

**BRÈVES OBSERVATIONS SUR  
LE SECOND RENOUELEMENT TRIENNAL  
DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS  
DE L'HOMME**

PAR

Jean-François FLAUSS

*Professeur à l'Université de Paris II*

1. Depuis le *premier renouvellement* par moitié des membres de la Cour européenne intervenu en 2001 (1), plusieurs élections partielles ont été organisées en vue, soit de pourvoir au remplacement de juges démissionnaires, soit de désigner les juges des Etats nouvellement parties contractantes.

La démission s'est tantôt imposée au juge en place, parce qu'il avait atteint l'âge limite de 70 ans : telle a été la situation de M. Pastor Ridruejo. Son remplacement par l'agent en exercice du gouvernement espagnol devant la Cour européenne n'a eu lieu qu'au terme d'une procédure à rebondissements, au cours de laquelle les autorités espagnoles se sont passablement déconsidérées (2). Mais la démission a également pu être fondée sur des motifs d'ordre personnel. Ainsi le juge polonais, M. Makarczyk a, au lendemain de la reconduction de M. Wilhaber à la présidence de la Cour, préféré opter pour le poste de conseiller politique du président de la république de Pologne. De même, le retrait, à la fin 2002, de M<sup>me</sup> Palm, s'explique par le désenchantement qu'a éprouvé la juge suédoise au lendemain de la perte de sa vice-présidence. Plus récemment, à la fin de l'année 2003, le juge luxembourgeois, M. Fischbach, a quitté Strasbourg pour prendre en charge la fonction de médiateur de son pays. Pour limitées qu'elles soient en nombre, ces démissions volontaires sont néanmoins révélatrices de la relativité du prestige de la fonction de juge à la Cour de Strasbourg. On observe en outre que la légitimation politique des juges élus en lieu et place des juges

---

(1) Jean-François FLAUSS, «Le renouvellement triennal de la Cour européenne des droits de l'homme», *Rev. trim. dr. h.*, n° 47, 2001, pp. 693-713.

(2) Pour davantage de précisions, voy. Jean-François FLAUSS, «Retour sur l'élection des juges à la Cour européenne des droits de l'homme, A propos du remplacement du juge espagnol sortant», *Rev. trim. dr. h.*, n° 55, 2003, pp. 1115-1118.

démissionnaires n'a pas suscité une forte mobilisation au sein de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (3).

L'élection des juges siégeant au titre de l'Arménie, l'Azerbaïdjan, de la Bosnie-Herzégovine s'est déroulée courant 2003. Comme précédemment pour le remplacement des juges démissionnaires, le scrutin à l'Assemblée parlementaire a été marqué par un fort taux d'absentéisme (4). De surcroît, aucun d'entre eux ne bénéficia d'un vote qualifiable de plébiscitaire. Le siège de l'Arménie ne fut même pourvu que d'extrême justesse (5). Quant à la désignation de la juge de Bosnie-Herzégovine, elle fut contestée. Certaines représentations permanentes auprès du Conseil de l'Europe intervinrent en effet auprès du Bureau de l'Assemblée parlementaire. M<sup>me</sup> Mijovic était suspectée de nourrir des sympathies pour les milieux nationalistes de Pale et même d'avoir des liens avec le « chef de guerre » Karadjic. Après vérification, lesdites allégations s'avérèrent infondées et l'instance parlementaire adressa des excuses à la candidate bosniaque.

En élisant M<sup>me</sup> Gyulumyan (au titre de l'Arménie), M. Hajiyeu (au titre de l'Azerbaïdjan), M<sup>me</sup> Mijovic (au titre de la Bosnie-Herzégovine), l'Assemblée parlementaire a entendu privilégier les candidats qui disposaient de l'expérience judiciaire la plus avérée ou/et du profil académique le plus affirmé (6). A l'évidence, elle a également souhaité élargir la représentation féminine au sein de la Cour. Les choix ainsi opérés ne sont toutefois pas totalement incontestables dans la mesure où ils sacrifient, de manière fort cavalière, l'exigence linguistique : deux juges ne pratiquent absolument pas le français et le troisième avoue des connaissances limitées. C'est dire que le mouvement « d'anglophonisation » de la Cour européenne ne fait qu'empirer (7).

---

(3) En effet, le scrutin d'élection de ces juges a été marqué par un fort taux d'absentéisme. De surcroît, il a pu arriver que le juge soit proclamé élu avec un total de voix correspondant à peine à 15 % du nombre des parlementaires siégeant à titre statutaire au sein de l'Assemblée parlementaire.

(4) Le nombre des votants a oscillé entre 139 (scrutin pour l'Arménie et l'Azerbaïdjan) et 130 (Bosnie-Herzégovine), alors que le nombre de membres statutaires de l'Assemblée atteignait 306 (scrutin pour l'Arménie et l'Azerbaïdjan) et 313 (scrutin pour la Bosnie-Herzégovine).

(5) La candidate élue obtint 65 voix ce qui correspondait exactement à la majorité absolue des voix.

(6) En ce qui concerne la juge élue au titre de la Bosnie-Herzégovine, l'Assemblée a sans doute aussi été sensible à l'action que l'intéressée avait déployée en tant que représentante de plusieurs O.N.G. actives dans le domaine de la protection des droits de l'homme.

(7) On pourrait même ajouter « américanisation », étant donné que les trois juges ont suivi une formation universitaire dans des établissements des Etats-Unis.

2. Le *second renouvellement* triennal, ayant eu lieu au courant de l'année 2004, pourrait fort bien constituer la dernière opération électorale de ce type, pour autant que le protocole n° 14 à la Convention européenne des droits de l'homme, adopté le 12 mai dernier entrerait en vigueur, conformément à l'invitation adressée par le Comité des ministres aux Etats parties contractantes, dans un délai de deux ans. En effet, en pareille éventualité le mandat des juges en place serait prorogé dans des conditions telles que la repourvue des sièges interviendrait nécessairement à des échéances échelonnées dans le temps, et en tout état de cause n'obéirait plus à un renouvellement par moitié (8).

A l'instar des élections de 1998 et de 2001, celles de 2004 furent riches en péripéties diverses. La plus apparente fut indéniablement la tenue de scrutins espacés dans le temps : dix-huit sièges furent repourvus lors de la session d'avril de l'Assemblée parlementaire, deux sièges le furent à l'occasion des sessions de juin et de septembre, les deux derniers restants devraient l'être en janvier 2005... L'organisation des scrutins de juin et de septembre a été la conséquence de l'irrecevabilité opposée par la Commission d'audition aux listes de candidatures présentées par le Portugal, la Slovaquie et Malte.

Le processus électoral de 2004 aurait pu être affecté par un avatar supplémentaire, si le nouveau gouvernement grec issu des élections générales de mars 2004 avait décidé de retirer la liste de candidatures déposée par son prédécesseur pour lui en substituer une autre plus conforme à ses orientations. Tel n'a pas été le cas, mais force est de reconnaître que l'option de retrait, sans doute discutable, n'était pas nécessairement condamnable et certainement n'aurait pas été condamnée. En effet jusqu'à présent le retrait d'une liste de candidatures avant le jour de l'élection, et *a fortiori* avant l'audition des candidats par la Commission *ad hoc* constituée par la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire, n'a jamais été « censurée » par le Comité de ministres ou/et le Secrétaire général. Ceux-ci n'ont jamais bloqué la transmission de la nouvelle liste présentée et l'Assemblée parlementaire a toujours accepté de statuer sur la base de celle-ci. D'ailleurs le Secrétaire général du Conseil de l'Europe a, dans un avis du 18 octobre 2002, très expressément déclaré qu'il était possible à l'Etat de modifier partiellement ou totalement la liste de candidatures tant que l'élection n'avait pas eu lieu (9). L'attitude

---

(8) Voy. *infra* I.

(9) Document AS/Bur (2002)77.

«*fair play*» du gouvernement grec mérite d'autant plus d'être saluée que la liste composée par le gouvernement sortant ne comprend que de fidèles sympathisants du PASOK. Un retrait de la liste se serait inscrit dans le droit fil de la «politique des dépouilles». Mais en définitive aurait-il été réellement blâmable à partir du moment où le choix des candidats a relevé d'un processus purement politique, privilégiant les amitiés partisans ?

3. Le second renouvellement triennal n'a pas, en tant que tel, bouleversé la composition de la Cour, ne serait-ce que parce que sur vingt-et-un sièges à repourvoir, quinze ont été attribués pour l'heure à des juges sortants, dont la quasi-totalité avaient déjà accompli un premier mandat de six ans. On notera cependant que les nouveaux arrivants sont loin, pour l'heure, d'afficher l'envergure ou/et l'expérience de leurs prédécesseurs. Au surplus, le camp des internationalistes au sein de la Cour se réduit sensiblement (10) : il risque d'ailleurs de se restreindre encore davantage avec les départs annoncés d'ici deux ans des juges suisse et liechtensteinois, alors même que la Cour est de plus en plus confrontée à d'épineuses questions de droit international public (11). La nouvelle volée de juges contribue, arithmétiquement parlant, à un léger rajeunissement de la Cour; par contre, en tant que telle, elle ne modifie pas la répartition des sexes. De même, elle conforte la présence au sein de la Cour de membres ayant exercé d'importantes fonctions judiciaires dans leur pays ou au plan international (12) ou encore, ne remet pas en cause, loin s'en faut, le déséquilibre linguistique préexistant au sein de la Cour (13).

