, a adhéré en 1958, peu de temps après le Staatsvertrag du 15 mai 1955 qui établit la nouvelle Autriche neutre.

⁶ Par la suite on a exigé que les nouveaux membres adoptent les textes fondamentaux du Conseil, notamment la CEDH et la Charte sociale (cette dernière, soit dit en passant, n'est toujours pas ratifiée par la Suisse ; il est vrai que nous sommes en excellente compagnie, avec le Liechtenstein, Monaco, San Marino !).

⁷ Entre temps, on avait éliminé des obstacles importants à une adhésion : l'introduction du suffrage féminin au niveau fédéral (1971) et l'abrogation des dispositions constitutionnelles limitant les activités des Jésuites (1973).

⁸ J. Menzel, T. Pierlings, J. Hoffmann (Hrsg.), *Völkerrechtsprechung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, p. 91.

⁹ Le postulat fut rejeté par 16 voix contre 15 lors du débat au Conseil des Etats le 27 septembre 1988 (<http://www.amsdruckschriften.bar.admin.ch/showDoc.do>).

¹⁰ Conseil des Etats, séance du 9 mars 2000.

[Rz 4] Il est dès lors légitime de douter que, dans le climat politique actuel de notre Pays, une adhésion pourrait avoir lieu aujourd'hui au Conseil de l'Europe et, surtout, une ratification de la CEDH sans de graves obstacles. Comment ne pas penser que dans une campagne référendaire ne serait pas brandi le danger du *juge étranger* ? Il faut reconnaître que ce climat de méfiance envers Strasbourg, mais aussi vers le pouvoir judiciaire en général, se manifeste dans d'autres pays européens. L'arrêt de la Cour au sujet du crucifix dans les salles de classe a suscité un tollé de protestations en Italie, en Pologne et dans les milieux catholiques en général.

[Rz 5] La Cour connaît actuellement de sérieux problèmes. On dit souvent qu'elle est *victime de son succès*. Je pense que ce diagnostic n'est pas pertinent. En réalité, la surcharge chronique de la Cour et les retards intolérables qui en découlent sont, en fait, l'expression d'une série d'échecs, de la mauvaise administration de la justice dans plusieurs Etats membres du Conseil. Après la chute du Mur de Berlin et l'élargissement du Conseil de l'Europe à l'Est, le nombre des plaintes adressées à la Cour a augmenté d'une façon vertigineuse. Dans les nouvelles démocraties de l'Est – mais pas seulement ! – la justice a eu et a toujours beaucoup de peine à fonctionner correctement. Pour les citoyens de quelques-uns de ces pays, Strasbourg constitue la seule véritable instance judiciaire digne de ce nom. Cela est inquiétant pour ces pays et contribue à dénaturer le rôle et la fonction de la Cour. Au 30 juin 2010 129'650 requêtes étaient pendantes à Strasbourg, avec une augmentation de 9% par rapport au 1^{er} janvier de la même année. Quatre Etats – Russie, Turquie, Roumanie et Ukraine – sont à l'origine de 56.6% de ces affaires ; si on y ajoute l'Italie et la Pologne, on arrive à 67.7% ! Pendant ce même semestre, la Cour a rendu 18'535 décisions, dont 900 arrêts et 17'635 décisions d'irrecevabilité, alors que 29'400 nouvelles requêtes étaient enregistrées¹¹. Ces chiffres expriment, au-delà de toute autre considération, le problème et le drame de la Cour : sans des correctifs très importants, la Cour ne peut qu'imploser et perdre toute crédibilité. Les gouvernements ont totalement sous-estimé les conséquences de l'élargissement du Conseil et n'ont pas su ou pas voulu prendre les mesures nécessaires et adéquates. L'ancien président de la Cour, Luzius Wildhaber, exprimait ainsi sa frustration dans une interview : « *Es war frivol, alles so laufen zu lassen. Haben die Regierungen etwa geglaubt, die vielen neuen Staaten im Europarat würden Ihre Bürger daran hindern zu klagen ?* »¹².

