

Doctrines

Nomination des juges et « tribunal établi par la loi » - Confirmation, évolution et révolution en marge de l'arrêt *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande* de la Cour européenne des droits de l'homme, par S. van Drooghenbroeck et C. Rizcallah 573

Vie du droit

Le génocide arménien : le parent pauvre du négationnisme élargi, par N. Blaise 580

Jurisprudence

■ Droit pénal - Lutte contre le racisme et la xénophobie - Négationnisme (art. 20 de la loi du 30 juillet 1981) - Génocide - Conditions de l'infraction - Génocide établi comme tel par une juridiction internationale - Exclusion du génocide arménien - Non-violation des articles 10, 11 et 22 de la Constitution lus en combinaison avec les articles 8 et 14 de la Convention E.D.H. C. const., 14 janvier 2021 584

■ Droit judiciaire - Appel - Recevabilité - Litiges multipartites - Nécessité d'identifier la ou les partie(s) intimée(s) - Inapplicabilité de la théorie des nullités - Non-incidence de la notification de la requête par le greffe. Bruxelles, 18^e ch. F, 23 mars 2021 ... 586

■ Droit des assurances - Clause de déchéance - Lien causal entre le manquement à une obligation déterminée et la survenance du sinistre Liège, 3^e ch. B, 7 décembre 2020 588

Chronique

Deuils judiciaires - Échos - Bibliographie - Il y a ... ans - Communiqués.



LEXIQUE JURIDIQUE BELGE

Sous la coordination de :
Irène Mathy, Guillaume Schultz

392 p. • 50,00 € • Édition 2021

orders@larcier.com
Lefebvre Sarrut Belgium SA
Boulevard Baudouin 1^{er}, 25 • B-1348 Louvain-la-Neuve
Tél. 0800/39 067 • Fax 0800/39 068

Journal des tribunaux

<https://jt.larcier.be>
2 octobre 2021 - 140^e année
30 - N° 6868
Georges-Albert Dal, rédacteur en chef

Doctrines

Nomination des juges et « tribunal établi par la loi »

Confirmation, évolution et révolution en marge de l'arrêt *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande* de la Cour européenne des droits de l'homme

Dans un arrêt de grande chambre du 1^{er} décembre 2020, la Cour européenne des droits de l'homme a formulé des enseignements de principe de toute première importance quant à l'interprétation du principe de légalité contenu dans l'article 6 de la Convention éponyme, et les exigences qui en découlent pour ce qui concerne le processus de sélection des magistrats. L'arrêt aura évidemment — et au demeurant déjà eu — un impact important pour les États européens, qui, à l'heure actuelle connaissent une tentation autoritaire. D'autres États, cependant, gagneraient à y prêter la plus grande attention.

Introduction

À l'heure où la séparation des pouvoirs — et l'un de ses corollaires, l'indépendance du pouvoir judiciaire — apparaissent être de plus en plus menacées en Europe¹, le droit fondamental à un procès équitable, consacré notamment à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, se trouve plus que jamais sous le feu des projecteurs de la jurisprudence. De nombreuses affaires qui concernent des atteintes à l'indépendance de la justice ont en effet été portées, devant les juridictions européennes, à l'encontre d'États dont les réformes récentes témoignent d'un déclin inquiétant de l'État de droit. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme a dû se prononcer sur la mise à l'écart d'un juge de la Cour suprême en Hongrie, en raison des critiques qu'il avait exprimées à propos d'une réforme judiciaire mise en œuvre dans ce pays². Elle s'est également penchée sur plusieurs mises en détention de juges, ordonnées après la tentative de coup d'État en Turquie³. Les réformes substantielles du système judiciaire en Pologne ont quant à elles fait l'objet de nombreux arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne qui constatent la violation du principe de protection juridictionnelle protégé par le droit de l'Union⁴, et une série de requêtes les mettant en cause ont été tranchées ou sont actuellement pendantes du côté de Strasbourg⁵.

Les préoccupations ne sont au demeurant pas cantonnées aux dérives des *usual suspects* pré-censés. Il n'est que de relire, pour s'en convaincre, cette *tribune* récemment publiée par Dominique Rousseau à propos de la composition du Conseil constitutionnel français. Encore au-

(1) K.L. SCHEPPELE, D. KOCHENOV et B. GRABOWSKA-MOROZ, « EU Values Are Law, after All : Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union », *Yearbook Of European Law*, 2020, pp. 3-121.

(2) C.E.D.H., gr. ch., 23 juin 2016, *Baka c. Hongrie*, req. n° 20261/12.

(3) Voy. e.a. C.E.D.H., 3 mars 2020, *Baş c. Turquie*, req. n° 66448/17. Voy. M. LELOUP, « Another step enhancing the (procedural) protection for judges : Eminağaoğlu v Turkey and Bilgen v Turkey », publié sur www.strasbourgobservers.com.

(4) Voy., entre autres, C.J.U.E., 24 juin 2019, *Commission c. Pologne*, aff. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:325. Sur cette jurisprudence, voy. V. DAVIO et C. RIZCALLAH, « La Cour de justice de l'Union européenne, garante de l'indépendance des pouvoirs judiciaires nationaux ? Assurément ! Mais à certaines conditions... », *J.T.*, 2020, pp. 675-677.

(5) Voy. e.a. *Grzęda c. Pologne* (req. n° 43572/18). Voy. également, pour une liste plus étendue des affaires actuellement en instance contre la Pologne, la fiche thématique « Indépendance de la justice » publiée sur le site de la Cour européenne des droits de l'homme (https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Independence_justice_FRA.pdf).

jourd'hui, écrit l'éminent juriste, « certains se représentent le Conseil constitutionnel non pas comme une juridiction chargée de juger la conformité des lois à la Constitution mais comme une assemblée chargée d'accueillir des hommes (surtout) et des femmes qui ont rendu de bons et loyaux services à la Politique ». « Ce mode de désignation des juges constitutionnels ne peut plus durer et dure depuis trop longtemps », poursuit-il. « Il porte un préjudice manifeste à la légitimité internationale et nationale du Conseil »⁶.

