

Article publié sur www.diversitystudy.eu sous la rubrique "Publications" (12 novembre 2018).

Une version courte de cette contribution est parue dans Le Temps du 12 novembre 2018 (www.letemps.ch)¹

Sabrons le goulot - Non aux "juges étrangers achetés" !

Protocole 14 : la lettre de cachet de la CEDH

"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 1291²

Le 25 novembre 2018 le peuple helvète votera sur une initiative populaire de l'Union Démocratique du Centre (UDC) intitulée "Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination)". Cette initiative s'inscrit 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. L'initiative pour l'autodétermination cherche à subordonner le droit international au droit national. Dans ce sens, elle veut également 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 risquerait d'entraîner un affaiblissement de la protection des droits de l'homme, notamment ceux garantis par la CEDH. En cas d'acceptation de l'initiative, la Suisse pourrait être systématiquement et durablement empêchée d'appliquer certaines dispositions de cette convention.³

Cette initiative a le mérite de thématiser non seulement le problème du juge "étranger" (fremder Richter), mais aussi et surtout celui du juge "acheté" (gekaufter Richter), ce qui enrichit considérablement le débat.⁴ En Suisse, les juges sont susceptibles de manquer d'impartialité lorsque des litiges touchent aux intérêts des pouvoirs institutionnels, en premier lieu le gouvernement, l'administration publique et les partis politiques.⁵ Ces derniers ont une emprise déterminante sur la sélection, la nomination et la confirmation de magistrats aux niveaux cantonal et fédéral. Ainsi, l'ancien président du Tribunal fédéral Claude Rouiller critiquait à juste titre dans un entretien accordé au Temps la réélection périodique contraignant les juges fédéraux à conserver des rapports

¹ Christophe Germann, Non aux «juges étrangers achetés»! dans Le Temps, 12 novembre 2018 : https://www.letemps.ch/opinions/non-aux-juges-etrangers-achetes?utm_source=Newsletters&utm_campaign=5ef3d357ff-newsletter_briefing&utm_medium=email&utm_term=0_56c41a402e-5ef3d357ff-109474913

² Traduction selon l'administration fédérale : www.admin.ch/gov/fr/accueil/conseil-federal/histoire-du-conseil-federal/pacte-federal-1er-aout-1291.html Lire également Justin Favrod, Que s'est-il réellement passé en 1291?, dans Le Temps, 4 août 2016 : <https://www.letemps.ch/suisse/sest-il-reellement-passe-1291>

³ À long terme, l'exclusion de la Suisse du Conseil de l'Europe serait même possible, ce qui aurait les mêmes effets qu'une dénonciation de la CEDH et enverrait un signal très négatif à la population, mais aussi aux autres États : www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/abstimmungen/selbstbestimmungsinitiative.html

⁴ L'initiative populaire permet au peuple suisse de modifier la Constitution fédérale. Cet instrument de démocratie directe a célébré le 5 juillet 2016 son 125ième anniversaire, voir : www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/dossiers/125-ans-initiatives-populaires.html

⁵ L'affaire de la loi genevoise « Cinéforum » portée devant le Tribunal fédéral est un cas d'école, cf. « Atteinte aux mœurs » en cinéma subventionné ?, dans Le Courrier, 3 mars 2017 : <https://lecourrier.ch/2017/03/06/atteinte-aux-moeurs-en-cinema-subventionne/>

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."⁶

Ce problème concerne non seulement les justiciables suisses, mais également les habitants de tous les pays européens qui sont parties de la Convention européenne des droits de l'Homme. Un parti politique peut "acheter" la conviction intime d'un juge - phénomène bien connu dans de nombreux pays et problématique encore tout récemment médiatisée aux États-Unis lors du processus de nomination de Brett Kavanaugh comme juge à la Cour suprême. En matière d'avortement ou de discrimination sur la base de la nationalité, les juges qui se laissent tenir en laisse par les partis politiques perdent toute légitimité et sabotent ainsi l'idéal de justice, une réalité qui transforme la séparation des pouvoirs en fiction. Afin de corriger cette *realpolitik* des États dans le meilleur esprit de Montesquieu, la Cour européenne des droits de l'Homme offre au justiciable une instance susceptible d'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: "*La fonction de juge dans les vallées ne peut pas être achetée.*" Par contre, le problème de la prohibition des juges "étrangers" contenue dans le même article 4 de ce Pacte, qui a valeur symbolique dans le discours politique helvétique, est devenu aujourd'hui sensiblement plus épineux en pratique. En effet, depuis l'adoption du Protocole 14 en 2010, la Cour européenne des droits de l'Homme a commencé à perdre un élément crucial de sa légitimité.