[Rz 6] Quelques réflexions de réforme ont été menées, certaines idées d'amélioration ont été formulées, assez peu a été finalement entrepris. Après de longs travaux préparatoires, le Comité des Ministres est tombé d'accord sur une série de propositions qui devraient être aptes à améliorer et rendre plus efficaces le travail de la Cour. Le 13 mai 2004 est

ainsi approuvé le Protocole 14 qui modifie certaines dispositions procédurales de la Convention¹³. Tous les Etats Parties ratifient plus ou moins rapidement le Protocole, à une exception près : la Douma de la Fédération de Russie s'oppose, même si le Gouvernement l'a signée. Les nouvelles dispositions ne pouvaient entrer en vigueur que si tous les Etats Parties avaient ratifié le Protocole. En ma qualité de président de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire, je m'étais rendu à Moscou au début du mois d'avril 2007 pour rencontrer les représentants de tous les partis politiques du Parlement russe. J'ai très vite constaté que les objections juridiques avancées n'étaient finalement qu'un prétexte. Le blocage du Protocole 14 n'était en fait qu'une manifestation de mauvaise humeur envers certaines décisions de la Cour¹⁴. Ce n'est finalement que le 18 février 2010 que la Russie ratifie le Protocole, juste quelques heures avant le début de la *Conférence sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme*, convoquée à Interlaken les 18 et 19 février 2010 sur l'initiative de la Suisse, qui assumait la présidence du Conseil de l'Europe pendant ce semestre¹⁵. L'entrée en vigueur du Protocole 14, une dizaine d'années après le début des premiers travaux, constitue, certes, un allègement pour la Cour, mais ne résout en rien ses problèmes de fond. La Conférence d'Interlaken s'est conclue avec une déclaration de bonnes intentions¹⁶ qui attendent toujours d'être mises en œuvre concrètement.

[Rz 7] Si la Russie a manifesté assez spectaculairement sa mauvaise humeur au sujet de la Cour, il faut bien dire que les gouvernements des Etats membres ne démontrent pas un empressement particulier à résoudre les problèmes de fonds de la Cour, malgré les belles déclarations et les nombreuses promesses. La Cour de Strasbourg est modeste dans ses moyens, très modeste par rapport à d'autres juridictions internationales qui n'ont pas, et de loin, le même impact sur la vie quotidienne des citoyennes et citoyens du Continent¹⁷. En

¹³ Texte du Protocole 14 : <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/html/194.htm>.

¹⁴ Le jugement dans l'affaire Ilasku avait particulièrement irrité les Autorités Russes. La Cour avait reconnu la responsabilité de la Russie pour des violations qui avaient eu lieu en Transnistrie, territoire de la Moldova mais sur lequel la Russie exerce une grande influence. Arrêt de la Grande Chambre du 8 juillet 2004. Il convient de mentionner également la rafale d'arrêts de condamnations – actuellement plus de 160 ! – qui concernent des violations commises en Tchétchénie et pour lesquelles la responsabilité de la Russie a été établie. Voire, à cet égard, le rapport du 4 juin 2010 que j'ai rédigé pour l'Assemblée parlementaire au sujet des Recours juridiques en cas de violations des droits de l'homme dans la région du Caucase du Nord.

¹⁵ Les priorités de la Suisse ont été ainsi résumées par le Représentant permanent de la Suisse auprès du Conseil de l'Europe, Ambassadeur Paul Widmer : *Die Schweiz will den Europarat reformieren. Entlastung des Gerichtshofs, Stärkung der Demokratie und administrative Reformen sind die wichtigsten Prioritäten*, in : NZZ am Sonntag du 8 novembre 2009.

¹⁶ Conférence sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme.

¹⁷ Le budget de la Cour est d'environ 56 millions €, ce qui est un peu plus

¹¹ Données statistiques complètes sur le site de la Cour.

¹² Süddeutsche Zeitung du 18 septembre 2006.

fait, les gouvernements, tout en proclamant leur attachement à l'institution, sont souvent agacés par les arrêts de Strasbourg et n'ont aucun intérêt à trop renforcer une instance qui les rappelle à l'ordre. « *Ich bin ein fremder Richter, der Unruhe stiftet und durcheinander rüttelt* » a dit une fois le président Wildhaber¹⁸.