L'Islande n'est pas précisément connue comme étant une scène no-toire de déclin de l'État de droit. Elle fut cependant épinglée par un ar-rêt de grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme du 1^{er} décembre 2020⁷, dont le ton grave, solennel et principal est sans doute davantage imputable à une inquiétude européenne struc-turelle — le fait que la Pologne se soit portée partie intervenante n'aura sans doute pas aidé la cause islandaise ...⁸ —, qu'au sentiment de scandale absolu que l'affaire en elle-même aurait pu susciter. Car après tout, et non sans que l'observation ne procède d'un certain cynisme, l'affaire *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande* ne confrontait pas vraiment à « du très lourd » comparé aux violations flagrantes et struc-turelles de l'article 6 dont certains États se sont fait la spécialité.

À l'origine de l'affaire se trouvait l'appel introduit par un ressortissant islandais contre un jugement le condamnant pour conduite sans per-mis de conduire valable et sous l'influence de stupéfiants. En l'occur-rence, le requérant se plaignait de ne pas avoir bénéficié du « tribunal établi par la loi », requis par la disposition conventionnelle précitée, en raison du fait que l'un des juges appelés à former le siège de la cour d'appel avait vu sa nomination invalidée. Motif : le droit interne, qui requerrait la nomination des candidats les plus qualifiés, n'avait pas été respecté par les autorités exécutives et législatives à la manœuvre.

L'arrêt intervenu, dont un commentaire sera livré dans les lignes qui suivent⁹, est fondamental. D'abord, parce que la garantie de bénéficier d'un tribunal dont la composition est « établie par la loi », conforme à celle-ci et repose sur une procédure rigoureuse et juste, est indispen-sable pour assurer une justice équitable, légitime et qui inspire la confiance des justiciables et ce, pas uniquement dans les États qui connaissent une dérive autocratique. Or, à la lumière de la décision commentée, le doute survient à propos de la parfaite observation de cette garantie dans un nombre important d'États pourtant générale-ment considérés comme tout à fait respectables d'un point de vue démocratique ; la Belgique n'y échappe pas. Ensuite, parce que les en-seignements de cet arrêt auront certainement des conséquences sur des affaires ultérieures, dont certaines concernent cette fois des assauts faits à des pouvoirs judiciaires par des gouvernements dont les ambi-tions affichées visent à anéantir les valeurs démocratiques et de l'État de droit telles qu'elles sont aujourd'hui acceptées en Europe. Un pre-mier exemple est fourni par l'arrêt *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Po-logne* du 7 mai 2021 où, sur la base desdits enseignements, la Cour en vient à conclure à la violation de l'article 6 du fait de l'irrégularité de la composition de la Cour constitutionnelle polonaise¹⁰.

Les lignes qui suivent emprunteront le cheminement suivant. Après avoir brièvement rappelé le contexte dans lequel cet arrêt a été rendu (1), nous nous pencherons sur ses enseignements principaux concernant l'exigence, découlant du principe de séparation des pou-voir, de la « légalité renforcée » en matière judiciaire (2). Nous mon-trerons ensuite en quoi l'arrêt initie une évolution quant aux consé-quences à tirer en cas de méconnaissance de cette exigence de légalité (3). Enfin, nous mettrons en lumière comment, de manière en-core plus novatrice, l'arrêt semble associer à l'exigence de légalité de nouvelles conditions substantielles pour la nomination des juges pro-

fessionnels, liées à la compétence et à l'intégrité morale de ceux-ci et ce, afin d'éviter l'influence de considérations partisans dans ce processus (4). À chaque étape de l'analyse, nous chausserons les « lunettes belges » pour examiner si, et dans quelle mesure, les règles, principes et pratiques actuellement en vigueur dans le Royaume¹¹ sont, ou non, susceptibles d'être titillés par les standards ainsi confir-més, affinés ou renouvelés à Strasbourg.

1 Contexte et rétroactes de l'arrêt de grande chambre

À l'origine de cette affaire se trouve une requête introduite par une per-sonne dont une condamnation pour une infraction au Code de la route avait été confirmée par la Cour d'appel d'Islande, créée de fraîche date. Le requérant estimait qu'en raison d'irrégularités dans le proces-sus de nomination des juges qui composent cette cour, celle-ci n'était pas valablement « établie par la loi » au sens de ce que requiert l'article 6, § 1^{er}, de la Convention et qu'il était, de ce fait, victime d'une violation de cette disposition conventionnelle.

La Cour d'appel islandaise a été installée en 2018. Une loi du 26 mai 2016 prévoyait la procédure de nomination des quinze membres qui doivent y siéger. Selon cette loi, tous les candidats devaient être éva-lués par une commission d'évaluation, composée d'experts. Lors du processus de recrutement, cette commission fonda son évaluation sur une appréciation approfondie des titres et mérites de chaque candidat, basée sur 12 critères objectifs qui se virent attribuer une pondération spécifique. En vertu de la loi précitée du 26 mai 2016, le ministre ne pouvait nommer à la fonction de juge que les candidats ayant été considérés comme étant les plus qualifiés par cette commission, sauf accord du Parlement pour nommer un autre candidat, pour autant que ce dernier remplisse les conditions minimales prévues par le droit in-terne pour devenir magistrat. Or, le ministre décida de nommer quatre candidats qui n'avaient pas été considérés comme faisant partie des « plus qualifiés » par la commission d'experts. Le Parlement approuva — grâce aux votes des partis composant la majorité — cette liste « en bloc », sans passer par un vote séparé pour chaque candidat. Saisie de la question par deux candidats malheureux, la Cour suprême isl-an-daise considéra, en décembre 2017 que l'absence d'instruction indivi-duelle et de vote par candidat constituait un vice grave dans la procé-dure de nomination — procédure qui avait initialement pour but de ré-duire le risque d'une influence abusive des intérêts des partis politiques dans le processus de nominations des juges de la Cour d'ap-pel qui allait être créée — et condamna l'État à dédommager les can-didats écartés.