La requête "manifestement irrecevable" : Carte blanche au juge unique "étranger" pour dénier justice ?

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. Cette situation provoque une double frustration. 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, et ce sans réelle utilité pour les justiciables. 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 à la Convention 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, entré en vigueur le 1er juin 2010, 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 sujette à interprétation...⁷

Le Protocole 14 permet aujourd'hui à un juge unique "étranger" de filtrer les affaires avec une marge d'appréciation proprement arbitraire, cela formellement pour décharger la Cour et, en cas d'abus, pour empêcher l'accès à la justice. Le Protocole 14 mutile ainsi la CEDH par un mécanisme que l'on ne saurait raisonnablement cautionner. Conclure à l'irrecevabilité d'une affaire qui dérange

⁶ Denis Masméjan, « 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

⁷ Conseil de l'Europe - Cour européenne des droits de l'homme, Guide pratique sur la recevabilité du 28 février 2017, p. 7.

au niveau politique est le moyen le plus efficace pour le passer sous silence, cela au moyen de règles sur l'irrecevabilité que l'on peut impunément appliquer de manière abusive. Comment vérifier s'il y a abus ? - En vertu du Protocole 14, un juge unique a pouvoir de prononcer de manière définitive l'irrecevabilité d'une requête. Par-là, il n'y a plus aucun garde-fou effectif contre une décision arbitraire d'un tel juge agissant individuellement, qui peut ainsi aisément abuser de son pouvoir. Même lorsqu'une requête est compatible avec la CEDH, et que toutes les conditions formelles de recevabilité ont été remplies, ce juge unique peut néanmoins la déclarer irrecevable au motif d'un "défaut manifeste de fondement".⁸ Ainsi en pratique, 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 simplement minimaliste ou insuffisamment qualifié) une "lettre de cachet" pour refuser d'entendre les justiciables comme bon lui semble. Afin de pallier au risque de subir une telle situation, il faudrait un collège d'au moins deux juges provenant de diverses juridictions nationales pour conclure à l'irrecevabilité d'une requête, ce qui permettrait un véritable débat argumenté à la Jürgen Habermas et, par-là, un contrôle social entre magistrats nationaux siégeant à la Cour européenne des droits de l'Homme.

"Unie dans la diversité" est la devise de l'Union européenne.⁹ Or, 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 la définition de l'identité nationale 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. Dans certains cas, le rapport conclut que "la fracture continentale dans les attitudes et les valeurs peut être extrême."¹⁰ Il va sans dire que ces différences de mentalités et de parcours historiques récents ne sauraient laisser les juges nationaux indifférents et vierges 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 un juge polonais nommé 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 30'000 requêtes déclarées irrecevables chaque année par les juges uniques de Strasbourg, soit dans plus de 95% des cas, la probabilité d'un nombre non négligeable d'abus n'est pas à exclure d'emblée

⁸ Ibid., p. 55.

⁹ La Convention de l'UNESCO de 2005 sur la diversité des expressions culturelles est censée contribuer à cet idéal, cf. le Rapport de Germann Avocats de 2010 pour le Parlement européen sur la mise en oeuvre de cet instrument sur www.diversitystudy.eu (résumé disponible en 25 langues européennes : www.diversitystudy.eu/es/index.htm).

¹⁰ Lire résumé 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/>

(voir encadré ci-dessus). 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 culturellement biaisée, a carte blanche pour faire la sourde oreille et dénier ainsi justice. Une décision d'irrecevabilité permettra à l'état concerné de faire valoir une fausse légitimité de ses propres lois et décisions 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.