[Rz 8] L'Union Européenne a créé en 2007 une Agence des droits fondamentaux, dont le siège est à Vienne¹⁹. L'initiative est décidément surprenante : les 27 Etats de l'UE sont membres du Conseil de l'Europe qui a développé au cours de ses soixante années d'existence un remarquable savoir-faire en ce domaine. Pourquoi ne pas en profiter ? Certes, un accord de coopération a été conclu entre les deux institutions, mais cela reste très déclamatoire. Les moyens alloués à l'agence de Vienne sont importants et vont bientôt déjà atteindre la moitié de ceux reconnus à la Cour pour une tâche qui n'a pas, et de loin, la même envergure. Cette dispersion de ressources est difficilement compréhensible et constitue un signal de plus de la tiédeur dont font preuve les gouvernements à renforcer la Cour de Strasbourg. Il est vrai que des fonctionnaires d'une agence sont bien mieux maîtrisables que des juges qui rendent des arrêts qui peuvent vous donner tort et vous contraindre ainsi à adapter vos lois. À cela s'ajoute, une inquiétante tendance, qui se manifeste un peu partout en Europe, à restreindre les compétences du pouvoir judiciaire (mais aussi du pouvoir législatif), en invoquant, par exemple, le secret d'Etat, les intérêts de la défense nationale ou la sécurité en général. Le cas extrême est, bien entendu, celui de l'Italie, où le gouvernement s'oppose massivement et même grossièrement²⁰ aux magistrats et fait adopter des nouvelles dispositions qui limitent la capacité d'enquête des autorités de poursuite²¹. La Suisse n'est pas non plus totalement à l'abri de manifestations d'agacement envers le pouvoir judiciaire²². La justice ne semble pas être aujourd'hui, hélas, une

priorité dans les agendas politiques. La séparation des pouvoirs est toujours déclamée, mais elle dérange quand elle est vraiment appliquée. Victor Hugo n'est pas prêt d'être démenti : « *Il se passera du temps encore avant que la justice des hommes ait fait sa jonction avec la justice* »²³.

[Rz 9] Si la Cour joue un rôle fondamental dans le système de protection des droits de l'homme dans les 47 Etats membres du Conseil de l'Europe, la mise en œuvre effective de ses arrêts n'en constitue pas un aspect de moindre importance. La Suisse est à cet égard, avec d'autres Etats, certainement un élève modèle. Ce n'est pas, et de loin, le cas de tous les pays. Garant de l'exécution des jugements est le Comité des Ministres (art. 46 CEDH). Force est de constater que les Ministres ne mettent pas en œuvre toute l'énergie et la diligence nécessaires pour rappeler à l'ordre les Etats qui ne manifestent pas beaucoup d'empressement pour donner suite à l'engagement pris de respecter les décisions des juges de Strasbourg. Le Comité des Ministres est par nature plus sensible aux arguments d'opportunité politique qu'aux exigences de la justice et de l'équité. Cela explique, par exemple, la passivité des Ministres envers la Russie, récalcitrante dans la mise en œuvre de nombreux arrêts qui la concernent²⁴. Depuis une dizaine d'années, l'Assemblée parlementaire a voulu aussi assumer un certain rôle de surveillance sur la mise en œuvre des arrêts, notamment en procédant à une analyse par cas et par pays, exerçant de cette façon une pression sur les Etats membres. Un rôle analogue devrait être assumé par les parlements nationaux par rapport à leur propre pays, cela notamment dans le cadre de la surveillance de l'activité gouvernementale et des engagements assumés au niveau international²⁵.

