



PROCOLE 14 : LA LETTRE DE CACHET DE LA CEDH L'EUROPE DES JUGES EN DROITS DE L'HOMME UNIE DANS LA DIVERSITÉ ?*

di Christophe Germann**

"La fonction de juge dans les vallées ne peut être achetée. Elle ne peut en outre être exercée que par des Confédérés."

Article 4 du Pacte fédéral du premier août 1291¹

In memoriam Antonio Zorzi Giustiniani

SOMMAIRE: Résumé en anglais - English summary. - 1. Nouvelle légitimité pour la Convention européenne des droits de l'Homme. - 1.1. Le peuple suisse plébiscite les juges "étrangers". - 1.2. Le problème du juge "acheté" par les pouvoirs politiques. - 1.3. Le protocole 14 CEDH : le prix du succès qui anéantira celui-ci ? - 2. Un pouvoir illimité du juge unique "étranger acheté" pour dénier justice ? - 2.1. L'Europe des juges, désunie dans la diversité - 2.2. Le marteau solitaire de la conviction intime. - 2.3. La régression nationale populiste et le choc des juridictions. - 3. Conclusions : pétition pour une réforme urgente du Protocole 14 CEDH.

* Une version courte de cette contribution est parue dans le quotidien suisse Le Temps du 12 novembre 2018 et a fait l'objet d'un entretien diffusé par Arte, voir liens sur www.diversitystudy.eu sous la rubrique "Publications".

** Docteur en droit, avocat et professeur adjoint à l'Université Webster (Genève) ; contact : info@germann-avocats.com.

¹ Selon une narration bien ancrée, les représentants des cantons d'Uri, Schwyz et Unterwald se réunirent le 1er août 1291 sur la prairie du Grütli pour sceller une alliance qui allait donner naissance à la Confédération helvétique. Les termes de cette alliance sont inscrits dans le Pacte fédéral, un document conservé au Musée des chartes fédérales de Schwyz. La recherche scientifique relativise toutefois cette version des faits, voir O. PAUCHARD, *Le Pacte de 1291 sous la loupe des historiens*, dans Swissinfo, 1 août 2009 : www.swissinfo.ch/fre/le-pacte-de-1291-sous-la-loupe-des-historiens/554840 Lire également J. FAVROD, *Que s'est-il réellement passé en 1291 ?*, dans *Le Temps*, 4 août 2016: <https://www.letemps.ch/suisse/sestil-reellement-passe-1291> Pour une traduction du pacte par l'administration fédérale: www.admin.ch/gov/fr/accueil/conseil-federal/histoire-du-conseil-federal/pacte-federal-1er-aout-1291.html

1. Nouvelle légitimité pour la Convention européenne des droits de l'Homme

1.1. Le peuple suisse plébiscite les juges "étrangers"

Le 25 novembre 2018, une double majorité du peuple et des cantons helvètes a clairement rejeté une initiative populaire de l'Union Démocratique du Centre (UDC), un parti basculant vers l'extrême droite, intitulée "Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination)".² Cette initiative était inscrite dans un populisme xénophobe de longue haleine ayant abouti notamment à empêcher une adhésion de la Suisse à l'Union européenne, à interdire la construction de minarets en Suisse ainsi que, plus généralement, à stigmatiser en Suisse l'étranger comme hostile et le requérant d'asile comme abuseur.³ Dans son essence, cette initiative pour l'"autodétermination" aspirait à subordonner le droit international au droit national suisse. Dans ce sens, elle voulait empêcher que des litiges puissent être soumis utilement à des tribunaux supra-nationaux, en particulier sur la base de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH). Selon le gouvernement suisse, l'initiative aurait risqué d'entraîner un affaiblissement de la protection des droits de l'homme, notamment ceux garantis par la CEDH.⁴

Le peuple suisse jouit d'une liberté à exprimer ses opinions publiques et sa volonté politique des plus évoluées grâce à l'institution de l'initiative populaire lui permettant de modifier la constitution fédérale sans intermédiaires et à tout moment.⁵ Par son plébiscite historique du 25 novembre 2018, la Suisse a gratifié la CEDH d'une nouvelle légitimité érigée sur le socle de la démocratie directe. Sur le plan du droit interne, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme peut avoir une influence particulièrement positive en Europe sur l'administration de

² Avec un taux de participation de 47,7 %, soit de 2'585'802 de citoyennes et citoyens, l'initiative populaire pour l'"autodétermination" a été rejetée à hauteur de 66.2 % des votants.

³ Au sujet de l'initiative populaire contre la construction de minarets, lire C. GERMANN, *La diversité humaine à l'appel du minaret*, dans *Le Courrier*, 7 décembre 2009 : <https://lecourrier.ch/auteur/christophe-germann/> ; cf. aussi décision de la Cour du 28 juin 2011 dans l'affaire Ligue des Musulmans de Suisse et Autres c. Suisse, no 66274/09, CEDH - dans le meilleur des mondes possibles, cette décision d'irrecevabilité motivée de manière détaillée et prise non pas par un juge unique, mais à la majorité par sept magistrats, fournit un exemple à suivre en matière d'accès à la Cour conformément à l'article 6 CEDH.