Dans ces conditions, il n'est pas vraiment utile d'épiloguer plus longuement sur les résultats de l'élection. En revanche, l'analyse des scrutins de 2004 exige plus de précisions et fournit davantage d'enseignements sur trois points : le renouvellement des juges sor-

---

(10) La remarque vaut encore davantage si l'on prend en compte le profil des juges élus au titre des nouveaux Etats contractants.

(11) A cet égard, voy. Jean-François FLAUSS, «Le droit international général dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», in Gérard COHEN-JONATHAN et Jean-François FLAUSS, *Droit international, droits de l'homme et juridictions internationales*, Droit et Justice, vol. n° 55, Nemesis-Bruylant, 2004, pp. 73-120. Voy. aussi le récent arrêt de Grande Chambre du 8 juillet 2004, *Ilascu et autres c. Moldova et Russie*, req. n° 48787/99.

(12) Trois des cinq juges élus sont des magistrats expérimentés. Un quatrième a siégé dans une juridiction internationale.

(13) Il contribue même vraisemblablement à l'aggraver dans la mesure où les nouvelles juges allemande et lituanienne pratiquent nettement moins bien le français que les deux juges sortants.

tants (I), la présentation des listes de candidatures (II), l'intervention de l'Assemblée parlementaire (III).

## I. – Le renouvellement des juges sortants

Le caractère renouvelable d'un mandat de six ans pour l'exercice d'une fonction électorale non politique présente un double inconvénient : d'une part il tend à peser sur la liberté d'expression des juges en situation de solliciter un nouveau mandat, d'autre part, il est de nature à placer à tout le moins une partie des membres de la Cour dans une situation de dépendance matérielle. C'est dire que l'instauration par le protocole n° 14 à la Convention d'un mandat de neuf ans non renouvelable constitue assurément une innovation favorable au renforcement de la protection de l'indépendance des juges (14).

### A. – *La reconduction de la candidature du juge sortant*

A l'occasion du renouvellement triennal de 2001, l'option de la reconduction des juges en qualité de candidats (ainsi que leur réélection) a été vivement encouragée, au nom de la continuité de l'activité juridictionnelle par le Président de la Cour en personne (15). Cette directive n'avait toutefois pas été suivie à la lettre, puisque deux Etats, l'Autriche et la Moldova ne présentèrent pas la candidature de leur juge sortant (16).

En 2004, c'est au tour du juge sortant de la Slovaquie, M<sup>me</sup> Straznicka de ne pas être reconduite comme candidate... alors qu'elle était de surcroît la seule femme à avoir postulé devant l'instance compétente pour procéder à la sélection des candidatures (le Conseil

---

(14) Lorsque cette nouvelle réglementation entrera en vigueur, les juges dont le mandat serait encore en cours bénéficieront d'un allongement de plein droit de la durée de celui-ci. Deux situations sont envisagées : pour les juges qui en sont à leur premier mandat, ce dernier est prolongé jusqu'à neuf ans ; pour les autres juges, la prolongation prévue est de deux ans.

(15) Sur ce point voy. Jean-François FLAUSS, «Le renouvellement triennal de la Cour européenne des droits de l'homme», *Rev. trim. dr. h.*, 2001, p. 605.

(16) Pour plus de détails sur l'éviction du juge sortant autrichien, voy. Norbert Paul ENGEL, «Status, Ausstattung und Personalhoheit Gerichtshof für Menschenrechte», *EuGRZ*, 2003, p. 129. Pour davantage de précisions sur les circonstances rocambolesques et mystérieuses justifiant l'attitude du gouvernement moldave, voy. Jean-François FLAUSS, «Le renouvellement triennal de la Cour européenne des droits de l'homme», *Rev. trim. dr. h.*, 2001, pp. 617-618.

judiciaire). Toujours est-il que le gouvernement slovaque a justifié, dans le courrier officiel de transmission de la liste des candidatures [avec un humour qui rappelle le « bon vieux temps »] que celle-ci ne comportait pas de candidature féminine parce que les candidats masculins étaient meilleurs... Or, le bien-fondé d'une telle assertion n'est nullement établi au vu d'un examen comparé des *curricula vitae* des trois candidats présentés par la Slovaquie et de celui de M<sup>me</sup> Straznicka. Mais le sort de cette dernière n'est pas encore totalement scellé, puisque la Sous-Commission *ad hoc* pour l'élection des juges a rejeté la liste slovaque, au motif qu'elle ne respectait pas les exigences de mixité et de transparence de la procédure nationale de sélection des candidats. Selon une opinion largement partagée, semble-t-il, la non-reconduction d'un juge sortant équivaut à l'exercice d'un « droit de veto » contraire à l'indépendance du juge (17) et en contradiction avec la protection que la jurisprudence de la Cour a assuré, au titre de l'article 10 de la Convention, au juge national (18).

Pourtant en soi la non-présentation du juge national sortant ne constitue pas une infâmie : elle peut être justifiée par la volonté d'éviter que le siège de l'Etat à la Cour européenne soit occupé par la même personne pendant des lustres, voire des décennies. Une telle préoccupation apparaîtra comme d'autant plus légitime que la désignation initiale du juge sortant a pu intervenir dans des conditions plus ou moins suspectes au regard des exigences imposées par la Convention ou/et arrêtées par l'Assemblée parlementaire. Il serait en effet particulièrement pernicieux d'obliger un Etat de reconduire systématiquement un candidat qui a profité, lors de sa première élection, de circonstances politiques, voire personnelles, particulièrement favorables. A partir du moment où le juge sortant a bénéficié d'une procédure nationale de sélection, taillée sur mesure, particulièrement opaque et partisane, il serait très mal venu de vouloir jouer par la suite les « vierges effarouchées ».

Autant dire que l'option de la reconduction automatique du juge sortant (19) n'est défendable que si l'établissement des listes de candidatures

---

(17) Voy. notamment en ce sens, Martin SCHUBARTH, « Der Europäischer Richter – ein unabhängiger Richter? », in *Festschrift für Stephan Trechsel zum 65. Geburtstag*, Schulthess, 2002, pp. 101-102.

(18) Voy. à cet égard, l'arrêt du 28 octobre 1999, *Wille c. Liechtenstein*, *Rec.*, 1999, VII.

(19) Telle qu'elle a été préconisée par exemple par INTERRIGHTS, « L'indépendance des juges : règles et pratiques relatives aux nominations à la Cour européenne des droits de l'homme », mai 2003, ronéo, p. 25.

répond pleinement à l'ensemble des conditions définies par l'Assemblée parlementaire. Ce qui signifie, entre autres, que les Etats doivent s'abstenir (sous peine d'irrecevabilité) d'émettre une préférence en faveur du juge sortant, comme certains l'ont encore fait en 2004 (20).

S'il est tentant de mettre en exergue la non-reconduction du juge sortant contre la volonté de celui-ci, il ne convient cependant pas de ne pas occulter totalement l'hypothèse du désistement volontaire du juge sortant. Ainsi en 2004, deux juges sortants (M<sup>me</sup> Thomassen élue au titre des Pays-Bas et M<sup>me</sup> Greve occupant le siège de la Norvège) n'ont pas postulé à la candidature pour des motifs d'ordre personnel et deux autres juges (M. Levits, juge letton et M. Kuris, juge lituanien) ont préféré rejoindre la Cour de Justice des Communautés européennes. Si ce dernier choix est parfaitement légitime, et donc respectable, il n'est pas cependant totalement innocent. En effet, un mandat à la Cour de justice est considéré comme plus prestigieux et peut-être surtout comme offrant au plan matériel, des avantages et privilèges supérieurs à ceux accordés aux juges de Strasbourg (la puissante voiture de fonction n'étant à l'évidence pas l'un des moindres). En outre, si le mandat n'est également que de six ans, il présente l'avantage de ne pas être soumis à une condition d'âge limite. Faut-il de la sorte estimer que la fonction à la Cour de justice est plus attractive intellectuellement que ne l'est celle exercée à Strasbourg? En tout état de cause, l'attitude des juges letton et lituanien ne peut être comprise comme traduisant un attachement indéfectible à la cause des droits de l'homme. Mais peut-être constitueront-ils malgré tout avec l'appui de deux autres anciens juges à la Cour européenne, en l'occurrence le polonais Makarzyck et l'estonien Lõhmus, un cartel «droit de l'homme» au sein de la Cour de Justice. Les charmes supposés du plateau du Kirehberg n'ont pas en revanche séduit le juge Maruste (Estonie) puisque celui-ci a décliné l'offre qui lui avait été faite par les autorités de son pays d'aller siéger à Luxembourg.

### B. – *La réélection du juge sortant*

En 2001, lors du premier renouvellement partiel, tous les juges sortants présentés à nouveau par le pays au titre duquel ils siégeaient ont été réélus (21). En 2004, il en a été de même, mais pour plusieurs juges sortants la réélection ne fut acquise que «dans la

---

(20) En ce sens l'attitude des gouvernements de la Grèce, de la Finlande, du Royaume-Uni, de la Suède. *Contra* la position de la République tchèque qui classe le juge sortant au troisième rang.