[Rz 10] Une jurisprudence de haute qualité est un must pour la Cour de Strasbourg. Ses jugements ont souvent une répercussion continentale, ils peuvent avoir pour conséquences des modifications législatives dans différents pays et donner ainsi tort aux plus hautes juridictions judiciaires nationales. L'excellence d'une jurisprudence présuppose nécessairement une excellence des juges qui composent la Cour. À Strasbourg ont siégé et siègent des magistrats de très grande valeur. On ne peut cependant cacher qu'il y a de sérieux problèmes qui se sont surtout manifestés avec la rapide expansion du Conseil vers les nouvelles démocraties de

du coût du Tribunal fédéral suisse (75 millions de francs) ; celui de l'institution judiciaire de l'Union Européenne de Luxembourg de 315 millions €. Le Bureau du Procureur du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie était d'environ 260 millions de dollars par an. La Cour de Strasbourg, en fait, ne dispose pas d'un propre budget, ses dépenses rentrant dans le budget du Conseil de l'Europe, ce qui n'est absolument pas satisfaisant.

¹⁸ Sonntagszeitung du 19 décembre 2004.

¹⁹ Agence des droits fondamentaux.

²⁰ Le président du Conseil Berlusconi a traité publiquement les procureurs de délinquants (« *I p.m. sono peggio di Tartaglia* », Tartaglia étant le déséquilibré qui l'avait blessé avec une statuette, La Repubblica du 14 janvier 2010). En une autre occasion, il a défini la magistrature comme une maladie (« *una patologia* », presse italienne des 24 et 25 mars 2010).

²¹ A ce sujet, je signale un ouvrage fort intéressant qui vient de paraître, le témoignage d'un magistrat du Ministère public avec 35 années d'expérience : Armando Spataro, *Ne valeva la pena – Storie di terrorismo e di mafie, di segreti di Stato e di giustizia offesa*, Laterza, 2010.

²² Voir : Dick Marty, *Tentatives de déstabilisation de la justice : que faire ?*, in : Justiz ins Blickfeld – Justice en lumière, *Ausgewählte Beiträge aus der Schweizer Richterzeitung – Contributions choisies de la Revue suisse des*

juges, Editions Weblaw, 2009.

²³ Dans *L'homme qui rit*.

²⁴ Voir, par exemple, mon rapport sur la situation dans le Caucase du Nord, cité à la note 14. Si les autorités Russes s'acquittent de leur devoir de payer l'indemnité aux victimes fixée par la Cour, elles ne font rien ou très peu pour faire face à l'obligation de diligenter une enquête officielle, effective et efficace à la suite d'un crime, devoir qui découle, selon la jurisprudence de la Cour, des art. 2 et 3 CEDH.

²⁵ Sur le rôle du contrôle parlementaire dans l'exécution des jugements de la Cour de Strasbourg, voir : Andrew Drzemcsewski & James Gaughan, *Implementing Strasbourg Court Judgements : the Parliamentary Dimension*, in : *European Yearbook on Human Rights 2010*, EAP, 2010, p. 233 ss.

l'Est. Il faut rappeler que la Cour se compose d'un nombre de juges égal à celui des Hautes Parties contractantes (art. 20 CEDH). Les juges sont élus par l'Assemblée parlementaire, à la majorité des voix exprimées, sur une liste de trois candidats présentés par chaque Etat membre (art. 22 CEDH). C'est ainsi qu'on arrive au nombre de 47 juges. Le juge reste en fonction pour une durée de neuf ans, il n'est pas rééligible et doit en tout cas cesser ses fonctions lorsqu'il atteint l'âge de 70 ans (art. 23 CEDH). Rappelons que le « juge élu au titre d'une Haute Partie contractante partie au litige est membre de droit de la Chambre et de la Grande Chambre. En cas d'absence de ce juge, ou lorsqu'il n'est pas en mesure de siéger, une personne choisie par le président de la Cour sur une liste soumise au préalable par cette Partie siège en qualité de juge » (art. 26 ch. 4 CEDH). Le juge n'est cependant pas le représentant du gouvernement de son pays, sa participation aux délibérations d'affaires concernant son pays est prévue pour mieux comprendre les particularités de la législation nationale. C'est ce que certains juges et certains Etats ont de la peine à comprendre.