⁴ Le Conseil fédéral avait estimé qu'en cas d'acceptation de cette initiative, la Suisse aurait pu être systématiquement et durablement empêchée d'appliquer certaines dispositions de la CEDH. À long terme, l'exclusion de la Suisse du Conseil de l'Europe n'était pas à exclure, ce qui aurait eu les mêmes effets qu'une dénonciation de la CEDH et aurait envoyé un signal négatif aux autres États ; cf. www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/abstimmungen/selbstbestimmungsinitiative.html

⁵ Conformément aux articles 138 à 139 b de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (RS 101), une révision totale ou partielle de celle-ci peut être demandée par le biais d'une initiative populaire. Une initiative peut être présentée sous forme de texte déjà rédigé ou d'une suggestion générale. De ces deux formes d'initiatives populaires fédérales, la plus fréquemment utilisée est l'initiative qui se présente sous la forme d'un projet rédigé. Pour qu'une initiative populaire aboutisse, les initiants doivent récolter, dans un délai de 18 mois, 100'000 signatures de personnes ayant le droit de vote. Par ces signatures, ces personnes se déclarent favorables à soumettre l'initiative à la votation populaire. Le parlement est ensuite chargé d'examiner si l'initiative respecte les principes de l'unité de la forme, l'unité de la matière et les règles impératives du droit international. Si ce n'est pas le cas, il peut la déclarer totalement ou partiellement nulle. Si l'initiative populaire est déclarée valable par le Parlement, elle est soumise à la votation populaire. Le Conseil fédéral et le Parlement peuvent choisir de lui opposer un contre-projet direct ou indirect. Voir également Administration fédérale, *L'initiative populaire : 125 ans d'histoire* : www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/dossiers/125-ans-initiatives-populaires.html

la justice dans les États à tendance autoritaire ou dirigés par des partis populistes, puisque les juridictions nationales sont censées mettre en œuvre et appliquer elles-mêmes la Convention non seulement dans leurs constitutions et législations, mais également dans leurs jugements et décisions. En matière de jurisprudence, le grand mérite de la CEDH aujourd'hui, c'est en premier lieu d'éduquer les juges nationaux aux droits de l'Homme, cette éducation "européenne" profitant le plus aux juges issus de juridictions aux politiques oppressives et discriminatoires, notamment en protégeant leur indépendance de magistrats à l'égard des pouvoirs politiques en place dans leurs propres États.

1.2. Le problème du juge "acheté" par les pouvoirs politiques

Malgré son but hostile à la cause des droits de l'Homme, l'initiative pour l'"autodétermination" a eu néanmoins le mérite indéniable de thématiser non seulement la problématique du juge "étranger" (fremder Richter), mais aussi et surtout celle du juge "acheté" (gekaufter Richter), éléments qui restent d'actualité et méritent aujourd'hui un débat critique plus large en Europe. En effet, il est notoire que les juges sont susceptibles de manquer d'impartialité lorsque des différends judiciaires touchent aux intérêts des pouvoirs publics, en premier lieu le gouvernement, l'administration et les partis politiques ainsi que les secteurs économiques hybrides que l'Etat subventionne ou dans lesquels il a investi.⁶ En Suisse par exemple, les partis ont une emprise déterminante sur la sélection, la nomination et la confirmation de magistrats aux niveaux cantonal et fédéral. A ce sujet, un ancien président du Tribunal fédéral Claude Rouiller critiquait à juste titre dans un entretien accordé au quotidien *Le Temps* la réélection périodique contraignant les juges fédéraux à conserver des rapports étroits avec le parti qui les a présentés : "Vu de l'extérieur, ce n'est pas sain, même si ces rapports restent formels et si les juges fédéraux sont certainement indépendants dans l'accomplissement de leur mission."⁷ Le problème des juges "étrangers" et "achetés" concerne toutefois non seulement les justiciables suisses, mais aussi les ressortissants de tous les pays européens qui sont parties de la Convention européenne des droits de l'Homme. Les partis politiques et autres acteurs ou facteurs ayant un impact sur la carrière professionnelle d'un magistrat sont susceptibles de peser sur la conviction intime des juges - phénomène bien connu dans de nombreux pays et problématique amplement médiatisée aux États-Unis en 2018 lors du processus de nomination de Brett Kavanaugh comme juge à la Cour suprême américaine.⁸ Dans des affaires sensibles et controversées, par exemple en matière d'avortement ou de

⁶ L'affaire de la loi genevoise « Cinéforum » portée devant le Tribunal fédéral est un cas d'école, cf. C. GERMANN, « *Atteinte aux mœurs* » en cinéma subventionné ?, dans *Le Courrier*, 3 mars 2017: <https://lecourrier.ch/2017/03/06/atteinte-aux-moeurs-en-cinema-subventionne/>

⁷ D. MASMEJAN, « *Les partis se partagent les sièges du Tribunal fédéral comme si c'était un gâteau* », dans *Le Temps*, 12 septembre 2014: www.letemps.ch/suisse/partis-se-partagent-sieges-tribunal-federal-cetait-un-gateau Le Groupe d'Etats contre la Corruption GRECO du Conseil de l'Europe critique la proximité des juges fédéraux avec les partis politiques et émet des recommandations visant à améliorer le système dans son rapport d'évaluation de la Suisse concernant la prévention de la corruption des parlementaires, des juges et des procureurs du 15 mars 2017, points 99 à 101.