Averti de ces précédents, le requérant Guðmundur Andri Ástráðsson contesta la régularité du siège de la Cour d'appel qui était appelé à connaître du recours contre la condamnation pénale dont il avait éco-pé, en première instance, pour des infractions de roulage. En vain : *in fine*, la Cour suprême estima que l'irrégularité dont était entachée la nomination de l'un des membres de ce siège, quoique avérée, n'avait cependant pas pour conséquence qu'un doute légitime puisse exister sur le fait que le requérant ait bénéficié d'un procès équitable devant des juges indépendants et impartiaux.

À Strasbourg, la requête donna d'abord lieu à un arrêt de chambre, concluant, par cinq voix contre deux, qu'il y avait eu violation du droit

(6) D. ROUSSEAU, « Il est temps de rendre la justice constitutionnelle aux juristes », <https://www.actu-juri-dique.fr/constitutionnel/il-est-temps-de-rendre-la-justice-constitution-nelle-aux-juristes/>.

(7) C.E.D.H., gr. ch., 1^{er} décembre 2020, *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande*, req. n° 26374/18 (ci-après l'arrêt de grande chambre).

(8) Voy. les §§ 194-195 de l'arrêt de grande chambre.

(9) Pour un autre commentaire de cet arrêt, voy. M. LELOUP, « Guðmundur Andri Ástráðsson : le right to a tribu-

nal established by law expanded to the appointment of judges », publié sur www.strasbourgobservers.com ; R. SPANO, « The rule of law as the lo-destar of the European Convention on Human Rights : The Strasbourg Court and the independence of the judiciary », *European Law Journal*, 2021, pp. 1-17 ; M. DISANT et T. LAR-ROUTUROU, « La nomination des juges nationaux saisie par les juridic-tions européennes », à paraître à la *Rev. trim. dr. h.*, octobre 2021.

(10) C.E.D.H., 7 mai 2021, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Pologne*, req.

n° 4907/18. Sur cet arrêt, voy. M. LELOUP, « The ECtHR Steps into the Ring », publié sur <http://verfas-sungsblog.de>. Voy. encore C.E.D.H., 22 juillet 2021, *Reczkowicz c. Po-logne*, req. n° 43447/19.

(11) On laissera de côté ce qui concerne les aspects nationaux de la procédure de nomination des juges auprès des juridictions internationales. Ceux-ci échappent en effet au principe de la légalité tel qu'il est consacré par l'article 146 de la Constitution, qui ne vise que les juri-dictions nationales. On rappellera

par ailleurs que, selon une jurispru-dence ancienne et à maints égards paradoxale, l'article 6 de la Con-vention européenne des droits de l'homme n'est pas censé être appli-cable à la Cour européenne des droits de l'homme. Voy. Comm. E.D.H., 23 mars 1972, *X et Y c. Royaume-Uni*, req. n° 5459/72. Voy., à ce propos, S. VAN DROOGHEN-BROECK, « La Cour de Strasbourg res-pecte-t-elle l'article 6 de la Con-vention européenne des droits de l'homme ? », *J.T.*, 2007, pp. 316-317.



à un tribunal établi par la loi consacré à l'article 6 de la Convention¹². La chambre estima en effet, en écho à la Cour suprême islandaise, que la procédure, visant spécifiquement à « réduire le risque que les intérêts des partis politiques n'influencent abusivement le processus par lequel les qualifications à la Cour d'appel nouvellement créée devaient être évaluées »¹³, n'avait pas été respectée, entraînant une violation de l'article 6 de la Convention¹⁴.

Le gouvernement islandais sollicita le renvoi de l'affaire devant la grande chambre, conformément à l'article 43 de la Convention. Ce renvoi aboutit à l'arrêt commenté. Comme le rappelle la Cour à titre liminaire, il ne lui appartenait pas en l'espèce d'examiner si les règles pertinentes en matière de nomination des juges avaient été enfreintes, étant donné que la Cour suprême avait déjà établi que tel était le cas¹⁵. Il appartenait par contre à la Cour de se prononcer sur les conséquences, sous l'angle de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention, à tirer d'une telle violation des règles entourant la nomination des juges¹⁶. Dans la ligne de sa jurisprudence *Demir et Baykara*¹⁷, le juge strasbourgeois nourrit son interprétation conventionnelle d'un recours massif à des « sources externes » aux pedigrees et essences les plus variés : s'y croisent la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁸ et de la Cour de justice des États de l'Association européenne de libre-échange¹⁹, les avis du Conseil consultatif des juges européens²⁰, ou encore, les principes en matière de primauté parlementaire et d'indépendance judiciaire pour le Commonwealth²¹.

2 La confirmation : l'exigence d'une intervention du législateur pour « établir » les juridictions

La grande chambre débute son analyse par un rappel des contours de l'exigence selon laquelle tout « tribunal » doit être « établi » par « la loi », pour ce qui concerne les « contestations relatives aux droits et obligations de caractère civil » et les « accusations en matière pénale »²², en vertu de l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la Convention.