(21) On rappellera qu'en 1998, deux juges de l'ancienne Cour (M. Lõhmus pour l'Estonie et M. Voicu pour la Roumanie) furent battus.

douleur». C'est ainsi que M. Jungwiert (juge tchèque) classé en troisième rang, n'est réélu qu'avec cinq voix d'avance sur la majorité absolue exigée, et ce bien qu'il ait été recommandé par la Commission d'audition comme étant le candidat le plus qualifié. De manière plus spectaculaire encore, M. Cabral Barreto, juge portugais, n'est réélu que lors d'un second scrutin organisé en juin 2004 (22) avec une majorité de quarante-six voix sur quatre-vingt-sept suffrages exprimés, et après que la Commission d'audition ait décidé de ne pas recommander son élection pour des raisons demeurées à ce jour mystérieuses (23). De même, M. Maruste, juge estonien, n'est réélu que de justesse avec quatre-vingt-huit voix alors que la majorité exigée était de quatre-vingt-quatre suffrages. La Commission d'audition n'avait pas recommandé son nom et avait porté son choix sur M<sup>me</sup> Hion, agent du gouvernement estonien devant la Cour. Or, tout un chacun aura bien compris que ce choix n'a pas été fondamentalement motivé, par la volonté de favoriser une meilleure représentation féminine au sein de la Cour, qu'il n'était nullement dicté par la compétence moindre de M. Maruste (préféré en 1998 à M<sup>me</sup> Hion), mais qu'il était la conséquence d'une action de lobbying diligentée par la délégation russe à l'Assemblée parlementaire, et également selon toute vraisemblance, par le très bouillant agent du gouvernement russe auprès de la Cour. En l'occurrence, il s'agissait en particulier de faire payer au juge estonien les propos, peut-être abrupts mais parfaitement justifiés en substance, qu'il avait exprimés dans son opinion dissidente dans l'affaire *Slivenko et autres* (arrêt du 9 octobre 2003).

## II. – La présentation des listes de candidatures

Par le jeu de résolutions ou de recommandations, le Comité des ministres, mais aussi l'Assemblée parlementaire ont fixé des conditions de recevabilité des listes de candidatures qu'ils sont en

---

(22) La première liste présentée par le Portugal a été rejetée car elle ne répondait ni à la condition d'équivalence des candidatures et d'envergure des candidats, ni à l'exigence de transparence et de publicité devant gouverner la procédure de sélection des candidats.

(23) En effet, par rapport aux deux autres candidats figurant sur la seconde liste présentée par le Portugal, M. Cabral Barreto était apparemment et objectivement le candidat le plus qualifié. Faut-il dans ces conditions suspecter un quelconque règlement de comptes d'ordre politique ou plus simplement admettre que la Commission d'audition entendait sanctionner une manœuvre d'arrière-boutique inspirée par le juge sortant en personne ?



mesure, dans le cadre de leurs compétences respectives, d'opposer aux Etats (24). Or au vu de la pratique électorale de 2004, il s'avère que les conditions imposées ont été inégalement respectées et inégalement sanctionnées. Le constat vaut tant pour les exigences de fond que pour les contraintes d'ordre procédural.

### A. – *Les exigences de fond*

Elles ne se voient pas toutes assigner la même portée. Le non-respect de certaines constitue un motif d'irrecevabilité de la liste de candidatures. La méconnaissance d'autres débouche au mieux sur la formulation de remontrances.

#### 1. *Les exigences de fond sanctionnées*

##### a) *L'exigence relative à l'envergure des candidats et l'équivalence des candidatures*

Confirmant une option qu'elle avait déjà adoptée précédemment *in casu* (25), l'Assemblée parlementaire consacre en 2004, de manière très expresse l'exigence de l'«envergure» des candidats et le principe de l'équivalence des candidatures comme conditions de recevabilité des listes présentées par les Etats (26). La règle ainsi énoncée sera opposée lors du second renouvellement triennal à la liste présentée par le Portugal : un seul candidat (le juge sortant) est considéré comme remplissant les conditions pour être élu et comme possédant les qualifications requises par la Convention (27).

---

(24) Le dispositif préexistant (voy. *Rev. trim. dr. h.*, n° 47, 2001, pp. 695-696) a été actualisé en 2004 par l'Assemblée parlementaire (Recommandation 1649 (2004) et Résolution 1366 (2004) intitulées toutes deux «Candidats à la Cour européenne des droits de l'homme»).

(25) Rejet en 2002 de la première liste présentée par l'Espagne aux fins de remplacement du juge sortant atteint par la limite d'âge. Rejet en 1998 des premières listes présentées par la Bulgarie et par Saint-Marin. En 2001, il n'y eut aucun rejet de liste alors même que plusieurs d'entre elles (Albanie, Lettonie, Luxembourg, Andorre, Chypre, Moldova, Turquie, Ukraine, Roumanie) se caractérisaient toutes par la présence de deux candidats dont la stature était très en retrait par rapport à celle du troisième candidat (en l'occurrence le juge sortant). A la limite même, certains des candidats apparaissaient comme de simples figurants.

(26) «L'Assemblée décide de ne pas prendre en considération les listes de candidats..., énumérant des candidats qui... ne semblent pas tous présenter une envergure compatible avec l'article 21, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme». Résolution 1366 (2004) adoptée le 30 janvier 2004.

(27) En l'espèce, non seulement l'inégalité de stature entre le juge sortant et les autres candidats était flagrante, mais de surcroît ces derniers péchaient par manque

D'autres listes de candidatures déposées en vue du scrutin de 2004 auraient sans doute pu également être déclarées irrecevables au motif du manque d'équivalence des candidatures, et de surcroît pour défaut d'envergure suffisante de l'un ou l'autre candidat. Mais elles ne le furent pas, vraisemblablement soit parce que l'Etat en cause était un «petit» pays (28), soit parce que la liste était écartée sur un autre fondement

En toute hypothèse, les appréciations formulées par la Commission d'audition sur la valeur des candidatures invitent à la perplexité (29). En effet, selon cette Commission neuf pays auraient présenté trois candidats d'un très haut niveau (Allemagne, Croatie, Estonie, France, Irlande, Liechtenstein, Lituanie, Pays-Bas, Royaume-Uni).

Ce classement intrigue dans la mesure où on peut légitimement s'étonner du brevet d'excellence décerné à la liste du Liechtenstein à tout le moins (30). Mais surtout il étonne dans la mesure où les trois candidats de certains pays sont seulement qualifiés de «compétents» (Grèce, Belgique, Finlande, Russie, Suède). Or, assurément pour les trois premiers nommés la qualification retenue par la Commission d'audition frise l'injure. C'est dire plus généralement que les jugements portés par la Commission d'audition sur l'envergure et l'équivalence des candidatures sont, au moins partiellement, sujets à caution. Par ailleurs, elles demeurent nécessairement relatives : l'envergure des candidats ne peut en effet être appréciée à une aune unique applicable à tous les candidats sans exception. Au surplus, il est patent que la présence sur une même liste de trois candidats de très haut niveau (et qualifiés comme tels par la Commission d'audition) revêt une portée largement formelle, dès lors que l'un des candidats est le juge sortant (31). Il arrive même qu'à tout le moins l'un de ces postulants subisse, lors du vote de

---

←

d'envergure (au sens de l'article 21(1)) : l'un étant juge d'instruction militaire, l'autre juge dans une cour d'appel.

(28) Cas du Liechtenstein et de l'Islande.

(29) Appréciations consignées dans le rapport sur l'élection des juges à la Cour européenne des droits de l'homme suite à l'expiration du mandat de la moitié des juges (Document du 26 avril 2004).

(30) L'un des candidats n'étant qu'un jeune juriste, certes de bon niveau (doctorat en droit) mais n'ayant somme toute qu'une courte expérience professionnelle dans le service diplomatique de la Principauté.

(31) Jusqu'à présent aucun pays n'a présenté de candidat dont l'envergure serait manifestement supérieure à celle du juge sortant.

l'Assemblée, un sort peu enviable à la limite du « traitement dégradant » (32).

b) *L'exigence relative à l'équilibre des sexes*

En 1998, lors de l'élection des juges de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme près des deux tiers des listes présentées furent strictement masculines. En revanche, aucune ne fut strictement féminine... Mais comme à l'époque la mixité des listes n'avait pas été érigée en condition impérative de recevabilité des listes de candidatures, l'Assemblée parlementaire n'a pu sanctionner les Etats qui méconnaissaient la directive par laquelle elle préconisait un examen des candidatures en vue de parvenir à une représentation équilibrée des deux sexes au sein de la Cour (33). En 2001, lors du premier renouvellement triennal, la proportion des listes uniquement masculines demeura inchangée. Par contre, deux Etats présentèrent une liste strictement féminine (34). Or, en dépit des exhortations de l'Assemblée parlementaire (35) et de la prise de position velleitaire de la Commission d'audition des candidats déclarant qu'elle ne prendrait plus en considération les listes de candidats où ne figuraient pas de représentants de deux sexes, le non-respect de la condition relative à la mixité des candidatures ne fut pas sanctionné.