⁸ Lire notamment Editorial Board, *How Brett Kavanaugh Failed*, in *New York Times*, 4 octobre 2018, qui donne un aperçu des avis hostiles à la nomination de ce juge.

discrimination sur la base de la nationalité, les juges qui se laissent tenir en laisse par les pouvoirs politiques perdent toute légitimité et sabotent ainsi l'idéal d'une justice impartiale et indépendante, sereine au-delà de la mêlée politicienne du quotidien, une éventualité qui transforme la séparation de ces pouvoirs en fiction. Afin de prévenir la propension des États à contrôler indûment leurs juges - dans le meilleur esprit de Montesquieu - la Cour européenne des droits de l'Homme offre au justiciable une instance censée être plus impartiale. En d'autres termes, par le fait même d'être appliquée par des juges "étrangers" qui sont, en cette qualité, *a priori* plus neutres, la CEDH est un instrument mettant fidèlement en œuvre l'article 4 du Pacte fédéral du premier août 1291 cité au début de cette contribution : "*La fonction de juge dans les vallées ne peut pas être achetée.*"⁹ Par contre, le problème de la prohibition des juges "étrangers" contenue dans le même article 4 de ce Pacte, qui a la valeur symbolique d'un acte fondateur de perception quasi mythologique dans le discours politique helvétique, est devenu aujourd'hui sensiblement plus épineux en pratique. En effet, depuis l'entrée en vigueur du Protocole 14 au 1er juin 2010, la Cour européenne des droits de l'Homme a commencé à perdre un élément crucial de sa légitimité, perte susceptible de s'aggraver encore par une fragmentation croissante des cultures politiques nationales en Europe liées aux droits fondamentaux.¹⁰

Nul besoin de parapluie lorsqu'il fait beau temps. La règle consiste à présumer l'intégrité de tout juge, sans discrimination aucune. Toutefois, comme l'a notoirement proclamé Carl Schmitt, "Est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle."¹¹ Le juge unique disposant du pouvoir de trancher définitivement en matière de droits fondamentaux peut usurper cette "souveraineté" en cas de tempête - ni vu, ni connu - et y sera d'autant plus enclin s'il provient d'un État adepte des situations d'exception.¹² Dans notre contexte, il convient de rappeler

9 Voir note 2 supra.

10 Le Protocole 14 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 13 mai 2004, amendement le système de contrôle de la Convention, contient des modifications de la procédure de plainte individuelle afin de donner à la Cour les moyens et les outils utiles pour un rejet rapide et efficace d'une plainte irrecevable. L'article 12 de ce protocole modifie dans ce sens la teneur de l'article 35 al. 3 CEDH. Il s'agit d'un protocole d'amendement. Contrairement au protocole additionnel, le protocole d'amendement modifie le texte de la CEDH et entre uniquement en force lorsque tous les États parties l'ont ratifié. La Russie était le seul membre du Conseil de l'Europe à s'opposer à la ratification de ce protocole, bloquant ainsi la réforme de la Cour. Le 15 janvier 2010, avec 392 voix sur 450, la Douma d'Etat russe a finalement donné son feu vert à la ratification.

11 C. SCHMITT, *Théologie politique*, Paris, Gallimard, 1988, 15.

12 Dans ce contexte, il convient de garder à l'esprit les travaux préparatoires de la CEDH et l'évolution ultérieure du projet initial vers un droit de requête individuelle; cf. J. H. GERARDS / L. R. GLAS, *Access to justice in the European Convention on Human Rights system*, dans *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2017, Vol. 35(1) 11-30, qui résume la *ratio pactis* envisagée initialement et l'historique de son développement après la chute du Mur de Berlin en ces termes (références omises) : "The drafters envisaged the Convention as an instrument that would be 'an early warning system to sound the alarm in case Europe's fledgling democracies began to backslide toward totalitarianism' and one that would strengthen 'the resistance [. . .] against insidious attempts to undermine our democratic way of life from within or without', that is, protecting States from communism. The drafters therefore seemed to see the Convention system as a safeguard of general justice; the protection of individual human rights was not at the forefront of their concerns. This is not surprising as the individual right to petition was regarded as 'a dream unlikely to ever be realized' in the early 1950s. Furthermore, up to the 1990s, individuals had an 'inferior' status in the system because the right remained optional and individuals did to not have standing before the Court. By the 1990s, however, all States had accepted the right. Furthermore, Protocol 11 (1998) made acceptance of the right mandatory and thereby 'fully institutionalized' it 'as the motor of the enforcement machinery under the Convention'. Providing individuals justice thus gained importance."

également le fameux précepte du Lord Chief Justice Hewart : "Justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done."¹³

1.3. Le protocole 14 CEDH : le prix du succès qui anéantira celui-ci ?

Depuis plusieurs années, la Cour européenne des droits de l'Homme est submergée de requêtes individuelles (plus de 79 700 étaient pendantes au 31 décembre 2016). Or la quasi-totalité de ces requêtes (environ 95 %) est rejetée, sans examen sur le fond, pour ne pas avoir rempli l'un des critères de recevabilité prévus par la CEDH. En 2016, par exemple, sur 38 505 requêtes réglées par la Cour, 36 579 ont été déclarées irrecevables ou ont été rayées du rôle de la Cour.¹⁴ Cette situation provoque une double frustration, comme l'observe la Cour elle-même. D'une part, ayant l'obligation de répondre à chaque requête, la Cour n'est pas en mesure de se concentrer dans des délais raisonnables sur les affaires nécessitant un examen sur le fond. D'autre part, des dizaines de milliers de requérants se voient inexorablement déboutés de leur action. Pour tenter de faire face à ce problème et garantir une administration efficace de la justice, les États parties à la CEDH ont adopté le Protocole 14 prévoyant, entre autres, la possibilité que des requêtes "manifestement irrecevables" puissent être traitées par un juge unique assisté de rapporteurs non judiciaires et non plus par un comité de trois juges. Cet instrument institue également un nouveau critère de recevabilité lié à l'importance du préjudice subi par un requérant. Il vise à décourager l'introduction de requêtes par des personnes ayant subi un "préjudice insignifiant", notion intrinsèquement des plus floue et sujette à interprétation d'autant plus problématique qu'aucune voie de recours est ouverte contre une décision d'irrecevabilité basée sur une telle motivation...¹⁵ Le Protocole 14 permet par-là aujourd'hui à un juge unique "étranger" de faire la sourde oreille aux affaires qui lui sont attribuées grâce à une marge d'appréciation proprement arbitraire, cela formellement pour décharger la Cour et, en cas d'abus, avec pour effet, en cas d'abus de ce pouvoir sans garde-fou, d'empêcher l'accès à la justice. Le Protocole 14 mutile ainsi sévèrement la CEDH sur le plan même de ses propres normes fondamentales en matière de procès équitable