De manière générale, l'exigence de légalité qui est disséminée dans la Convention à titre de condition d'admissibilité des restrictions faites aux droits et libertés qu'elle consacre est conçue de manière « souple » — au sens « matériel » — en ce sens qu'elle est indifférente à l'identité de l'auteur de la restriction en cause²³. L'exigence de légalité est en effet rencontrée pour autant que la restriction repose sur une « base légale » non autrement déterminée, pourvu qu'elle soit suffisamment accessible, claire et prévisible, indépendamment de l'auteur de la norme. L'arrêt *Sanoma Uitgevers n.v. c. Pays-Bas* énonce en ce sens que le terme « loi », figurant dans les §§ 2 respectifs des articles 8 à 11 de la Convention, doit être entendu « dans son acception “matérielle” et non “formelle” », en sorte qu'il inclut « à la fois le “droit écrit”, comprenant aussi bien des textes de rang infralégislatif que des actes réglementaires pris par un ordre professionnel, par délégation du

législateur, dans le cadre de son pouvoir normatif autonome, et le “droit non écrit”. La “loi” doit se comprendre comme englobant le texte écrit et le “droit élaboré” par les juges »²⁴.

Par exception, la Cour considère néanmoins de longue date²⁵ qu'en matière judiciaire, « le principe de l'État de droit », exige que les tribunaux soient établis « conformément à volonté du législateur »²⁶. En précisant que le tribunal doit être « établi par la loi », l'article 6, § 1^{er}, de la Convention pose donc une exigence de légalité renforcée en matière processuelle : la loi ici entendue est une loi au sens « formel » puisque son adoption nécessite l'intervention du parlement. Ceci se justifie, logiquement, par la nécessité d'éviter les immixtions de l'exécutif dans l'exercice du pouvoir judiciaire et, donc, de garantir la séparation des pouvoirs²⁷.

Bien qu'elle soit établie depuis longtemps, certaines hésitations pouvaient encore subsister quant à la portée exacte de cette exigence²⁸, hésitations que l'arrêt commenté participe à dissiper.

La première clarification concerne le statut du principe de la légalité au sein de l'article 6 de la Convention. La grande chambre confirme en effet que l'exigence que tout tribunal soit « établi par la loi » est autonome par rapport à celles de l'indépendance et l'impartialité, qui découlent également de l'article 6 de la Convention²⁹. Les conditions d'établissement par la loi, d'indépendance et d'impartialité sont donc *cumulatives*, pour qu'un procès soit jugé comme étant équitable³⁰. Il n'est en ce sens pas nécessaire de démontrer que, parallèlement à la violation de la condition selon laquelle le tribunal doit être établi par la loi, une atteinte à l'indépendance de ce dernier ait été portée, pour arriver à la conclusion que l'article 6 a été violé. L'autonomie ainsi affirmée est cependant relative, non le verrons : pour distinctes qu'elles soient, les exigences ainsi posées sont en effet tendues, fondamentalement, vers un même but.

Une seconde clarification intervient quant au « domaine » du principe de légalité stipulé par l'article 6. Il était d'ores et déjà acquis que, pour reprendre le vocabulaire du droit processuel, ledit principe concerne tant les aspects de l'organisation de la juridiction concernée, que les attributions et la compétence de celle-ci, ainsi que la procédure menée devant elle : c'est au demeurant sur ce dernier aspect que la Belgique s'était faite « épinglée » dans l'affaire *Coëme et autres*³¹. Ainsi compris, le principe « conventionnel » de la légalité en matière judiciaire rejoint exactement les exigences déduites de son homologue constitutionnel belge³². La particularité de l'arrêt commenté est cependant d'étendre particulièrement loin les filets du principe de légalité au sein des règles d'organisation judiciaire, en ouvrant ainsi au bénéfice du justiciable *lambda* un nouveau réservoir de griefs *a priori* très bien garni — une boîte de Pandore, avaient dit les juges Lemmens et Gritco en marge de l'arrêt de chambre³³. La grande chambre confirme que l'expression « établi par la loi », « concerne non seulement la base légale de l'existence même du “tribunal”, mais encore le respect par celui-ci des règles particulières qui le régissent »³⁴, en ce compris celles qui régissent « la composition du siège dans chaque affaire »³⁵. Et l'arrêt de se poursuivre en affirmant, de manière nette, qu'« il est évident que la participation d'un juge à l'examen d'une affaire peut-être “irrégulière” si les règles ayant encadré le processus de sa nomi-

(12) C.E.D.H., 12 mars 2019, *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande* (ci-après « l'arrêt de chambre »), req. n° 26374/18.

(13) Arrêt de chambre, § 121.

(14) Arrêt de chambre, § 123.

(15) Arrêt de grande chambre, § 208.

(16) Arrêt de grande chambre, §§ 209-210.

(17) C.E.D.H., gr. ch., 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, req. n° 34503/97.

(18) Arrêt de grande chambre, §§ 131-139.

(19) *Ibidem*, § 140.

(20) *Ibidem*, §§ 124-125.

(21) *Ibidem*, § 145.

(22) Rappelons à cet égard que la protection offerte par l'article 6 de la Convention pourrait voir son champ d'application étendu par le biais de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ou de l'article 19 du Traité

sur l'Union européenne, qui ne se limitent pas à régir les litiges portant sur des contestations en matière civile ou des accusations en matière pénale. Ces dispositions doivent par ailleurs être interprétées à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 6 de la Convention (voy. l'article 52, § 3, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne).

(23) Voy. S. VAN DROOGHENBROECK et C. RIZCALLAH, avec la collaboration de C. HOREVOETS et G. DELANNAY, « Le principe de légalité des limitations aux droits et libertés », in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et B. LOMBAERT (dir.), *La légalité, un principe de la démocratie belge en péril*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 37 et s.

(24) C.E.D.H., 14 septembre 2010, *Sanoma Uitgevers n.v. c. Pays-Bas*, req. n° 38224/03, § 83.

(25) Voy. S. VAN DROOGHENBROECK et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe de la légalité en matière judiciaire », in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et B. LOMBAERT (dir.), *La légalité, un principe de la démocratie belge en péril*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 78 et s.