Face à l'empressement relatif des Etats, pris individuellement ou collectivement au sein du Comité des ministres, de se conformer à l'exigence de la mixité des listes de candidatures (36), l'Assemblée

---

(32) A cet égard voy. les scores réalisés en 2004 par M. Coussirat-Coustère (France), 5 voix sur 177 suffrages exprimés; M. Scheinin (Finlande), 6 voix sur 164 suffrages exprimés; M. Ehrenkrone (Suède), 4 voix sur 168 suffrages exprimés; M. Pisuke (Estonie), 3 voix sur 166 suffrages exprimés; M. Klima (République tchèque), 9 voix sur 169 suffrages exprimés.

(33) Pour davantage de précisions, voy. Jean-François FLAUSS, « Radioscopie de l'élection de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, n° 35, 1998, p. 439.

(34) Pour plus de détails, voy. Jean-François FLAUSS, « Le renouvellement triennal de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, n° 47, 2001, p. 699.

(35) En ce sens la Recommandation 1429 (1999). Procédure de nomination des candidats à la Cour européenne des droits de l'homme au niveau national.

(36) Attitude confirmée à l'occasion de l'adoption du protocole n° 14 à la Convention européenne des droits de l'homme : les Etats renoncent à imposer l'obligation de présenter des listes de candidatures mixtes, au motif (officiel) qu'une telle exigence serait susceptible d'empêcher la présentation de candidats de valeur. Rapport explicatif au protocole n° 14, §53.

parlementaire opte en 2004 pour la contrainte : elle décide de ne pas prendre en considération les listes de candidats ne comportant pas au moins un candidat de chaque sexe (37). C'est d'ailleurs ce qu'elle fait, pour la première fois, en refusant de se prononcer sur les candidatures (strictement masculines) présentées par Malte et la Slovaquie (38). Ces deux Etats sont invités à présenter une nouvelle liste répondant à l'exigence de mixité.

## 2. *Les exigences de fond non sanctionnées*

### a) *L'«inéligibilité» de l'agent du gouvernement devant la Cour*

En 1998, lors de la constitution de la nouvelle Cour, un nombre relativement important d'agents ou de conseils du gouvernement devant les anciennes Cour ou/et Commission figurèrent sur les listes de candidatures (39) et quatre d'eux furent d'ailleurs élus (40). Il serait certes fâcheux, sur le plan des principes, d'opposer une interdiction professionnelle à une catégorie (fort restreinte par ailleurs) de personnes disposant généralement d'une expérience et d'une expertise avérées en matière de contentieux international des droits de l'homme.

Néanmoins le passage de l'autre côté de la barre (du jour au lendemain) exige une pratique déontologique du dédoublement fonctionnel susceptible de se révéler relativement acrobatique, du moins dans un premier temps. Mais surtout le nouveau juge (anciennement agent du gouvernement) peut être amené, durant une période plus ou moins longue, à devoir se déporter fréquemment voire systématiquement dans les affaires dirigées contre son pays déjà pendantes. Il s'ensuit que ce juge risque d'être employé à temps partiel alors même que la charge de travail de la Cour ne cesse de croître. Dans ces conditions, l'élection d'un agent du gouvernement est, structurellement, de nature à favoriser le recours au juge *ad hoc*. Ce

(37) Résolution 1366 (2004), Candidats à la Cour européenne des droits de l'homme – §3ii –, adoptée le 30 janvier 2004.

(38) Parallèlement elle introduit, mais de manière prudente, le principe de la discrimination positive dans le choix des juges, en décidant «que l'un des critères utilisés par la sous-commission (Commission d'audition) devrait être qu'en cas de mérite équivalent la préférence devrait être donnée à une candidature du sexe sous-représenté à la Cour (ibidem §4VI)».

(39) Ce refus est simultanément fondé sur un autre motif : la procédure nationale de sélection des candidats n'a pas respecté les recommandations de l'Assemblée parlementaire relatives à la transparence et à la publicité.

(40) Pour plus de précisions voy. Jean-François FLAUSS, «Radioscopie de l'élection de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme», *Rev. trim. dr. h.*, n° 35, 1998, p. 445, note 47.

qui en soi n'est pas forcément des plus souhaitable, mais qui l'est encore moins lorsque le juge *ad hoc* est toujours le même et que de surcroît il a par le passé occupé le siège de son Etat à la Cour pendant des lustres, voire des décennies. A cet égard, la pratique suivie après 1998 par la Turquie pendant près de trois ans ne constitue certainement pas l'exemple à suivre (41).

En fin de compte, l'élection d'un agent du gouvernement doit, aussi et surtout, être combattue en ce qu'elle écorne la crédibilité de l'une des grandes œuvres prétorienne (quoi qu'on en pense par ailleurs...) de la Cour européenne, à savoir la «théorie des apparences». En particulier, on peut douter de la compatibilité de la célèbre tyrannie des apparences avec une administration de la justice européenne par des personnes, qui pendant des années, ont été de féroces «adversaires objectifs» des requérants.

Il n'en reste pas moins que l'exigence formulée par l'Assemblée parlementaire relativement à l'«inélégibilité» des agents du gouvernement l'a été en des termes détournés et de manière souple : l'Assemblée se contente en effet de recommander «... que dans la mesure du possible aucun des candidats proposés ne serait remplacé par un juge *ad hoc* en cas d'élection» (42). Dans ces conditions, il n'est pas étonnant qu'en 2004, deux pays, en l'occurrence la Lituanie et l'Estonie, aient présenté la candidature de leur agent devant la Cour (43). Il est en revanche plus surprenant que la Commission d'audition des candidats n'ait pas objecté, ou pour le moins fait part de ses réserves (44). Il est d'ailleurs extraordinaire (45) qu'elle ait recommandé, s'agissant du siège de l'Estonie, l'élection de l'agent du gouvernement et non pas du juge sortant (46).

---

(41) A. Pastor Ridruejo (Espagne), L. Ferrari Bravo (Saint-Marin), N. Bratza (Royaume-Uni), R. Türmen (Turquie). En 2003, M. Pastor Ridruejo (réélu en 2001) fut remplacé par M. F.J. Borrego-Borrego qui était devenu, après l'élection de M. Pastor Ridruejo à la Cour, agent du gouvernement espagnol.

(42) Recommandation de l'Assemblée parlementaire, 1649 (2004)1 adoptée le 30 janvier 2004, §19 vi.

(43) Respectivement mesdames D. Jociene et M. Hion.

(44) Au passage on admirera l'art de la «dialectique» de la Commission d'audition : la liste présentée par l'Estonie remplit les conditions formelles demandées par la Convention et l'Assemblée, bien qu'elle compte un agent du gouvernement contrairement à la recommandation de l'Assemblée. Aucune remarque comparable n'est formulée à l'égard de la liste de la Lituanie.

(45) La surprise est d'autant plus grande que le Président de cette Commission d'audition n'était autre que K. McNamara.

(46) M<sup>me</sup> Hion est considérée comme étant la plus qualifiée (*dixit* la motivation rendue publique par la Commission d'audition). Rapport sur l'élection des juges à la

b) *La présentation des candidatures par ordre alphabétique*

Bien que l'Assemblée parlementaire ait réitéré en 2004 l'exigence selon laquelle les noms des candidats présentés doivent suivre l'ordre alphabétique (47), elle n'a pas formellement transformé cette exigence en condition de recevabilité. En effet, elle s'est heurtée à l'opposition du Comité des ministres qui a estimé que les États demeureraient libres d'exprimer ou non une préférence, mais que corrélativement les organes du Conseil de l'Europe n'étaient aucunement liés par le choix arrêté par les États.

Dès lors, il n'est pas étonnant qu'un certain nombre d'États, près d'un tiers, aient continué, lors du second renouvellement (comme d'autres, aussi nombreux, l'avaient fait à l'occasion du premier) à établir un classement et à marquer des préférences. Tel a été le cas de l'Irlande, de la République tchèque, de la Pologne, de la Suède, du Royaume-Uni, de la Finlande, de la Grèce. Si certains de ces pays se sont contentés de ne pas suivre l'ordre alphabétique, d'autres ont expressément exprimé une préférence en faveur d'un candidat. C'est ainsi que la Grèce et la Finlande ont mis en avant la candidature du juge sortant alors que la République tchèque faisait valoir que l'ordre de présentation était un ordre de classement.

B. – *Les exigences de procédure*

Depuis l'adoption du Protocole n° 11, l'Assemblée parlementaire est fortement soucieuse d'imposer la transparence, l'impartialité et la publicité de la procédure nationale d'établissement de la liste des candidatures. A l'inverse, pour l'organe intergouvernemental les détails de la procédure choisie par les États pour sélectionner leurs candidats à l'élection de juge à la Cour relèvent de leur souveraineté nationale (48). En effet, le Comité des ministres estime que les structures et les cultures judiciaires varient considérablement d'un pays à l'autre et que, par conséquent, les variations dans la méthode de sélection sont inévitables sans être nécessairement nuisibles. Il con-

---

←

Cour européenne des droits de l'homme, Document de l'Assemblée parlementaire du 26 avril 2004. La Commission d'audition ne se place donc pas sur le terrain de l'équivalence des qualifications et par suite d'une préférence motivée par l'argument de la discrimination positive.

(47) Recommandation 1649 (2000) précitée, §19V.