13 R v Sussex Justices; Ex parte McCarthy [1924] 1 KB 256, 259 ('R v Sussex Justices'); cf. l'article d'A. RICHARDSON OAKES / H. DAVIES, *Justice must be seen to be done: A contextual reappraisal*, dans *Adelaide Law Review* 2016, 37 (2), 461-494, qui analysent le dictum du juge Hewart dans le contexte des débats du début du siècle dernier quant à la composition de la Cour permanente de justice internationale. Selon ces auteurs, la composition de la magistrature reste aujourd'hui un sujet actuel, les impératifs portant sur la représentation démocratique et la redevabilité prenant le devant de la scène. Sous cet angle, l'apparence de la justice serait mieux servie par des juges qui reflètent la communauté qui les a nommé pour servir dans un tribunal. Le principe du "juste reflet" ("fair reflection principle") des normes juridiques internationales appelle une attention renouvelée sur la question de la composition de la magistrature, ce qui donne une actualité contemporaine au postulat de Lord Hewart et illustre le lien dynamique entre l'évolution des normes de droit nationale et internationale. Au sujet du principe du juste reflet, voir notamment Sophie Turenne (sous la direction de), *Reflection of Society in Judicial Systems - A Comparative Study*, Springer, Berlin 2015.

14 Pour des statistiques actualisées, voir Cour européenne des droits de l'Homme, www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c=fr

15 Conseil de l'Europe - Cour européenne des droits de l'homme, *Guide pratique sur la recevabilité* du 28 février 2017, p. 7. Pour une introduction très brève, voir la vidéo de la CEDH datée de 2012 sur la recevabilité sur www.youtube.com/watch?v=FxfCnu2m6nw Cf. N. VOGIATZIS, *The admissibility criterion under article 35(3)(b) ECHR: A 'significant disadvantage' to human rights protection?* dans *International and Comparative Law Quarterly* 2016, 65(1), 185-211.

articulées par l'article 6, cela par un mécanisme que l'on ne saurait raisonnablement légitimer par des préoccupations d'économie procéduriales aussi importantes soient-elles.¹⁶ Conclure à l'irrecevabilité d'une affaire qui dérange au niveau politique, est le moyen le plus efficace pour la passer sous silence, cela au moyen de règles sur l'irrecevabilité que l'on peut impunément appliquer de manière contraire à leur but. Comment vérifier s'il y a abus ? - En vertu du Protocole 14, il incombe à un juge unique de déterminer de manière définitive l'irrecevabilité d'une requête - en d'autres termes, le juge unique dispose du dernier mot, qui ne peut pas faire l'objet d'un recours quelconque. Par-là, il n'y a plus aucun garde-fou effectif contre une décision arbitraire d'un juge "étranger", qui peut ainsi aisément abuser de son pouvoir, celui-ci étant en pratique illimité. Même lorsqu'une requête est compatible avec la CEDH, et que toutes les conditions formelles de recevabilité ont été remplies, le juge unique peut néanmoins la déclarer irrecevable au motif d'un "défaut manifeste de fondement" sans autre motivation.¹⁷ Ainsi, par hypothèse, presque tous les coups sont permis au juge unique dès lors que sa décision formellement définitive ne sera plus sujette à aucune vérification par ses pairs. Le Protocole 14 fourni par-là au magistrat mal intentionné (ou minimaliste, prosélyte, insuffisamment qualifié ou tout simplement craintif pour sa carrière professionnelle) une véritable "lettre de cachet" pour refuser d'entendre les justiciables comme bon le lui semble.¹⁸

2. Un pouvoir illimité du juge unique "étranger acheté" pour dénier justice ?

2.1. L'Europe des juges, désunie dans la diversité

"Unie dans la diversité", telle est la devise de l'Union européenne ; à plus forte raison, cela devrait être le *leitmotiv* du Conseil de l'Europe à la lumière de sa raison d'être et de la composition

16 La déclaration de la Conférence de haut niveau réunie à Copenhague les 12 et 13 avril 2018 à l'initiative de la présidence danoise du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe résume le processus de réforme de la CEDH lancé en 2010 et rappelle au point 48 en particulier que "le droit de recours individuel reste une pierre angulaire du système de la Convention. Toutes réformes et mesures futures devraient être guidées par la nécessité de renforcer davantage la capacité du système de la Convention à répondre aux violations de celle-ci avec promptitude et efficacité." Au point 49, la Conférence exprime sa vive préoccupation face au grand nombre de requêtes toujours pendantes devant la Cour. Elle note que des mesures supplémentaires devront être prises au cours des années à venir afin de continuer à accroître la capacité de la Cour à gérer sa charge de travail. Par ailleurs, la section de la déclaration dédiée à la sélection et l'élection des juges de la Cour (points 55 ss.) ne préconise aucun garde-fou juridique susceptible de répondre spécifiquement à la préoccupation thématique dans cet article, se bornant à mettre l'accent sur l'exigence d'élire les candidats les plus qualifiés et les plus compétents conformément à l'art. 21 CEDH, qui prescrit notamment que 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.