(26) Voy. e.a. C.E.D.H., 27 octobre 2009, *Pandjikidze et autres contre Géorgie*, req. n° 30323/02, §§ 103.

(27) Arrêt de grande chambre, § 214.

(28) Comp. en effet avec J.P. COSTA, « Qu'est-ce qu'un tribunal établi par la loi ? », in L. BRANKO et al. (dir.), *Fair trial : regional and international perspectives*, Louvain-La-Neuve, Anthemis, 2020, p. 104.

(29) Arrêt de grande chambre, §§ 231 et 233.

(30) Arrêt de grande chambre, § 231. Voy. déjà J.-P. COSTA, « Qu'est-ce qu'un tribunal établi par la loi ? », *op. cit.*, p. 105.

(31) C.E.D.H., 22 juin 2000, *Coëme et autres c. Belgique*, req. n° 32492/96, § 103 : « Par conséquent, la Cour estime que l'incertitude qui a existé en raison de l'absence de règles de procédure préalablement établies plaçait le requérant dans une situation de net désavantage par rapport au ministère public, ce qui a privé M. Coëme d'un procès équitable au sens de l'article 6, § 1, de la Convention ».

(32) Voy. J.-F. VAN DROOGHENBROECK et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe de légalité... », *op. cit.*, pp. 80-81.

(33) Opinion dissidente des juges Lemmens et Gritco dans l'affaire *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande*, arrêt de la seconde section du 12 mars 2019, req. n° 26374/18, point 1.

(34) Arrêt de grande chambre, § 211.

(35) Arrêt de grande chambre, § 223.



nation ont été enfreintes »³⁶. Le processus de nomination est donc clairement englobé par l'article 6, § 1^{er}, de la Convention : il doit être défini par la loi et le non-respect de la procédure prévue peut, à elle seule, et sous réserve des conditions ci-après examinées entraîner une violation de la Convention. Cette loi, qui doit donc émaner du législateur, doit être « libellée en des termes non équivoques, de manière à empêcher toute ingérence arbitraire dans le processus de nomination, notamment de la part du pouvoir exécutif »³⁷. À notre connaissance, la jurisprudence constitutionnelle belge n'avait encore jamais eu l'occasion de fonder pareillement, sur le principe de légalité « belge », le droit pour un justiciable de se plaindre de l'irrégularité de la nomination de « son » juge. La théorie de l'« ensemble indissociable »³⁸ viendra donc combler cette lacune.

Outre son « statut » et son « domaine », l'arrêt *Guðmundur Andri Ástráðsson* rappelle enfin la « portée » de l'exigence de légalité figurant à l'article 6 de la Convention.

Celle-ci limite, tout d'abord, la possibilité pour le législateur de déléguer à tout autre que lui-même le soin de régler les aspects essentiels de l'organisation et de la compétence des juridictions et de la procédure menée devant celle-ci. L'arrêt rappelle à cet égard que « l'expression "établi par la loi" qui figure à l'article 6, § 1, a pour objet d'"éviter que l'organisation du système judiciaire dans une société démocratique ne soit laissée à la discrétion de l'exécutif et de faire en sorte que cette matière soit régie par une loi du Parlement" »³⁹. Assez curieusement par contre, la grande chambre, à l'inverse de la Chambre, ne complète pas explicitement cette première énonciation par une seconde, non moins classique, selon laquelle « dans des pays de droit codifié, l'organisation du système judiciaire ne peut être laissée à la discrétion des autorités judiciaires, ce qui n'exclut cependant pas de leur reconnaître un certain pouvoir d'interprétation de la législation nationale en la matière »⁴⁰. À notre estime cependant, ce passage sous silence ne peut être interprété comme l'indice certain d'un revirement. À nouveau, l'on observe que les *requisits* conventionnels, sur ce terrain, rejoignent — et, par là-même, consolident les exigences constitutionnelles belges⁴¹ : ici encore ne peut-il être question que le législateur délègue, au Pouvoir exécutif ou au juge, le règlement des aspects essentiels de la matière, sauf à prévoir, s'agissant du premier cité, une confirmation législative ultérieure. Ainsi qu'on a pu le démontrer par ailleurs⁴², le droit processuel est sans doute l'un des rares terrains où le principe constitutionnel de légalité affiche encore une bonne forme. L'on ne se cachera cependant pas que la « gestion » de la pandémie par les juridictions elles-mêmes, pour ce qui concerne les procédures menées devant elles, lui a infligé quelques flétrissures⁴³.

Le principe de légalité concerne ainsi la *compétence* pour édicter le droit processuel, au sens le plus large ; il porte aussi sur l'*observation* des règles pareillement édictées. Comme l'a confirmé le président de la Cour, Robert Spano, il découle de l'arrêt commenté qu'une violation de l'article 6, § 1^{er}, pourra être constatée uniquement en raison de l'existence d'irrégularités dans la procédure de nomination d'un juge qui siège dans une affaire donnée et ce, sans qu'il ne soit nécessaire de démontrer, en sus de ceci, l'inéquité du procès⁴⁴. Toute irrégularité n'est néanmoins pas de nature à entraîner l'existence d'une telle violation et la précision du « seuil de gravité » à atteindre constitue le deuxième apport majeur de l'arrêt commenté.

3 L'évolution : les conséquences à tirer d'une irrégularité dans le processus de nomination des juges

Sur fond du constat fait par la Cour suprême islandaise selon lequel la composition de la Cour d'appel qui a rendu la décision contestée était effectivement entachée d'irrégularités⁴⁵, il appartenait à la grande chambre de se prononcer sur les conséquences qu'il y avait lieu de tirer de cette situation au regard de l'article 6 de la Convention.