(48) Réponse du Comité des ministres à la recommandation 1426 (1999) de l'Assemblée parlementaire, adoptée à la 72<sup>ème</sup> réunion des délégués des ministres (21/9/2000).

sidère par suite (49) que la question de l'association du parlement national à la procédure de sélection ressortit de la compétence nationale. De son côté, l'instance parlementaire fait valoir que les procédures nationales de sélection ne sont pas toujours satisfaisantes et elle prie instamment les Etats membres de rendre publiques leurs procédures de sélection des candidats (50). Elle demande également que la sélection des candidats se fasse après un appel à candidature dans la presse spécialisée et prie les gouvernements des Etats membres d'informer leurs parlements (et les commissions de ceux-ci) des procédés et calendriers lorsqu'ils établissent leurs listes de candidats à la Cour.

En dépit des recommandations et des sollicitations de l'Assemblée parlementaire, l'attitude des Etats n'a pas fondamentalement évolué depuis le scrutin de 1998 (51). En effet en 2004, dans la quasi-totalité des cas, la liste nationale des candidatures a été, soit présentée, approuvée ou décidée par le gouvernement (52), le chef de l'Etat (53), soit communiquée par l'Etat (54) ou les autorités nationales (55), ce qui signifie que ce sont les autorités exécutives du pays qui ont eu la haute main sur la sélection des candidats.

En définitive, seuls deux Etats, le Royaume-Uni et la Slovaquie, ont fourni, lors de la transmission de la liste des candidats, des indications circonstanciées sur l'économie de la procédure nationale de sélection suivie. Le courrier de présentation transmis par le Gouvernement britannique apporte les précisions suivantes : les trois candidats «ont été recommandés par un conseil de sélection indépendant qui s'est réuni le 26 janvier pour organiser des entretiens avec les candidats retenus suite à l'annonce publique du poste à pourvoir. Le panel était présidé par Sir Hayden Philipps, Secrétaire per-

---

(49) «Le Comité partage néanmoins les vues de l'Assemblée selon lesquelles les procédures doivent être conformes à un certain nombre de critères importants, y compris et surtout la transparence et l'équité et doivent par ailleurs être mises en œuvre de façon cohérente».

(50) Recommandation 1646 (2004)1 «Candidats à la Cour européenne des droits de l'homme».

(51) Sur l'état des lieux en 1998 et en 2001, voy. Jean-François FLAUSS, «Radioscopie de l'élection de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme», *op. cit.*, pp. 436-437 et *ibidem*, «Le renouvellement triennal de la Cour européenne des droits de l'homme», *op. cit.*, pp. 699-700.

(52) Pologne, Allemagne, Croatie, Grèce, Malte, Liechtenstein, Irlande, Islande, Adzerbaïdjan, Estonie, Norvège.

(53) Russie, Lituanie, Bosnie Herzégovine.

(54) Portugal, Suède, Belgique, République tchèque, France.

(55) Arménie, Pays-Bas.

manent de la Direction des Affaires constitutionnelles, et réunissait des présidents de tribunaux, Lord Cullen (Président de la Cour de cassation, Joanna Foster (ancienne Présidente de la Commission pour l'égalité des chances) et Sir Michael Wood (le conseiller juridique du ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth). Le panel a décidé à l'unanimité, de recommander, dans l'ordre : (...). Et cette recommandation a été suivie par le Gouvernement.

Quant au gouvernement slovaque, il a joint à la lettre de transmission des candidatures une note explicative extrêmement détaillée (56). Les précautions ainsi prises sont à mettre en relation avec les craintes (légitimes) que le Gouvernement slovaque pouvait nourrir quant à la recevabilité de sa liste. En effet, celle-ci ne répon-

---

(56) Dans le contexte de la présentation de la liste des candidats au poste du juge à la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg, la Mission permanente de la République slovaque auprès du Conseil de l'Europe trouve opportun de présenter ces informations explicatives :

1. L'article 141a de la Constitution de la République slovaque régit la procédure de désignation des candidats au poste de juge à la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg. (Citation : Art 141a «De la compétence du Conseil de la magistrature de la République slovaque relève : al(4)d – présenter au Gouvernement de la République slovaque la liste des candidats au poste de juge qui devraient être nommés par la République slovaque aux organes judiciaires internationaux»).

2. C'est donc le Conseil de la magistrature de la République slovaque qui est investi par la Constitution des fonctions de sélection d'élection des candidats sus-nommés. Le Conseil de la magistrature est l'organe le plus haut du pouvoir judiciaire, indépendant et séparé du pouvoir législatif et exécutif. Le Conseil de la magistrature comprend 18 membres, dont presque tous sont des juges en activité.

3. La loi concernant le Conseil de la magistrature (n° 185/2002) régit la procédure du recrutement et de l'élection des candidats. Ladite loi indique les critères du choix et les conditions exigées des candidats, nomme les autorités qui sont compétentes pour proposer les noms des candidats et fixe les règles de procédure des élections.

4. Le Président du Conseil de la magistrature a invité toutes les autorités compétentes à proposer des noms de candidats. La date limite de présentation des propositions ainsi que la date des élections a été médiatisée dans les journaux quotidiens et publiée sur le site internet du Ministère de la Justice ainsi que de la Cour suprême.

5. Les noms de six candidats (5 hommes et 1 femme) ont été soumis à une élection à scrutin secret (le §27g, al. 5 de la loi susnommée : «Sont élus les candidats qui ont acquis au scrutin secret la majorité simple des voix de tous les membres du Conseil de la magistrature.»). Seuls trois candidats ont acquis le nombre de voix pertinent (14, 10, et 14) et leurs noms ont été mis sur la liste.

6. Le Gouvernement de la République slovaque a confirmé formellement par sa décision – conformément aux lois – la sélection des candidats par le Conseil de la magistrature et cette liste a été présentée au Directeur général des droits de l'homme du Conseil de l'Europe.

7. Les autorités slovaques soulignent l'importance de la sélection et des élections des candidats par un organe de l'ordre judiciaire indépendant, ce qui exclut une ingérence inappropriée quelconque».



ne doit pas à l'exigence de mixité : la seule femme – le juge sortant – participant à la phase finale du processus de sélection n'ayant finalement pas été retenue. Par ailleurs, le gouvernement slovaque omet sciemment de mentionner que dans un premier temps l'instance nationale compétente avait retenu une seule candidature, en l'espèce celle d'un membre de ladite instance!

Si l'on en juge par le *satisfecit* décerné par la Commission d'audition à neuf autres pays (57), le Royaume-Uni et la Slovaquie ne furent pas les deux seuls Etats à pratiquer une procédure nationale de sélection des candidats répondant plus ou moins aux recommandations de l'Assemblée parlementaire (58).

Il n'en demeure pas moins qu'un nombre non négligeable d'Etats n'ont aucunement respecté les recommandations de l'Assemblée parlementaire relatives à la publicité et à la transparence de la procédure de sélection suivie au niveau national. Il s'agit de la Suède,

---

(57) A savoir la Belgique, la Croatie, la République tchèque, l'Estonie, la Finlande, l'Irlande, les Pays-Bas, la Pologne.

(58) Pour des informations sur l'économie des procédures de sélection mises en œuvre par ces pays, on se reportera, à défaut d'indications fournies par ces pays eux-mêmes, au Rapport de M<sup>me</sup> R. Wahrend, Procédure de nomination des candidats à la Cour européenne des droits de l'homme au niveau national, Assemblée parlementaire, Document 8505 du 8 août 1999.

... En tout état de cause, dans la majorité des Etats la procédure de sélection est encore loin de répondre aux normes minimales préconisées dernièrement par l'O.N.G. Interights («L'indépendance des juges», *op. cit.*, pp. 27-28). Inspirées de l'exemple britannique et soucieuses de dépolitiser le processus de sélection, ces propositions, si elles étaient effectivement imposées aux Etats parties, obligeraient bon nombre d'entre eux à envisager des changements radicaux de comportement. En effet, il est demandé :

- que l'Etat pratique un appel à candidature par voie d'annonces dans la presse nationale (spécialisée ou non);
- que l'Etat mette en place un organe indépendant chargé de dresser la liste des candidats;
- que le Gouvernement suive la recommandation de l'organe indépendant;
- que des informations sur le déroulement de la procédure nationale soient transmises au Conseil de l'Europe;
- que le Gouvernement fournisse une motivation s'il se distancie du choix opéré par l'organe indépendant.

Pour mémoire, on rappellera qu'à l'approche de l'entrée en vigueur du protocole n°11, l'ancien Secrétaire général adjoint du Conseil de l'Europe, Christian KRUGER («Sélection des juges de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme», *R.U.D.H.*, 1996, p. 115) proposait, dès lors que la présentation de la liste revenait au gouvernement, d'envisager la consultation d'une autorité nationale éminente extérieure au gouvernement. «Cette autorité pourrait être par exemple la Cour constitutionnelle ou la Cour suprême du pays, la Commission chargée de la sélection des juges nationaux ou la Commission des affaires juridiques du Parlement national».

de la Russie, de Malte, de la Norvège, de la Lituanie, du Liechtenstein, de l'Allemagne, de l'Islande, de la Grèce, de la France, du Portugal. Pour certains de ces Etats, la Commission *ad hoc* d'audition ne se contente d'ailleurs pas de prendre acte de l'attitude des Etats, mais de surcroît elle la regrette. En ce qui concerne la France, elle se montre même (verbalement) plus incisive, puisqu'elle fait observer qu'il est regrettable et surprenant que la procédure nationale n'ait pas fait place aux exigences de publicité et de transparence. Tous ces Etats n'ont cependant pas été sanctionnés : ne le furent pour ce motif que la Slovaquie, le Portugal et Malte. La différence de traitement établie au détriment de ces trois Etats s'explique (mais s'agit-il d'une justification ?) par le fait que leurs listes de candidatures méconnaissaient simultanément d'autres exigences imposées par l'Assemblée parlementaire (59).