17 *Guide pratique*, op. cit., p. 55. Pour un exemple de lettre standardisée émanant de la Cour en cas d'irrecevabilité décidée par un juge unique, voir la contribution critique de Helena De Vylder, *Stensholt v. Norway: Why single judge decisions undermine the Court's legitimacy*, 28 mai 2014, sur le blog "Strasbourg Observers" : <https://strasbourgobservers.com/2014/05/28/stensholt-v-norway-why-single-judge-decisions-undermine-the-courts-legitimacy-2/>

18 Selon Le Larousse, édition de 2005, la "lettre de cachet" est une lettre close par le cachet personnel du roi, destinée à transmettre un ordre ponctuel à un officier ou à un corps chargé de l'exécuter. (...) Alors qu'elles sont utilisées à de multiples fins et dans des domaines très variés de l'exercice du pouvoir, la mémoire collective, nourrie des indignations révolutionnaires, ne retient que leur utilisation à des fins répressives. Manifestation des prérogatives judiciaires du monarque, elles sont en effet souvent porteuses d'ordres d'incarcération, prononcés sans aucune forme de procès.

de ses membres encore plus hétérogène. Or, la diversité peut être à double tranchant.¹⁹ Ainsi, selon une étude récente du Pew Research Center basé à Washington, les Européens de l'Ouest et de l'Est perçoivent différemment l'importance de la religion, les minorités et les questions sociales clés. Par rapport aux Européens de l'Ouest, moins de citoyens d'Europe centrale et orientale accueilleraient des musulmans ou des juifs dans leur famille ou leur quartier, étendraient le droit au mariage aux couples de même sexe ou élargiraient l'octroi de la nationalité aux personnes nées hors de leur pays. Ces différences ressortent d'une série d'enquêtes réalisées par le Pew Research Center entre 2015 et 2017 auprès de quelque 56'000 adultes dans 34 pays d'Europe de l'Ouest, centrale et orientale. Elles continuent de diviser le continent plus d'une décennie après l'élargissement de l'Union européenne bien au-delà de ses racines en Europe de l'Ouest pour inclure, notamment, les pays d'Europe centrale tels que la Pologne et la Hongrie, et les pays baltes que sont l'Estonie, la Lettonie et la Lituanie. Le rapport conclut que, dans certains cas, "la fracture continentale dans les attitudes et les valeurs peut être extrême."²⁰

Il va sans dire que ces différences de mentalités et de parcours historiques récents en Europe ne sauraient laisser les juges nationaux indifférents et insensibles dans l'exercice de leurs fonctions. Dans ce contexte, la répartition interne des affaires au sein de la Cour européenne des droits de l'Homme entre juges uniques tel que pratiquée sans transparence sur la base du Protocole 14 a rendu le système largement incompatible avec une interdiction légitime du "juge étranger". En réalité, la Cour siégeant en formation de juge unique est devenue une véritable loterie pour le justiciable, qui peut s'avérer truquée dans de nombreux cas de figure. Par exemple, un juge russe nommé sous l'influence de Poutine peut être amené à déterminer la recevabilité d'une requête déposée par une homosexuelle irlandaise invoquant la CEDH contre une discrimination sur la base de l'orientation sexuelle en Irlande. Idem pour un juge turque nommé sous l'influence d'Erdogan quant à la violation de liberté d'expression dont serait victime un journaliste français en France. Idem pour une juge polonaise nommée sous l'influence de Kaczyński ou un juge hongrois sous la tutelle d'Orban quant à la violation du droit d'être entendu dans une procédure judiciaire impliquant un requérant d'asile musulman en Allemagne en lien avec la protection de la famille. Sur plus de 95 % des requêtes déclarées irrecevables chaque année par les juges uniques de Strasbourg, la probabilité statistique d'un nombre non négligeable d'abus ou autres dysfonctionnements liés à la personne du magistrat unique n'est pas à exclure d'emblée. Le justiciable se trouve ainsi face à un juge unique au pouvoir exorbitant et incontrôlable, qui, au prétexte que la requête serait "manifestement mal fondée" ou le "préjudice insignifiant" selon son interprétation personnelle et, cas échéant, culturellement ou autrement biaisée, a carte blanche pour faire la sourde oreille et dénier ainsi justice. De surcroît, une décision d'irrecevabilité permettra à l'État concerné de faire valoir une fausse légitimité de ses propres lois et décisions

19 Pour la variante culturelle du concept de la diversité en lien avec le droit du commerce international, voir l'étude de Germann Avocats de 2010 pour le Parlement européen au sujet de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles adoptée en 2005 par l'UNESCO : www.diversitystudy.eu

20 Lire le résumé français du rapport Pew du 29 octobre 2018 sur <http://www.pewforum.org/2018/10/29/les-europeens-de-louest-et-de-lest-percoivent-differemment-limportance-de-la-religion-les-minorites-et-les-questions-sociales-cles/>

attaquées par un individu qui serait véritablement victime d'une violation de la CEDH - l'effet pervers ultime du Protocole 14 est de puiser dans l'autorité morale de la CEDH pour contester à la victime le recours au droit.