[Rz 11] La Convention ne fixe pas les modalités avec lesquelles doivent être choisis les trois candidats soumis par un Etat à l'Assemblée. La Convention, cependant, fixe des conditions de qualité : les juges doivent jouir de la plus haute considération morale et réunir les conditions requises pour l'exercice de hautes fonctions judiciaires ou être des jurisconsultes possédant une compétence notoire (art. 21 ch.1 CEDH). L'Assemblée a clairement établi que les trois candidats doivent satisfaire à ces exigences²⁶. Ce point est délicat à plus d'un titre. D'une part, il y a de petits pays ou de très jeunes démocraties qui ont objectivement des difficultés à trouver trois candidats de valeur. Il est vrai qu'il n'existe pas d'obligation de présenter des candidats qui sont des ressortissants nationaux de l'Etat au titre duquel ils sont proposés. Pour le Liechtenstein, par exemple, c'est un juge de nationalité suisse qui est actuellement en fonction, comme cela était d'ailleurs le cas pour son prédécesseur. D'autre part, certains gouvernements essaient de piloter l'élection du juge de leur pays, en présentant le candidat souhaité avec des colistiers de qualité manifestement inférieure. L'Assemblée a ainsi décidé de ne pas examiner les listes et de les renvoyer au gouvernement concerné si les candidats ne respectent pas les critères de qualité fixés par la Convention. L'Assemblée, et pour elle la Sous-commission pour l'élection des juges²⁷,

a déjà fait usage à plusieurs reprises de cette faculté. Pas suffisamment, à mon avis. Il faut reconnaître que l'instrument du renvoi, bien que parfaitement justifié, risque d'entraîner un bras de fer entre l'Assemblée et l'Etat en question, ce dernier refusant tout simplement de présenter une nouvelle liste, ou tardant énormément de le faire. Récemment un autre cas de figure s'est présenté : la liste au titre de l'Ukraine avait déjà été transmise et avant la décision de l'Assemblée un des candidats s'est retiré. En fait, il ne s'agissait que d'une manœuvre pour présenter une nouvelle liste, l'un des candidats, un ancien ministre de la justice, n'étant pas persona grata à la nouvelle majorité politique. L'Assemblée a sommé l'Ukraine de remplacer le candidat qui s'était retiré, la présentation d'une nouvelle liste n'étant plus possible à cet état de la procédure. Il s'en est suivi une longue période de blocage, pour ne pas dire un sabotage de la part du gouvernement de Kiev²⁸. Suite à un débat à l'Assemblée, l'Ukraine s'est finalement résolue à demander un avis de la Cour. Celle-ci, comme il était amplement prévisible, a donné raison à l'Assemblée²⁹. L'Ukraine a finalement présenté une nouvelle candidate. En fait, la liste aurait dû être renvoyée, cette candidate ne remplissant manifestement pas les critères exigés. La Sous-commission a présenté sa proposition à l'Assemblée : le candidat proposé n'a cependant pas été élu et c'est justement, à la surprise générale, la candidate qui soulevait le plus de doutes qui est devenue juge à la Cour. Cela a été la conséquence d'une convergence de lobbies différents (féminin, religieux et politique). Peu avant, pour l'élection du juge italien, le Nonce apostolique et l'Ambassadeur d'Italie étaient intervenus auprès de nombreux députés influents (ou retenus tels) en faveur d'un candidat, au détriment de celui proposé par la Sous-commission. Ce fut finalement ce dernier qui fut élu. Ces affaires soulèvent des doutes quant aux modalités de désignation des juges. Les points critiques sont au niveau de la sélection nationale et lors de la procédure devant l'Assemblée. Certes, la Sous-commission pour l'élection des juges pourrait se démontrer beaucoup plus sévère et renvoyer les listes lorsque même un seul des candidats ou des candidates³⁰ ne remplit pas tout à fait les critères de qualité requise. Cela impliquerait, toutefois, un soutien fort et convaincu de la part du pouvoir politique,

au scrutin secret. Quant à la composition de la Sous-commission, voire la liste des titulaires sur le site web.

²⁶ Sur les décisions de procédure prise par l'Assemblée en matière d'élection des juges à la Cour, voire le document d'information de la Sous-commission pour l'élection des juges à la Cour européenne des droits de l'homme du 15 juin 2010.