### III. – L'intervention de l'Assemblée parlementaire

Dans la mesure où l'Assemblée parlementaire, statuant en formation plénière, accorde un poids très important aux préférences exprimées par la Commission d'audition (60), il importe donc que les conditions de fonctionnement de ladite commission échappent le plus largement possible à toute critique. Or, tel n'est manifestement pas le cas. Par ailleurs pour autant que les parlementaires du Conseil de l'Europe entendent garantir, par le jeu de l'élection, la légitimation démocratique de la Cour européenne, il convient également que les conditions de leur intervention répondent effectivement à l'objectif affiché. Or il n'en est pas totalement de la sorte.

#### A. – *Les conditions de fonctionnement de la Commission d'audition*

Autant le dire d'emblée, la pratique suivie par la Commission d'audition n'est pas à la hauteur de l'importance des enjeux. A cet égard, il est d'ailleurs symptomatique que l'Assemblée parlementaire ait éprouvé, en janvier 2004, c'est-à-dire avant le début des auditions des candidats, le besoin d'édicter toute une série de règles

---

(59) Défaut de mixité pour Malte et la Slovaquie. Envergure insuffisante de deux candidatures en ce qui concerne le Portugal.

(60) En 2004, l'Assemblée a élu, à deux exceptions près, le candidat recommandé par la Commission d'audition. Pour les scrutins antérieurs, on ne relève que quatre cas de désaccord (Assemblée parlementaire, Document 9963, Annexe III).

destinées à améliorer les conditions de travail et d'intervention de la Commission d'audition et partant de mieux asseoir la crédibilité de son action (61).

Force est toutefois de constater que toutes ces exigences n'ont pas été fidèlement ou/et suffisamment respectées (62). C'est ainsi que la Commission d'audition ne comprenait, s'agissant des membres titulaires, que quatre femmes pour onze hommes. C'est dire que l'on est encore loin du seuil de parité de 40 % fixé par l'Assemblée parlementaire (63). De même, si la Commission d'audition a motivé le choix des candidats dont elle recommandait l'élection, elle l'a fait de manière stéréotypée (X... est le candidat le plus qualifié). Par ailleurs, elle n'a pas rendu public l'ordre de classement des candidats.

Mais toutes proportions gardées, c'est l'absentéisme affectant les travaux de la Commission d'audition qui est peut-être le plus discutable : est-il en effet tolérable que la composition d'une instance, assumant somme toute les fonctions d'un jury de concours de recrutement puisse varier au gré des indisponibilités des uns et des autres ? A tout le moins un tel dysfonctionnement n'est pas de

---

(61) Résolution 1366 (2004), Candidats à la Cour européenne des droits de l'homme. §4i à V et Vii à ix : «4. L'Assemblée continue à penser que le processus de l'entrevue apporte des informations supplémentaires sur les qualités des candidats, et décide : i. Que les candidats nommés doivent être informés autant que possible du but de l'entrevue et de ses modalités ; iii. Que l'on doit envisager d'autres lieux pour la tenue des entrevues s'il existe un motif valable d'organiser celles-ci hors de Strasbourg et de Paris ; iii. Qu'un effort d'étalement ou des sessions supplémentaires de la sous-commission pourraient permettre d'accroître le temps disponible pour chaque entrevue ; iv. Que les groupes politiques, quand ils désignent leurs représentants à la sous-commission, doivent s'attacher à y faire figurer au moins 40 % de femmes, ce qui est le seuil de parité jugé nécessaire par le Conseil de l'Europe, de manière à exclure toute éventualité de préjugé sexuel dans le processus de prise de décision ; v. Que les candidats doivent être mis au courant des critères que la sous-commission applique pour parvenir à une décision ; vii. Qu'un processus d'entrevue équitable et efficace exige une formation et une réévaluation continues des membres et des agents siégeant dans les jurys ; viii. Que l'obligation de promouvoir l'ouverture et la transparence du processus peut imposer à la sous-commission de motiver ses recommandations et l'ordre dans lequel elle a classé les candidats ; ix. Qu'il serait souhaitable de communiquer en temps utile le résultat de l'entrevue au candidat et à l'Etat qui l'a nommé.

(62) Source de référence utilisée, le Rapport sur l'élection des juges à la Cour européenne de droits de l'homme à la suite de l'expiration du mandat de la moitié des juges présenté, par M. K. McNamara au nom de la sous-commission sur l'élection des juges à la Cour européenne des droits de l'homme. Assemblée parlementaire, AS/Jur/Cdh/2004.

(63) Voy. *supra* note 57. §4 iv de la Résolution 1366 (2004).

nature à renforcer le sentiment de confiance que doit inspirer la Commission d'audition. Or celui-ci est déjà largement battu en brèche par le manque d'impartialité et d'indépendance dont la Commission d'audition fait manifestement preuve en certaines circonstances. Bien que les membres des Commissions d'audition, constituées depuis 1998, s'en défendent, ils sont régulièrement soupçonnés, du moins certains d'entre eux, de se laisser guider par des considérations très politiques, voire franchement politiciennes : le choix s'effectuant alors non pas en raison de la compétence professionnelle du postulant, mais de son appartenance politique (64). Il est vrai que la politisation est inhérente au mode de composition de la Commission d'audition et aux rapports de force politiques prévalant en son sein. Les membres de la Commission sont d'ailleurs très bien informés des sympathies politiques des candidats. Certes, en général, la sensibilité de la Commission d'audition demeure diffuse, et donc difficile à mesurer avec précision. Mais parfois il en va autrement comme le prouve le choix opéré en 2004 par ladite Commission relativement aux candidatures présentées par l'Estonie. En se prêtant à une manœuvre de bas étage, fort heureusement déjouée de justesse au niveau de vote de l'Assemblée (65), la Commission d'audition a donné une piètre image de la mission qui lui a été confiée. Son attitude est d'autant plus déplorable qu'elle se situe aux antipodes du discours que son président, M. K. McNamara n'a cessé de claironner : la nécessaire impartialité du fonctionnement de la Commission d'audition étant l'un des leitmotifs de l'action qu'il déploie, ou à tout le moins affiche, au sein de l'Assemblée parlementaire depuis plusieurs années (66).

B. – *Les conditions de vote*  
*au sein de l'Assemblée parlementaire*

Le pouvoir de décision attribué à l'Assemblée parlementaire contribue indéniablement à la légitimation démocratique de la composition de la Cour européenne. Mais encore faudrait-il que les scrutins ne soient pas caractérisés par un trop fort taux d'absentéisme. Or une telle éventualité ne constitue nullement une pure hypothèse d'école. En 2001, lors du premier renouvellement triennal un tiers environ des parlementaires n'ont pas pris part au(x) vote(s). En

---

(64) En ce sens, INTERRIGHTS, «L'indépendance des juges», *op. cit.*, p. 22.

(65) Voy. *supra*, I, 20.

(66) Voy. notamment son projet de rapport «Candidats à la Cour européenne des droits de l'homme», *Document* 9963, §§50 et s.

2002 et 2003 à l'occasion des différentes élections partielles organisées pour remplacer les juges démissionnaires ou désigner les juges des nouveaux Etats parties contractantes, le taux de participation au scrutin a oscillé entre 40 et 50 % des membres statutaires de l'Assemblée.

En 2004, lors du second renouvellement triennal, le taux de participation a encore été plus faible (183 votants contre 148 excusés ou absents). Lors des scrutins de juin concernant la pourvue des sièges du Portugal et du Luxembourg, il fléchit encore davantage, de manière très spectaculaire puisque à peine 90 parlementaires votèrent. Face à cette montée en puissance des déficits de participation, l'Assemblée parlementaire (67) envisage d'ailleurs une modification des modalités de scrutin d'élection des juges à la Cour européenne par un abaissement de la condition de majorité, c'est-à-dire en l'occurrence en supprimant l'obligation d'organiser un second tour de scrutin si un candidat n'a pas obtenu la majorité des voix au premier tour ou en cas d'égalité des voix (68).

L'intérêt tout relatif que suscite le scrutin d'élection des juges auprès des parlementaires du Conseil de l'Europe n'a cependant pas empêché le rapporteur de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme de préconiser, la parlementarisation de la désignation du juge *ad hoc*. Dans un premier temps, il fut proposé que chaque Etat soumettrait une liste de trois candidats juges *ad hoc* et la sous-commission d'audition serait compétente pour désigner le juge *ad hoc* habilité à intervenir par type d'affaire et à fixer la durée de son mandat (69). Par la suite, à l'occasion de l'examen du projet du Protocole n° 14 à la Convention européenne, c'est une procédure de légitimation négative qui fut envisagée : l'Assemblée parlementaire pourrait exercer un droit d'objection à l'égard de la liste des noms de juges « remplaçants » transmise par les Etats au Président de la Cour (70).