2.2. Le marteau solitaire de la conviction intime

Peut-on faire subir à une homosexuelle irlandaise le marteau d'un juge "étranger" (russe) ayant fait carrière dans un régime homophobe ? - Peut-on faire subir à un journaliste français un juge "étranger" (turque) ayant gravi les échelons de la magistrature dans un état autoritaire qui persécute ses propres journalistes ? - Peut-on faire subir à un requérant d'asile musulman en Allemagne un juge "étranger" (polonais ou hongrois) par hypothèse inféodé à un pouvoir politique ouvertement islamophobe ? - C'est dans ces constellations que l'interdiction du "juge étranger" acquiert toute sa légitimité, notamment en vertu du principe du juste reflet.²¹ Dans ces exemples, l'Irlande, la France et l'Allemagne pourront injustement clamer victoire juridique grâce à des "juges étrangers" qui auraient été disqualifiés, dans une constellation inverse, comme "juges achetés" dans leurs propres juridictions nationales, parce que trop obséquieux à l'égard des pouvoirs politiques en place. Des justiciables ressortissants de pays démocratiques doivent dans ces hypothèses subir le verdict de "juges étrangers" de régimes autoritaires et systèmes similaires hostiles à la liberté, à l'égalité et à la solidarité, ce qui réduit tous les bienfaits de la CEDH à néant. Le juge unique à pouvoir décisionnel définitif, c'est une présomption de pensée unique contraire à la diversité humaine, dont l'effet peut être dévastateur pour le respect des droits de l'Homme - le justiciable subira dans ce cas de figure une double injustice, d'abord celle du juge "acheté" au niveau national et ensuite celle du juge "étranger" unique provenant d'une juridiction lui imposant, cas échéant, une interprétation de la CEDH contaminée par une appréciation et conviction juridique viciée ou de qualité inférieure, cela sous couvert du marteau de l'irrecevabilité.²² Afin de pallier au risque de subir une telle situation de justice sommaire des plus arbitraires, il faudrait un collège d'au moins deux juges provenant de diverses juridictions pour conclure à l'irrecevabilité d'une requête, ce qui permettrait un véritable débat argumenté - dans le meilleur esprit de la théorie sur l'action communicative de Jürgen Habermas et de son éthique du

21 Cf. note 5 supra.

22 En pratique, les juges baseraient leurs décisions sur le filtrage préalable des affaires par du personnel administratif (rapporteurs non judiciaires), ce qui empire le problème sous l'angle de la responsabilité ; cf. J. H. GERARDS / L. R. GLAS, op. cit., décrivent cette pratique de la manière suivante (références omises): "The work of single judges has hugely increased the efficiency of deciding on admissibility matters, and has contributed to a fast reduction of the Court's backlog. This may be regarded as a great gain from a perspective of procedural access to justice, since in all these cases the Court is actually looking into the individual complaints. However, there is a downside from the perspective of substantive access to justice. It has been well documented that non-judicial rapporteurs (Registry officers) sift through, assess and categorise the many incoming applications. When they allocate cases to the single judges, these are presented with lists containing single-sentence descriptions of each case. Relying on the quality of these preparatory documents, the judges usually simply rubber-stamp them, without looking into the file. Given that the single-judge decisions currently make up nearly 80% of all the applications disposed of, this means that in all these cases, the decisions are taken in substance by Registry staff. (...)"; cf. également note 26 infra.

discours - et, par-là, un contrôle social entre magistrats nationaux siégeant à la Cour européenne des droits de l'Homme.²³

2.3. La régression nationale populiste et le choc des juridictions

Les affaires ayant opposé des nationalistes turcs à la Suisse niant le caractère de génocide des atrocités de masse commises par l'empire Ottoman contre le peuple arménien constitue un exemple emblématique non seulement de la complexité de certains cas portés devant la Cour, mais également de l'asymétrie dans l'accès à la justice liée à la problématique du juge unique thématisée ici.²⁴ Un juge unique originaire d'une juridiction nationale à tendance autoritaire, qui refuserait de déclarer recevable une affaire portant sur la violation de la liberté d'expression basée sur l'article 10 CEDH, sera perçu par le justiciable comme dénué d'impartialité, sauf s'il s'agit d'une affaire de propagande d'État véhiculée par des individus ressortissants ou sympathisants de l'État à tendance autoritaire. Dans ce cas de figure, le Protocole 14 a donc institué une partie de dés pipés à deux poids et deux mesures : un juge unique turc, russe, polonais, hongrois etc., d'une proximité douteuse envers le pouvoir qui l'a nommé, bloque par hypothèse une affaire de liberté d'expression portée par des membres du groupe Femen dénonçant de la discrimination contre les femmes et, l'encre de sa signature à peine séchée, déclare recevable une affaire liées à des actes de violence verbale commis par des activistes anti-avortement ou homophobes se prévalant de la liberté d'expression. Ces hypothèses illustrent également les zones grises de l'attribution des affaires aux juges uniques par la Cour - alors que celle-ci croule aujourd'hui un peu moins sous les dossiers, nul ne sait hors temple qui applique dans l'urgence de manière sommaire quels critères à quels cas concrets.²⁵

Selon certains historiens et juristes, le droit international gratifierait l'humanité d'un effet "civilisateur" sur les nations, hypothèse bien évidemment teintée d'ethnocentrisme.²⁶ Si cette interprétation était néanmoins vraie, force serait alors de constater que le développement n'est pas le même dans toutes les nations à une époque donnée. Concrètement, dès lors que les juges de la Cour européenne des droits de l'Homme restent, en tant qu'individus, sociologiquement d'obédience nationale quant à leur carrière professionnelle et imprégnation politique, économique

²³ Voir en particulier J. HARBERMAS, *Erläuterungen zur Diskurstheorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991.

²⁴ CourEDH, *Perincek c. Suisse*, no 27510/08, Grande Chambre, (arrêt) 15 octobre 2015 et CourEDH, *Mercan et autres c. Suisse*, no 18411/11, (arrêt) 28 novembre 2017.

²⁵ L'auteur de cette contribution a demandé par courrier à la Cour en novembre 2018 de l'informer sur la pratique actuelle de l'attribution des affaires aux juges uniques dans le cadre d'un cas particulier; à ce jour, il n'a reçu aucune réponse. Sur son site officiel sous la rubrique "Traitement des affaires et méthode de travail", la Cour se borne à informer à ce sujet par un document de 2011 intitulé "Premier bilan de la section de filtrage" comme suit (extrait): "La section de filtrage fonctionne depuis le début de l'année 2011. Elle a principalement pour fonction de procéder à un tri immédiat, précis et complet des affaires afin d'assurer que toutes les requêtes sont aiguillées sur la bonne voie procédurale, qu'il s'agisse de les soumettre à un juge unique pour une prise de décision rapide ou de les envoyer à un comité de trois juges ou à une chambre qui les examinera conformément à la politique de priorité de la Cour." ; cf. également note 23 supra.