À ce titre, la Cour précise que toute irrégularité dans une procédure de nomination n'est pas de nature à enfreindre le droit à être jugé par un tribunal « établi par la loi »⁴⁶. Selon l'arrêt, la souplesse de cette approche se justifie notamment par les principes de sécurité juridique et d'inamovibilité des juges, qui pourraient être mis à mal en cas d'application trop stricte du principe de légalité⁴⁷.

Il y a lieu néanmoins de trouver un juste équilibre entre ces intérêts concurrents. Pour ce faire, l'arrêt commenté développe en trois étapes devant orienter l'analyse dans chaque cas d'espèce. D'abord, il y a lieu de rechercher si *i.* « il existe une violation *manifeste* du droit interne, en ce sens que celle-ci doit être objectivement et réellement reconnaissable en tant que telle »⁴⁸. Néanmoins, ajoute la Cour, « l'absence d'une telle violation manifeste des règles internes en matière de nominations judiciaires n'exclut pas en elle-même la violation du tribunal établi par la loi »⁴⁹, il appartient donc également de se référer à deux autres critères pour vérifier si cette exigence est respectée. Au titre de deuxième étape, *ii.* l'éventuelle violation doit s'analyser à la lumière de l'objet et du but de l'exigence de légalité, « qui sont de veiller à ce que le pouvoir judiciaire puisse s'acquitter de sa mission à l'abri de toute ingérence injustifiée, de manière à préserver ainsi la prééminence du droit et la séparation des pouvoirs »⁵⁰. Ce deuxième critère exclut donc que des simples irrégularités de pure forme, qui n'ont aucune incidence sur la légitimité même du processus de nomination, emportent une violation de la Convention. Par contre, « les violations qui méconnaîtraient totalement les règles les plus élémentaires de la procédure de nomination — par exemple la nomination à la fonction de juge d'une personne ne remplissant pas les conditions nécessaires » —, doivent être « réputées contraires à l'exigence selon laquelle un tribunal doit être établi par la loi »⁵¹. Enfin, à titre de troisième étape du raisonnement, *iii.* il y a lieu d'examiner la « nature », l'« étendue » et la « qualité » du contrôle sur le processus de nomination que les juridictions nationales ont pu opérer⁵². L'absence de contrôle juridictionnel effectif est donc de nature à participer au constat de l'existence d'une violation de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention.

À la lumière de ces trois étapes, la Cour conclut que la nomination des quatre candidats, sans instruction et appréciation indépendantes de leurs titres et mérites en violation du principe de droit administratif islandais imposant à l'exécutif de ne nommer au sein de la fonction publique que les candidats les plus qualifiés, constituait une violation du principe selon lequel tout tribunal doit être « établi par la loi ». En effet, l'absence de précision quant à la manière selon laquelle la comparaison de l'ensemble des candidats s'est déroulée jette, selon la Cour, « le doute sur l'objectivité du processus de sélection »⁵³. Or, ce

(36) Arrêt de grande chambre, § 226.

(37) Arrêt de grande chambre, § 229.

(38) Voy. C. const., arrêt n° 201/2011, 22 décembre 2011, point B.8.1 : « Lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à celle d'une des dispositions constitutionnelles dont le contrôle relève de la compétence de la Cour et dont la violation est alléguée, les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles concernées ». S'agissant précisément de l'interprétation combinée des articles 13 de la Constitution et de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, voy. C. const., arrêt n° 62/2018 du 31 mai 2018, B.15.2. : « Le droit d'accès au

juge serait vide de tout contenu s'il n'était pas satisfait aux exigences du procès équitable, garanti par l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Par conséquent, lors d'un contrôle au regard de l'article 13 de la Constitution, il convient de tenir compte de ces garanties ».

(39) Arrêt de grande chambre, § 214.

(40) Voy. e.a., C.E.D.H., gr. ch., arrêt *Oleksandr Volkov contre Ukraine* du 9 janvier 2013, req. n° 21722/11, § 150.

(41) Voy. J.-F. VAN DROOGHENBROECK et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe de légalité... », *op. cit.*, pp. 80-81.

(42) *Ibidem*, p. 86.

(43) Voy. A. HOC, J.-F. VAN DROOGHENBROECK et D. MOUGENOT, « La justice civile face à la crise du Covid-

19. Quelles leçons en retenir ? », à paraître.

(44) R. SPANO, « The rule of law as the lodestar of the European Convention on Human Rights... », *op. cit.*, p. 11.

(45) Il est à noter que la Cour n'a jamais exclu la possibilité qu'elle-même puisse conclure à une violation de l'article 6, liée à la non-observation du droit national, alors que cette non-observation n'aurait pas été constatée par le juge national. Le contrôle auquel elle se livre, en la matière, est cependant très marginal. Voy. le § 216 de l'arrêt de grande chambre, « La Cour a dit que la violation par un "tribunal" des dispositions légales internes régissant l'établissement et la compétence des organes judiciaires emportait en principe violation de l'article 6, § 1,

et qu'elle avait donc compétence pour se prononcer sur le respect des règles du droit interne sur ce point. Toutefois, vu le principe général selon lequel c'est en premier lieu aux juridictions nationales elles-mêmes qu'il incombe d'interpréter la législation interne, elle a également considéré qu'elle ne pouvait mettre en cause leur appréciation que dans des cas d'une violation flagrante de cette législation (...) ».

(46) Arrêt de grande chambre, § 236.

(47) Arrêt de grande chambre, § 240.

(48) Arrêt de grande chambre, § 244.

(49) Arrêt de grande chambre, § 245.

(50) Arrêt de grande chambre, § 246.

(51) Arrêt de grande chambre, § 246.

(52) Arrêt de grande chambre, § 248.