---

(67) Ce constat peut être illustré de manière caricaturale par la comparaison des taux de participation relatifs à deux élections ayant eu lieu en 2002 le même jour, en l'occurrence celle du Secrétaire général adjoint au Conseil de l'Europe et celle du juge siégeant au titre de la Pologne. Pour le premier, le scrutin se déroula le matin et vit 238 des 306 parlementaires prendre part au vote. Pour le second, le scrutin se déroula l'après-midi et seulement 127 parlementaires votèrent.

(68) On rappellera qu'en 1998, la participation électorale était de l'ordre de 85 %.

(69) En ce sens le paragraphe 5 de la Résolution 1366 (2004) précitée.

(70) Voy. Assemblée parlementaire, *Document* 9963 (précité), §62 et §66.

Au lendemain de l'adoption du Protocole n° 11 et des textes pris par son application par l'Assemblée parlementaire, les promoteurs et les défenseurs de la réforme du système de contrôle, avaient pris soin de souligner les améliorations qui avaient été apportées au régime de désignation des juges. Or depuis l'entrée en vigueur du protocole n° 11, les membres de l'Assemblée parlementaire ont été amenés à voter à 95 reprises en vue de l'élection des juges à la Cour européenne des droits de l'homme. C'est dire que la pratique électorale concernant la formation de la nouvelle Cour européenne est désormais suffisamment fournie pour autoriser des conclusions à tout le moins provisoires (71). Il serait sans doute téméraire, voire présomptueux, de vouloir rétrospectivement mettre en balance les régimes d'élection, l'ancien et le nouveau. En revanche, il est certainement concevable de vérifier en quoi la pratique électorale suivie depuis 1998 répondrait effectivement mieux que celle appliquée par l'ancienne Cour, aux deux exigences cardinales qui, dans une société démocratique, sont communément considérées comme consubstantielles à la désignation des membres d'une instance judiciaire suprême, et qui s'assimile elle-même à tort ou à raison, à une Cour constitutionnelle (72), à raison d'une part de la légitimation démocratique des juges, d'autre part de la garantie de l'indépendance des juges (73).

---

(71) Voy. le rapport de K. McNamara au nom de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme sur le projet de protocole n° 14 à la Convention européenne, *Document 10/47* (29 avril 2004).

(72) Cette pratique est aussi conséquente, arithmétiquement parlant, que celle suivie pour la désignation des juges de l'ancienne Cour. En effet, de 1990 à 1997, il y a eu 37 élections de juges et de 1959 à 1996, il y eu 41 scrutins d'élections, soit au total 78 depuis l'origine.

(73) Une troisième exigence pourrait être théoriquement prise en compte : la représentativité des juges. Mais on conviendra aisément qu'une radioscopie de la pratique électorale au travers de ce prisme risquerait d'être par définition par trop subjective. Un enseignement s'impose toutefois... de manière incontestable. Le sexe féminin est mieux représenté dans la nouvelle Cour qu'il ne l'était proportionnellement dans l'ancienne. Un quart de l'effectif de la Cour est désormais composé de juges femmes alors qu'avant 1998 ces dernières n'ont jamais dépassé le dixième de l'effectif. La féminisation de la composition de la Cour doit toutefois être éclairée par deux données : premièrement dans les années soixante, soixante-dix, voire même quatre-vingt, les femmes étaient très peu représentées dans les juridictions suprêmes (et internationales *a fortiori*) ; deuxièmement, l'élection de certaines candidates à la Cour européenne a pu, à tout le moins marginalement, être favorisée par leur appartenance à une catégorie sous-représentée au sein de la Cour. D'ailleurs, l'Assemblée parlementaire s'est, depuis peu, explicitement prononcée en faveur d'une politique de discrimination positive modérée. [Voy. en ce sens la Résolution 1366 (2004) – Candidats à la Cour européenne des droits de l'homme, §4VI : « l'un des critères utilisés par la sous-commission (*ad hoc* sur l'élection des juges) devrait être qu'en cas de mérite équivalent la préférence devrait être donnée à une candidature du sexe sous-représenté »].

### 1. *Pratique électorale et légitimation démocratique des juges à la Cour européenne*

La faiblesse de la légitimation démocratique profitant aux juges à la Cour européenne a notamment été mise en exergue par les auteurs refusant toute assimilation de la juridiction de Strasbourg à une Cour constitutionnelle (74). Si le point de vue exprimé par ces derniers a parfois pris une tournure très radicale, il est loin d'être dépourvu de tout fondement. En effet, tous les parlements nationaux sont loin d'être associés à titre décisive à la procédure (qui en réalité n'est qu'un processus) de sélection des candidats présentés par l'Etat : ils ne constituent même qu'une petite minorité (75). Quant à l'intervention des membres de l'Assemblée parlementaire, elle suscite à tout le moins trois séries de réserves.

En premier lieu la représentativité des parlementaires est, qualitativement parlant, souvent suspectée.

En second lieu, le recul constant de la participation électorale lors des scrutins de désignation des juges jette une ombre sur l'intensité de la légitimation démocratique (76). Le phénomène tend à être particulièrement accusé à l'occasion d'élections partielles. Par suite il arrive que des juges soient élus avec un nombre de voix ne correspondant qu'à peine à 15 % de l'effectif statutaire de l'Assemblée. La régression du taux de participation est le signe d'un désintérêt des parlementaires pour le scrutin d'élection des juges, considéré même à l'occasion comme constitutif d'une perte de temps (77). Il est également la manifestation d'une impuissance, car le choix du parlementaire de base n'est éclairé que par les recommandations arrêtées par la Commission d'audition, qui en l'état demeurent encore trop lapidaires et stéréotypées (78).

---

(74) En ce sens, voy. au premier chef, Louis FAVOREU, « Les Cours de Luxembourg et de Strasbourg ne sont pas des cours constitutionnelles », in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Dalloz, 2002, p. 40.

(75) Et encore l'association ne concerne-t-elle bien souvent que les groupes parlementaires ou certains d'entre eux.

(76) En 1998, le taux d'abstention était de 15 %. En 2004, il avoisinait les 40 %.

(77) A cet égard, voy. le propos très révélateur de M. K. McNamara dans son rapport à la Commission des questions juridiques des droits de l'homme – Candidats à la Cour européenne des droits de l'homme (Assemblée parlementaire, *Doc. 9963*). Relativement à l'organisation éventuelle d'un second tour de scrutin il affirmait qu'il s'agissait d'une perte de temps pour l'Assemblée... et ce alors même que le vote ne se fait pas par appel nominal et que le scrutin n'entraîne pas de suspension des séances en cours.

(78) En réalité, les parlementaires se sont généralement (en l'occurrence dans environ 90 % des cas) contentés de ratifier un choix opéré en dehors d'eux, dans le cadre

En troisième lieu, la légitimation parlementaire, telle qu'elle a été pratiquée jusqu'à présent, ne traduit pas la volonté d'une majorité politique au sein de l'Assemblée parlementaire. Cette dernière a en effet tendance à avaliser presque systématiquement les choix opérés par les Etats, que la préférence de l'Etat pour le candidat officiel soit exprimée formellement ou qu'elle le soit par d'autres canaux ou signaux.

Pour contrebalancer les angles morts affectant le processus de légitimation démocratique de l'élection des juges à la Cour européenne, l'Assemblée parlementaire imagine d'en appeler au magistère d'influence (voire à la caution) des ONG les plus représentatives oeuvrant dans le domaine des droits de l'homme : ces dernières devraient être encouragées à formuler des suggestions sur les procédures et les candidats potentiels (79). Pour faire pièce aux insuffisances de la procédure actuelle la désignation des juges, en tant que mode de légitimation démocratique de la Cour européenne, il est concevable, sorte d'*ultima ratio*, de relativiser (voire de nier) la nécessité d'une telle légitimation en arguant d'une part de la différence de nature existant entre une Cour internationale et une Cour nationale, en faisant valoir d'autre part que la confiance des gouvernements dans les juges européens est aussi vitale que leur légitimation démocratique (80).

## 2. Pratique électorale et protection de l'indépendance des juges

Les deux renouvellements triennaux de 2001 et 2004 ont bien montré qu'un mandat renouvelable de six ans (et *a fortiori* de trois ans) revêtait intrinsèquement un caractère pervers : en effet non seulement il tend à peser sur la liberté d'expression des juges (81)

←

d'un processus qui continue à être imprégné d'une certaine dose d'opacité. Certes, la sous-commission d'examen des candidatures joue apparemment un rôle déterminant, mais ses membres ne sont pas nécessairement indifférents aux influences des responsables des groupes politiques et des délégations nationales à l'Assemblée ainsi qu'aux pressions exercées le cas échéant par les Représentations permanentes auprès du Conseil de l'Europe.

(79) Recommandation 1649 (2004) précitée, §23.

(80) En ce sens, Georg RESS, «Wahl der Richter des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und die Befugnis zu Rechtsfortbildung», in *L'individu et l'Etat, Liber Amicorum Dagdoglou*, PM. EFSTRATIOU (ed.), Editions Ant Sakkoulas, Athènes, 2001, p. 305.