²⁷ Il s'agit d'une sous-commission de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme. Les membres de cette sous-commission examinent le dossier des candidats et procèdent à une audition. Après une discussion, ils votent au bulletin secret pour l'un des trois candidats. La Sous-commission formule ensuite une recommandation pour le candidat qui a obtenu le plus de voix. L'Assemblée plénière vote ensuite, également

²⁸ Cette situation ubuesque et intolérable m'avait induit à demander le réexamen des pouvoirs de la délégation ukrainienne, une des seules sanctions que l'Assemblée peut prendre à l'égard d'un Etat membre qui ne fait pas face à ses obligations. Voir le rapport du 22 juin 2009. C'est suite à cette menace que les autorités Ukrainiennes se sont finalement décidées à demander, par l'intermédiaire du Comité des Ministres, l'avis de la Cour.

²⁹ La Grande Chambre a rendu son avis consultatif le 22 janvier 2010.

³⁰ L'Assemblée a décidé que les listes doivent contempler des candidats des deux sexes, ce qui, pour certains pays, ne facilite pas la tâche. Cela a été le cas avec Malte, ce petit Etat ayant de sérieuses difficultés à présenter une candidate de valeur. Finalement, après un long bras de fer, une liste avec une candidate a été présentée. La candidate n'a pas été élue et, en fait, elle ne satisfaisait manifestement pas aux exigences de qualité.

c'est-à-dire du Comité des Ministres. Ce dernier, hélas, tend à fonctionner selon le principe du consensus, ce qui le prive d'une véritable capacité de prendre des décisions qui pourraient déranger certains Etats membres. On fonctionne ainsi selon le principe du plus petit dénominateur commun.

[Rz 12] Ces prochains mois de nombreux juges, considérés aujourd'hui comme les piliers de la Cour, devront être remplacés³¹. Le moment est donc crucial pour la Cour et son avenir. La Conférence d'Interlaken sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu la nécessité de garantir un haut degré de qualité des juges et d'« assurer, au besoin en améliorant la transparence et la qualité des procédures de sélection aux niveaux national et européen, que les critères de la Convention relatifs aux conditions d'exercice de la fonction de juge à la Cour, notamment des compétences en droit public international et concernant les systèmes légaux nationaux ainsi que de bonnes connaissances au moins d'une langue officielle, soient pleinement respectés. De plus, la composition de la Cour devrait permettre à celle-ci de disposer de l'expérience juridique pratique nécessaire »³². Une proposition concrète est en train d'être élaborée pour mieux parer aux problèmes auxquels j'ai fait allusion : un collège de sages serait constitué – des juristes de grande réputation européenne – ayant comme tâche de procéder à un examen préalable des listes nationales pour établir si les trois candidats remplissent vraiment les conditions de qualité établies par la Convention³³. Si ce collège fonctionnera d'une façon rigoureuse et qu'il saura résister aux pressions politiques, cet instrument pourrait constituer sans doute une amélioration dans la sélection des juges.

[Rz 13] Qu'il me soit permis de remarquer, au passage, que le système d'élection des magistrats de l'ordre judiciaire suisse ne me paraît pas non plus tout à fait exempt de critiques. J'estime, en effet, que l'appartenance à un parti politique des candidats joue trop souvent un rôle excessif qui mal se concilie avec le principe de l'indépendance de la magistrature³⁴.

[Rz 14] La sélection des juges revêt naturellement une importance fondamentale au niveau national. L'Assemblée exige que la procédure soit transparente et prescrit expressément de procéder à des appels à candidatures ouverts et publics, de présenter les candidats dans l'ordre alphabétique et de décrire selon quelles modalités ceux-ci ont été sélectionnés³⁵.