²⁶ Lire par exemple M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, CUP, 2001.

et socio-culturelle, un justiciable d'un État "civilisé" peut se retrouver face un juge d'un pays "retardé". A l'ère du "national trumpisme" ravageur il est fort à craindre qu'un nombre croissant de pays européens subiront une régression populiste par effet de contamination, ce qui pourra aboutir à terme, dans le pire des scénarios possibles, à mettre la CEDH hors jeu par le fait de juges uniques peu scrupuleux ou peu courageux contribuant à imposer le joug de l'extrême droite.

A première vue, tout portait le peuple suisse à rejeter en 2018 l'initiative populiste pour l'"auto-détermination" sans la moindre réserve. En effet, le principe de prévisibilité *pacta sunt servanda* - les accords internationaux doivent être honorés - et l'impératif d'une justice affranchie de "juges achetés" exigeaient un rejet massif de l'initiative de la droite xénophobe.²⁷ Passé le frisson du verdict populaire, qui n'est jamais prévisible et acquis d'avance, il convient toutefois de saisir aujourd'hui le momentum offert par l'institution de la démocratie directe en Suisse, qui a permis aux citoyennes et citoyens de se prononcer directement sur cette question. Le débat ayant précédé cette votation historique, soit une large discussion critique et contradictoire d'une grande qualité ayant façonné l'opinion publique helvétique, se doit maintenant d'être poursuivi et canalisé de sorte à perfectionner la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'Homme d'une manière utile et bénéfique à l'Europe entière. Dans ce but, il est nécessaire de donner une instruction citoyenne à tous les gouvernements des États membres de la CEDH à revoir substantiellement le Protocole 14 quant à l'article 35 CEDH, cela dans le but de remplacer le juge unique amené à décider de la recevabilité d'une requête par un collège de magistrats issus de juridictions à cultures juridiques diverses. De manière alternative ou complémentaire, la création de nouveaux tribunaux supra-nationaux de première instance à l'échelle régionale en Europe pourrait être également envisagée, en s'inspirant par exemple du modèle des *federal circuit courts* aux États-Unis qui déchargent la Cour suprême.

3. Conclusions : pétition pour une réforme urgente du Protocole 14 CEDH

Dans un État de droit démocratique, la politique est au droit ce que la musique militaire est à la musique tout court, et vice-versa. Jusqu'à la malheureuse entrée en force du Protocole 14 en 2010, la Convention européenne des droits de l'Homme avait contribué à un meilleur équilibre entre la politisation du droit et le respect du droit en *realpolitik* au sein des pays qui ont accepté sa juridiction. Face au danger croissant d'un "national populisme" qui déborde, il devient aujourd'hui plus urgent que jamais de réformer le système afin de protéger la Convention contre des juges

²⁷ Pour une discussion critique au sujet des moyens juridiques pour surmonter le déficit démocratique dans le cadre de négociations d'accords internationaux, cf. T. COTTIER / C. GERMANN, *Die Partizipation bei der Aushandlung neuer völkerrechtlicher Bindungen: verfassungsrechtliche Grundlagen und Perspektiven*, dans D. THÜRER et al. (sous la direction de), *Droit constitutionnel suisse*, Zürich 2001, pp. 77–96.

uniques quasi omnipotents, que l'on ne saurait présumer infaillibles par simple soucis d'économie procédurière.

En l'état actuel, la CEDH - victime de son propre succès - est devenue un jeu de hasard vulnérable à de la tricherie "décisionniste" susceptible de mettre le justiciable à la merci de juges "étrangers et achetés" issus de nations aux rationalités juridiques et irrationalités politiques incompatibles. Au vue de la légitimité juridique et de l'autorité morale acquises par la Cour européenne des droits de l'Homme avant l'entrée en vigueur du Protocole 14, cette situation choque d'autant plus le sentiment de justice dès lors qu'elle parasite depuis 2010 une réputation préalablement irréprochable. Cette légitimité ne semble plus être donnée aujourd'hui et, qui plus grave est, largement vidée de son noyau, elle suscite un faux-semblant pervers d'autorité morale gravement nuisible aux droits de l'Homme. Si l'Union européenne et ses membres, juridictions principales en nombre de pays et justiciables parmi les parties à la CEDH, devait se désintégrer un jour, la Cour européenne des droits de l'Homme se devra de survivre en tant que gardienne des valeurs existentielles du Vieux Continent dans son ensemble. Si l'Union européenne parvient à surmonter la marée populiste, elle le devra à la protection et la promotion de ces mêmes valeurs. Par conséquent, en tant qu' Européennes et Européens de cœur et d'esprit, il nous faut sans délai exiger une réforme du Protocole 14 pour sauvegarder la CEDH, précieuse boussole jurisprudentielle à la quête d'un monde meilleur pour plus de 800 millions de justiciables . Dans ce sens, sabrons le goulot et demandons aux États qui sont parties à la CEDH l'amendement suivant au moyen d'une pétition intitulée "*Réforme urgente du Protocole 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH)*" à signer en-ligne par tout un chacun sur www.change.org :

- 1) La question de la recevabilité d'une requête à la Cour européenne des droits de l'Homme doit être décidée par deux juges issus de pays de cultures juridiques diverses.
- 2) Si les deux juges n'aboutissent pas à une décision unanime, un troisième juge issu d'une juridiction aussi neutre que possible tranchera sur la base d'une motivation raisonnée.
- 3) Les argumentaires et débats des juges seront publics (enregistrement sonore mis en ligne).²⁸

Cette pétition est censée stimuler un large débat critique sur la réalité actuelle et un avenir désirable des droits de l'Homme en Europe et au-delà.