(53) Arrêt de grande chambre, § 265.



doute est « de nature à faire naître des préoccupations objectivement justifiées » par rapport à l'existence d'une ingérence du pouvoir exécutif, « ce qui suffit aussi à discréditer la transparence du processus de sélection »⁵⁴. Le contrôle opéré par la Cour suprême islandaise ne s'est par ailleurs pas avéré suffisant, étant donné qu'il n'a pas porté sur les arguments tirés de l'article 6 de la Convention, et, « notamment ceux ayant trait aux liens politiques qui auraient existé entre le ministre de la Justice [et les candidats retenus] »⁵⁵.

Ainsi résumés, ces enseignements de l'arrêt appellent plusieurs commentaires.

Le premier est teinté de scepticisme. On comprend parfaitement bien que l'impératif de sécurité juridique puisse tempérer les rigueurs du principe de légalité, et ainsi conduire à ce que toute procédure juridictionnelle — et, par conséquent, tout jugement — ne puisse pas être déclarée contraire à l'article 6 en raison de n'importe quelle irrégularité affectant la nomination du magistrat ou de l'un des magistrats devant laquelle elle est menée. Par contre, l'invocation aux mêmes fins du principe d'inamovibilité du juge nous semble plus mystérieuse. La garantie d'inamovibilité du juge, accessoire de celle de son indépendance, concerne la cessation anticipée de son mandat, par exemple via une révocation ou une destitution pour des motifs disciplinaires⁵⁶. Jamais à notre connaissance n'a-t-elle été interprétée comme pouvant « couvrir », par l'écoulement du temps, les éventuels vices affectant *ab initio* la nomination du juge elle-même.

La seconde observation est formulée sous forme de critique⁵⁷. Quel sort convient-il de réserver à la décision de justice si, en application de la démarche préconisée par la Cour, il apparaît que la juridiction ayant statué n'était pas « établie par la loi » ? L'arrêt n'est pas clair sur ce point⁵⁸. La Cour affirme, d'un côté, qu'il « n'entre pas dans sa compétence de fixer un délai précis au-delà duquel une irrégularité dans la procédure de nomination ne pourra plus être contestée par une personne invoquant le droit à un "tribunal établi par la loi" »⁵⁹. Elle s'abstient, par ailleurs, de trancher la question de savoir si, *dans le cas du requérant lui-même*, où la séquence temporelle était finalement très réduite, une réouverture de la procédure interne devrait intervenir : le fait que le requérant n'ait finalement pas formulé une telle demande lui permet d'esquiver la question⁶⁰. Enfin, et dans un geste réalistico-consequentialiste qui n'est pas sans rappeler l'arrêt *Marckx c. Belgique*⁶¹, mais en plus normand, l'arrêt affirme que « le constat de violation en l'espèce ne peut pas en lui-même être considéré comme imposant à l'État défendeur l'obligation au regard de la Convention de rouvrir toutes les affaires similaires qui sont depuis lors passées en force de chose jugée conformément au droit islandais »⁶². Mais encore ?

Enfin, on s'interrogera sur les ressources qu'offre *de lege lata* le droit belge pour accueillir les nouveaux principes définis par l'arrêt. Celui-ci mentionne une étude de droit comparé, menée par la Cour elle-

même, de laquelle il ressortirait qu'en Belgique, l'exigence d'un « tribunal établi par la loi » s'étend clairement aux règles de nomination des juges, mais qu'il ressort de la jurisprudence belge que la violation du droit interne doit être d'une certaine gravité pour que les décisions rendues soient annulées ou invalidées⁶³. Au vrai, les conclusions ainsi formées⁶⁴ relèvent davantage de la recomposition théorique d'un puzzle, que de l'énoncé d'une pratique claire et constante des juridictions belges. Faut-il le dire, et s'en féliciter, les questions qui nous occupent ici ne forment pas le quotidien de l'actualité juridique belge, et sont encore, très largement le terrain de spéculations⁶⁵.

Première pièce du puzzle : l'irrégularité de la nomination ou de la désignation d'un magistrat est susceptible de valoir à celle-ci une annulation par la Section du contentieux administratif du Conseil d'État⁶⁶.

Seconde pièce du puzzle : l'annulation de la nomination ou de la désignation litigieuse opère en principe avec effet rétroactif. La possibilité est toutefois offerte au Conseil d'État, en vertu de l'article 14ter des lois coordonnées, de maintenir les effets de la nomination ou de la désignation annulée, et d'ainsi d'éviter le risque que l'irrégularité litigieuse n'affecte la validité des décisions juridictionnelles intervenues dans l'intervalle. L'article 14ter précité permet donc la mise en balance des intérêts entre légalité et sécurité juridique que l'arrêt commenté a en vue pour fixer le curseur de la contravention à l'exigence d'un « tribunal établi par la loi », et évite par là-même proactivement d'avoir à résoudre, *ex post*, la question de savoir si, dans certains cas il y a lieu de faire application d'une quelconque théorie du « magistrat de fait »⁶⁷ pour éviter le chaos d'une annulation rétroactive de sa nomination. L'article 14ter, en d'autres termes, permettrait de transposer, dans le contexte belge, le raisonnement qui fut celui du Conseil d'État français dans l'arrêt *Robert* du 30 décembre 2010⁶⁸. À notre connaissance, il n'existe à ce jour aucun précédent de ce type à la Rue de la science⁶⁹, mais l'on ne voit pas ce qui pourrait faire obstacle à ce qu'il puisse advenir.