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. Dans ces exemples, l'Irlande, la France et l'Allemagne pourront injustement clamer victoire juridique grâce à des "juges étrangers" qui auraient été disqualifiés 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 culturelle 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 sous couvert d'irrecevabilité.

Selon certains juristes, le droit international gratifierait l'histoire de l'humanité d'un "effet civilisateur sur les nations".¹¹ Si cette théorie était vraie, force serait 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 d'obédience nationale quant à leur carrière professionnelle et imprégnation politique, économique 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 cherchant à imposer le joug de l'extrême droite.

A première vue, tout porte à rejeter l'initiative populiste pour l'autodétermination sans la moindre réserve. En effet, le principe de prévisibilité *pacta sunt servanda* - les accords doivent être honorés - et l'impératif d'une justice affranchie de "juges achetés" requièrent un rejet massif de l'initiative de la droite xénophobe.¹² Toutefois, il convient de saisir également le momentum offert par l'institution de la démocratie directe en Suisse qui permet au peuple de se prononcer sur cette question en tentant maintenant de perfectionner l'application de la Convention européenne des droits de l'Homme d'une manière utile à l'Europe entière. Dans ce but, il est nécessaire aujourd'hui de donner

¹¹ Lire par exemple Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations The Rise and Fall of International Law 1870–1960*, Cambridge 2001.

¹² Pour une discussion critique au sujet des moyens juridiques pour surmonter le déficit démocratique dans le cadre de négociations d'accord internationaux, cf. Thomas Cottier / Christophe Germann, *Die Partizipation bei der Aushandlung neuer völkerrechtlicher Bindungen: verfassungsrechtliche Grundlagen und Perspektiven*, dans Daniel Thürer et al., *Droit constitutionnel suisse*, Zürich 2001, pp. 77–96.

une instruction citoyenne à tous les gouvernements des États membres de la CEDH visant à revoir substantiellement le Protocole 14, cela en remplaçant le juge unique amené à décider de la recevabilité d'une requête par un collège de magistrats issus de juridictions à cultures juridiques diverses. L'on pourrait également envisager la création de tribunaux régionaux de première instance en Europe en s'inspirant du modèle des *federal circuit courts* aux États-Unis pour décharger la Cour suprême.

Dans un État de droit démocratique, la politique est au droit ce que la musique militaire est à la musique, et vice-versa. Jusqu'à la malheureuse adoption 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 politique au sein des pays qui ont accepté sa juridiction. Face au danger croissant du "national populisme", il devient aujourd'hui plus urgent que jamais de réformer le système afin de protéger la Convention des juges 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 faussé, qui est susceptible de mettre le justiciable à la merci de "juges étrangers et achetés" issus de nations aux raisonnements juridiques 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, qui ne semble plus être justifiée aujourd'hui et qui suscite donc un faux-semblant pervers gravement nuisible aux droits de l'Homme.

Européennes et Européens de cœur et d'esprit, afin de contribuer à réaliser les idéaux de justice et de diversité, il faut exiger une réforme du Protocole 14 pour sauvegarder la Convention européenne des droits de l'Homme ! Dans ce sens, sabrons le goulot et demandons aux États qui sont parties à la CEDH la réforme suivante du Protocole 14 de la CEDH par une pétition intitulée "*Réforme urgente du Protocole 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH)*" à signer 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 d'une juridiction aussi neutre que possible tranchera.**
- 3) Les argumentaires et débats des juges seront publics (enregistrement sonore mis en ligne).¹³**

Christophe Germann

Docteur en droit et avocat à Genève

Professeur adjoint à l'Université Webster (Genève)

Enseignant pro bono à l'Université populaire du canton de Genève en introduction aux droits international et européen et aux relations internationales

Contact : info [at] germann-avocats.com

¹³ Adresse de la pétition (état au 12 novembre 2018) : <https://www.change.org/p/les-gouvernements-des-pays-qui-sont-parties-a-la-cedh-reforme-urgente-du-protocole-14-de-la-convention-europeenne-des-droits-de-l-homme-cedh>