L'Assemblée ne dit rien, cependant, au sujet d'une éventuelle participation des parlements nationaux au processus de sélection. En règle générale, on peut affirmer que c'est l'affaire du gouvernement, par le biais des ministères des Affaires étrangères ou de la Justice. La Suisse ne connaît pas de règles formelles. C'est le DFAE qui se charge des dispositions pratiques de la sélection. Lors de l'élaboration de la dernière liste des candidats suisses, la Délégation parlementaire suisse auprès de l'Assemblée parlementaire avait été invitée à donner son avis et avait procédé, de concert avec la Commission judiciaire, à l'audition des candidats proposés. Il n'existe toutefois pas de dispositions formelles qui règlent la procédure. C'est une lacune. La participation parlementaire devrait être définie clairement et les rôles de la Délégation parlementaire ainsi que de la Commission judiciaire précisés. Ces dernières ne devraient pas être consultées seulement sur les trois candidats proposés par le gouvernement, mais suivre toute la procédure et procéder, si nécessaire, aussi à l'audition des candidats qui n'ont pas été retenus par l'exécutif. L'Allemagne et la Belgique connaissent un système qui correspond à la pratique en vigueur chez nous. La Slovaquie, par contre, a attribué au parlement la compétence de désigner les trois candidats au scrutin secret³⁶.

[Rz 15] L'amélioration des procédures de sélection des juges est, certes, nécessaire, mais sûrement pas suffisante pour résoudre les graves problèmes de la Cour. Le drame de la juridiction de Strasbourg peut être exprimé aussi par le chiffre suivant : le 90% des requêtes sont jugées inadmissibles, la moitié des autres cas sont des affaires répétitives. La question du mécanisme de filtrage se pose d'une façon aiguë et n'est pas simple à résoudre. Toute restriction de la possibilité de s'adresser à Strasbourg est considérée par beaucoup comme une limitation intolérable d'un droit fondamental conquis par les citoyens européens. Il conviendrait aussi de sérieusement se demander si la Haute Cour européenne des droits fondamentaux doit vraiment compter 47 juges, si le principe d'un juge par Etat doit encore avoir cours. En son temps l'Assemblée avait proposé une Cour de neuf juges, sur le modèle de la Cour Interaméricaine, composée de onze magistrats, ou de la Cour africaine, sept juges ; la proposition avait été, bien entendu, refusée par les gouvernements. Une telle solution permettrait certainement de renforcer le prestige de la Cour et d'accroître l'autorité de sa jurisprudence. « Les juges de la Cour ne sont pas pour l'essentiel des juges européens, chacun porteur de sa propre culture, expérience, personnalité, dans une perspective commune à nous tous ? » se demande et constate, à juste titre, l'ancien juge Vladimiro Zagrebelsky³⁷.

³¹ Parmi ceux-ci, le juge suisse Giorgio Malinverni qui atteint la limite d'âge.

³² Déclaration d'Interlaken des 18 et 19 février 2010, point 8 a). Voir la documentation complète au sujet de la conférence.

³³ Un mécanisme analogue avait déjà été proposé par Michael O'Boyle, cité dans le rapport du 1^{er} décembre 2008 de Christopher Chope, Nomination des candidats et élection des juges à la Cour européenne des droits de l'homme, § 50.

³⁴ Voir : Dick Marty, Qui a peur du Conseil de la Magistrature ? In : Justice-Justiz-Giustizia 2009/2.

³⁵ Voir le document cité à la note 26, au point 9.

³⁶ Voir l'intervention du 18 mars 2010 du représentant de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée lors de l'audition organisée par la Commission des affaires constitutionnelles du Parlement Européen.

³⁷ Vladimiro Zagrebelsky, Le « juge national » à la Cour européenne des Droits de l'Homme. Considérations d'un juge à la fin de son mandat, in :

[Rz 16] La Cour des droits de l'homme est un patrimoine d'une valeur inestimable aussi bien pour la protection des droits fondamentaux de nous tous, européens, ainsi que pour le maintien de la paix sur le Continent. Son existence et sa nécessaire consolidation ne peuvent être laissées aux seuls gouvernements. Les parlements nationaux, la communauté judiciaire et la société civile en général doivent se sentir garants de cette institution et s'engager en faveur des valeurs exprimées dans cette extraordinaire charte qu'est la Convention européenne des droits de l'homme.

* * *