²⁸ Adresse de la pétition (état au 1 janvier 2019) : <https://www.change.org/p/les-gouvernements-des-pays-qui-sont-parties-à-la-cedh-réforme-urgente-du-protocole-14-de-la-convention-européenne-des-droits-de-l-homme-cedh>.

Résumé en anglais - English summary

Can an Irish homosexual be subjected to the hammer of a "foreign" (Russian) judge who has made a career in a homophobic regime? - Can a French journalist be subjected to a "foreign" (Turkish) judge who has risen through the ranks of the judiciary in an authoritarian state that persecutes its own journalists? - Can a Muslim asylum-seeker in Germany be subjected to a "foreign" (Polish or Hungarian) judge from a country whose government is openly Islamophobic? - In these constellations the prohibition of the "foreign judge" acquires some justification when it comes to assess the impartiality of a supra-national tribunal such as the European Court of Human Rights. In these cases, Ireland, France and Germany may unfairly claim legal victory thanks to "foreign judges" who would have been disqualified as "bought judges" in their own national jurisdictions. In these configurations, citizens of democratic countries must endure the summary final sentence of single "foreign judges" presenting a proximity with authoritarian regimes, a situation which challenges all the benefits of the European Convention on Human Rights (ECHR).

On 25 November 2018 the Swiss people bravely rejected a so-called "popular initiative" aimed at modifying the federal constitution that was proposed by the populist right wing party Democratic Union of the Centre (UDC in French and SVP in German) under the slogan "Swiss law instead of foreign judges (initiative for self-determination)". This initiative was part of UDC's long-standing campaign - previously led by a billionaire - to market xenophobic populism in Switzerland. It had, however, the merit of thematizing not only the problem of "foreign" judges, but also and above all that of "bought" magistrates. This problem concerns not only Swiss citizens, but the inhabitants of all the European countries that are parties to the European Convention on Human Rights. In Switzerland, for example, judges are likely to lack impartiality when litigation affects the interests of public powers, primarily the government, its administration and political parties. Thus, judges who let themselves be leashed by political parties lose all legitimacy and thus sabotage the ideal of justice, a reality that transforms the separation of powers into fiction. In order to correct this realpolitik in the best spirit of Montesquieu, the European Court of Human Rights offers the litigant a supra-national instance of judicial recourse likely to be more impartial. In other words, by the very fact of being applied by "foreign" judges who are, in that capacity, a priori more neutral, the European Convention on Human Rights is an institution that faithfully implements Article 4 of the old Federal Pact of First August 1291: "*The function of judge in the valleys can not be bought.*" On the other hand, the problem of the prohibition of "foreign" judges contained in the same article 4 of this Treaty, which keeps symbolic value in the Swiss political discourse, has today become considerably more difficult to materialize in practice. Indeed, since the entry into force of Protocol 14 to the ECHR in 2010, the European Court of Human Rights has begun to lose a crucial element of its legitimacy. Protocol 14 allows a single "foreign" judge to screen cases with an unrestricted margin of appreciation, formally in order to discharge the Court and, in case of abuse, to deny access to justice. Concluding the inadmissibility of a politically disturbing affair is the most effective way of ignoring it. The allocation of cases

between single judges according to current practice renders the system arguably incompatible with a legitimate prohibition of "foreign" judges. Thus in practice, due to the absence of any effective legal safeguards against arbitrary decisions, Protocol 14 provides to the ill-intentioned magistrate (or simply a minimalist or insufficiently qualified judge) a "lettre de cachet" to arbitrarily refuse to hear the litigants. For example, a Russian judge appointed under the influence of Putin may have to determine the admissibility of a petition filed by an Irish homosexual invoking the ECHR against discrimination on the basis of sexual orientation in Ireland. The same for a Turkish judge appointed under the influence of Erdogan on the violation of freedom of expression that a French journalist in France would suffer. The same for a Polish judge appointed under the influence of Kaczyński or a Hungarian judge under the influence of Orbán on the violation of the right to be heard in a judicial procedure involving a Muslim asylum seeker in Germany in connection with family protection.

Of more than 95 % of the applications declared inadmissible each year by single judges in Strasbourg, the probability of a significant number of abuses can not be ruled out from the outset. The litigant thus faces a single judge with an exorbitant and uncontrollable power, who, upon the pretext that the request is "manifestly ill-founded" or that it concerns an "insignificant prejudice" according to his personal interpretation, has "carte blanche" to turn a deaf ear and deny so justice. Moreover, a decision of inadmissibility will allow the State concerned to assert a false legitimacy of its own laws and decisions against an individual who is genuinely a victim of a violation of the ECHR - the ultimate perverse effect of Protocol 14 is to draw in the moral authority of the ECHR to challenge the victim's recourse to law. In order to mitigate the risk of such a situation, a panel of at least two judges from different political and legal cultures and jurisdictions would be needed to determine the admissibility of the application, which would allow a genuine debate compliant with discourse ethics, and thereby a social control between national magistrates sitting in the Court. This contribution calls for a reform of Protocol 14 to safeguard the European Convention on Human Rights and invites the reader to sign an online petition aimed at promoting and implementing the modifications along the lines as follows:

- 1) The question of the admissibility of an application to the European Court of Human Rights must be decided by two judges originating from jurisdictions of diverse political and legal cultures.
- 2) If the two judges fail to reach a unanimous decision, a third judge, originating from a jurisdiction as neutral as possible in cultural terms shall have the casting vote.
- 3) The arguments and debates of the judges shall be public.