(81) Il est des juges qui n'ont jamais émis, par voie d'opinion séparée, la moindre critique à l'encontre des positions défendues par «leur» Etat, voire même jamais voté

→



mais au surplus, il est de nature à placer les membres de la Cour, à tout le moins certains d'entre eux, dans une situation de dépendance matérielle (82).

Le renouvellement du mandat constitue aussi une occasion pour l'Etat de sanctionner politiquement le juge sortant, en décidant de ne pas reconduire sa candidature. Certes, toutes propositions gardées, la non-reconduction de la candidature du juge sortant est restée une politique marginale (83). Il n'empêche qu'elle heurte la «théorie des apparences» et qu'en tout état de cause, elle constitue plus prosaïquement une menace pour l'indépendance des juges et de la Cour. Dans ces conditions, l'instauration par le Protocole n° 14 d'un mandat non-renouvelable (de neuf ans) ne peut qu'être approuvée. On doit simplement regretter qu'il ait fallu dix ans pour que le vice de construction consubstantiel au Protocole n° 11 soit rectifié.

Pour autant il n'est pas absolument acquis que l'entrée en vigueur du Protocole n° 14 contribuera à éliminer tous les risques d'atteinte à l'indépendance des juges en relation avec la procédure d'élection. En effet la condition d'âge butoir imposée par le protocole est susceptible, il est vrai marginalement, de jouer contre l'objectif d'indépendance. Plus précisément, la règle des soixante-dix ans prive la Cour de pouvoir disposer de juges expérimentés qui

---

←

contre ce dernier. La retenue ainsi manifestée par certains juges traduit, à tout le moins pour partie, leur intention de ne pas entrer en conflit avec leurs mandants ou/et d'apparaître comme un mauvais patriote, voire même carrément comme un traître. Inversement, il n'est pas exclu non plus que des juges sujets à renouvellement (et spécialement à l'approche de l'échéance électorale) soient amenés à prendre publiquement des positions susceptibles d'être interprétées (théorie des apparences oblige) comme des gages donnés aux autorités nationales compétentes pour établir la liste des candidatures. Il en est certainement de la sorte lorsque le point de vue exprimé (largement médiatisé par ailleurs) permet de conforter la position du gouvernement et de la majorité politique dont l'action est contestée sur le terrain de la Convention européenne.

(82) Un juge sortant non représenté par son pays peut ressentir son éviction comme une sanction financière particulièrement difficile à supporter. Tel est assurément le cas pour un juge élu au titre d'un pays à faible niveau de vie et de revenu. Les auteurs du rapport d'Interights sur «L'indépendance des juges», constatant que la rémunération annuelle d'un juge correspond aux économies de toute une vie dans certains pays, n'hésitent pas à écrire : «Une nomination à la Cour devient alors une méthode favorite pour récompenser la loyauté politique», «L'indépendance des juges, Règles et pratiques relatives aux nominations à la Cour européenne des droits de l'homme», INTERIGHTS, mai 2003, roneo, p. 18.

(83) En ce sens les cas des juges Pantiru et Fuhrman en 2001 et de la juge Straznicka en 2004 auquel on ajoutera celui en 1998 du juge Gotchev.

ont accompli une carrière juridique complète ou quasi complète dans leur pays. Or cette circonstance est de nature à leur assurer une «indépendance objective» plus grande, dès lors que ces juges n'auraient plus de carrière à envisager après l'expiration de leur mandat (84). De la sorte, ils devraient, sauf exception, être moins sensibles aux contingences matérielles et financières. Pour éliminer la préoccupation de «l'après Cour européenne», il serait même concevable (voire souhaitable) d'envisager, proposition beaucoup plus iconoclaste, l'établissement d'un âge plancher (55 ans ou même 60 ans) pour l'accès à la candidature (85). Mais bien évidemment comme il ne s'agit aucunement de promouvoir une option géroncratique, une limite d'âge à l'exercice des fonctions (fixée par exemple à 75 ans) devrait absolument être maintenue.

Il n'en demeure pas moins que l'introduction du mandat non renouvelable de neuf ans constitue à l'évidence une avancée décisive au point de vue d'une meilleure garantie de l'indépendance des juges. Pour autant elle n'a pas vocation à être érigée en panacée universelle : le renforcement de l'indépendance des juges exige aussi plus prosaïquement une amélioration de leurs conditions de service et de travail (86).



### *Post Scriptum*

L'élection du juge maltais a été reportée *sine die* : le gouvernement de Malte se refusant à envisager la transmission d'une liste comprenant à tout le moins une candidature féminine. La désignation du juge letton devrait, quant à elle, intervenir en janvier 2005,

---

(84) En ce sens, Michele DE SALVIA, «L'indépendance de la Cour européenne des droits de l'homme», in *L'indépendance des juridictions internationales*, table ronde, Faculté de droit de Lausanne, 10 avril 2003, ronéo.

(85) Pour mémoire, on rappellera que les rédacteurs du Protocole n° 14 ont finalement renoncé à introduire une limite d'âge pour l'accès à la candidature. Au surplus, le rapport explicatif (§53) précise qu'en l'état des dispositions de la Convention européenne aucune fin de non-recevoir ne peut être opposée à un candidat qui, à la date de l'élection, aurait plus de 61 ans. Mais le même rapport explicatif prend néanmoins soin d'ajouter qu'il est recommandé d'éviter de proposer des candidats qui, du fait de leur âge, ne pourraient pas rester en poste pour au moins la moitié du mandat de 9 ans, avant d'atteindre l'âge de 70 ans.

(86) Pour une identification des améliorations à envisager, voy. la Recommandation 1646 (2004), Candidats à la Cour européenne des droits de l'homme, §§9,10 et 11.

pour autant que la liste de candidatures déposée fin septembre soit amendée : en effet, en l'état, elle ne comprend aucun candidat masculin.

En revanche, l'élection du juge slovaque a bien eu lieu lors de la session d'automne de l'Assemblée parlementaire, mais dans quelles conditions et avec quel résultat!

Suite à l'irrecevabilité qui avait été opposée en avril dernier à la première liste présentée par les autorités slovaques, ces dernières ont soumis une seconde liste répondant formellement à l'exigence de mixité, mais comportant toujours le nom du candidat (en l'occurrence M. Jan Drgonec) ayant siégé dans l'instance nationale qui avait procédé à la sélection des candidats slovaques... et qui avait écarté la candidature du juge sortant, M<sup>me</sup> Straznicka.

La sous-commission sur l'élection des juges a siégé le 4 octobre dernier dans une composition réunissant à peine plus de la moitié de ses membres statutaires. Elle a estimé que les trois candidatures présentées étaient d'un « haut niveau ». Pareille conclusion étonne. En effet, M<sup>me</sup> Smolova n'a pas une qualification supérieure à celle des deux candidats magistrats figurant sur la première liste soumise au printemps par le Portugal et qui avaient constitué l'une des causes du rejet pour « insuffisance de niveau » de la liste portugaise. Par ailleurs, M. Sikuta, déjà présent sur la première liste slovaque ne peut revendiquer qu'une fonction de juriste au Haut-Commissariat aux réfugiés. Au passage, on notera que la sous-commission ne s'émeut guère de ce que les autorités slovaques aient établi un ordre de classement entre les candidats. Toujours est-il que l'Assemblée parlementaire, réduite à 120 votants, va élire le candidat figurant au troisième rang, M. Sikuta. La candidate féminine n'obtiendra que deux voix (record battu, voy. *supra* note 22) et le candidat officiel, M. Drgonec, 22 voix, alors même qu'il apparaissait, au vu des critères habituellement retenus par l'Assemblée parlementaire, comme le candidat objectivement le plus qualifié.

Le vote de l'Assemblée parlementaire doit à l'évidence être compris comme un camouflet infligé au gouvernement slovaque, qui en l'espèce avait fourni les verges pour se faire battre. Il n'en demeure pas que l'élection de M. Sikuta [dont l'honorabilité n'est naturellement nullement en cause] est profondément regrettable. Premièrement, le juge nouveau slovaque n'a aucune connaissance acquise du français, qui jusqu'à nouvel ordre demeure l'une des

deux langues officielles de la Cour. Deuxièmement, M. Sikuta aura autorité sur les agents du greffe, qui pour bon nombre d'entre eux auront un niveau d'expérience et de qualification bien supérieur au sien. La même observation, en version amplifiée, pourrait s'appliquer *mutatis mutandis* à ses rapports de travail avec ses collègues. Troisièmement, l'élection du juge slovaque a été acquise au terme d'une procédure dérogeant à l'un des grands principes que le Conseil de l'Europe se porte fort de promouvoir et d'imposer aux Etats : la neutralité des autorités électorales (87).

En définitive, le renouvellement du siège du juge élu au titre de la Slovaquie a tourné à la pantalonnade. La sous-commission d'élection, l'Assemblée parlementaire, le Comité des ministres se sont tour à tour gravement déconsidérés. Certes, ils ont réussi à contourner la manœuvre grossière et maladroite du gouvernement slovaque. Mais à quel prix en définitive ?



---

(87) En effet, lors du scrutin du 6 octobre dernier, les bulletins de vote comportaient, outre les noms de trois candidats, une déclaration spécifiant que «les noms des candidats sur les bulletins de vote figurent dans l'ordre indiqué par le comité des ministres».