Troisième pièce du puzzle : à moins que la rétroactivité n'en ait été tempérée par le juge de sa légalité, l'invalidation de la nomination ou de la désignation d'un magistrat devrait pouvoir entraîner la remise en cause des décisions par lui rendues. Cette remise en cause, en droit belge, est possible via l'exercice des recours idoines offerts par le Code judiciaire. C'est en tous cas ce que laisse apparaître un arrêt de la Cour de cassation du 29 octobre 2020⁷⁰. En l'espèce, cette Cour cassa un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 16 septembre 2016 pour le seul motif que la formation collégiale qui l'avait rendu comprenait un conseiller suppléant qui, en méconnaissance de ce que prescrivent les articles 102 et 321 du Code judiciaire, n'avait pas été formellement désigné à cet effet par une ordonnance du premier président de la cour d'appel. La question se pose en revanche de savoir ce qu'il advient lorsque la décision litigieuse n'est, notamment en rai-

(54) Arrêt de grande chambre, § 265.

(55) Arrêt de grande chambre, § 281.

(56) C.E.D.H., gr. ch., 23 juin 2016, *Baka c. Hongrie*, req. n° 20261/12, § 72 et C.J.U.E., 24 juin 2019, *Commission c. Pologne*, aff. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:325, point 76 « Le principe d'inamovibilité exige, notamment, que les juges puissent demeurer en fonction tant qu'ils n'ont pas atteint l'âge obligatoire du départ à la retraite ou jusqu'à l'expiration de leur mandat lorsque celui-ci revêt une durée déterminée. Sans revêtir un caractère totalement absolu, ledit principe ne peut souffrir d'exceptions qu'à condition que des motifs légitimes et impérieux le justifient, dans le respect du principe de proportionnalité ».

(57) Opinion partiellement dissidente du juge Pinto de Albuquerque jointe à l'arrêt de grande chambre, point 16 et opinion partiellement concordante, partiellement dissidente commune aux juges O'Leary, Ravarani, Kucsko-Stadlmayer et Ilievski jointe à l'arrêt de grande chambre, § 4.

(58) Voy. également M. LÉLOUP,

« Guðmundur Andri Ástráðsson : the right to a tribunal established by law expanded to the appointment of judges », *op. cit.*

(59) Arrêt de grande chambre, § 252.

(60) Arrêt de grande chambre, § 313.

(61) C.E.D.H., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, § 58.

(62) Arrêt de grande chambre, § 314.

(63) Arrêt de grande chambre, §§ 150-152.

(64) L'étude n'est cependant pas publique.

(65) L'on se rappellera, à cet égard, les controverses qu'avait suscitées, en 2012, l'irrégularité de la composition du Conseil supérieur de la justice. Cette irrégularité affectait-elle la validité des présentations effectuées par le Conseil en vue de la nomination de magistrats, ou de la désignation de ceux-ci aux mandats de chefs de corps ? Dans l'affirmative, quelles pouvaient être les conséquences sur la validité des décisions prises par ces derniers dans l'intervalle ? Sur cette question, voy. les réflexions de M. UYTENDAELE, « Le Conseil supérieur de la Justice irrégulièrement composé - Prétexte à un voyage dans

le triangle des Bermudes du contrôle de la hiérarchie des normes en droit belge », *A.P.T.*, 2014/1, pp. 1-13. Sur la controverse plus large, voy.

C. MATRAY, « La composition du C.S.J. sur la sellette - Grosse tempête ou petit crachin ? », *J.T.*, 2013, pp. 633-636 et J. ENGLEBERT, « De quoi la composition illégale du CSJ est-elle le nom ? », in M. CADELLI (dir.), *Le Conseil supérieur de la Justice : stop ou encore ?*, Limal, Anthemis, 2016, pp. 117-153.

(66) Voy. par exemple C.E., n° 180.791 du 11 mars 2008.

(67) Laquelle prête au demeurant volontiers matière à controverse. Voy. L. GOFFIN, « Les tribunaux au Congo », *J.T.*, 1960, pp. 605-606, et la réplique publiée dans la même revue à la p. 763.

(68) Voy. C.E. (fr), n°s 329.513 et 329.515, 30 décembre 2010 : « Considérant qu'eu égard, d'une part, à l'intérêt général qui s'attache à l'autorité des décisions de justice auxquelles les intéressés ont concouru respectivement en qualité d'avocat général près la Cour de cassation et de procureur général près la cour

d'appel de Riom et, d'autre part, à la nature du motif d'annulation retenu et alors qu'aucun autre moyen n'est de nature à justifier les annulations prononcées par la présente décision, l'annulation rétroactive de la nomination de M. Robert et de M. L. porterait une atteinte manifestement excessive au fonctionnement du service public de la justice ; que, dès lors, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de ne prononcer l'annulation de la nomination de M. Robert et de celle de M. L. qu'à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la date de la présente décision ».

(69) La question du maintien des effets fut posée dans l'affaire ayant donné lieu à C.E., n° 248.273 du 15 septembre 2020. Elle n'y appela pas de réponse, le Conseil d'État ayant rejeté le recours en annulation.

(70) Cass., 29 octobre 2020, RG n° C.18.0371.F/1. P. THIRIAR, « Cassatie schept verwarring over aandoeding plaatsvervangend raadsheer », *Juristenkrant*, 2020, afl. 420, 9.



son de l'écoulement du temps, plus susceptible d'un recours ordinaire ou extraordinaire qui en permettrait la mise à néant à raison de l'illégalité de la nomination ou de la désignation de son auteur ou de l'un de ses auteurs. Pour nous en tenir au seul cas des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire, pareil « vice » n'est en effet pas susceptible de donner lieu à un requête civile (articles 1122 et s. C. jud.) ou à une prise à partie (article 1140 C. jud.). La dénonciation sur ordre du ministre de la Justice (article 1088 C. jud.) et le pourvoi dans l'intérêt de la loi ne sont pas davantage en mesure de satisfaire aux *requis* de l'article 6 de la Convention. Certes pourrait-on imaginer que l'une ou l'autre soit mobilisée pour obtenir l'invalidation d'une décision rendue par une juridiction irrégulièrement composée. Le fait est cependant que, de part et d'autre, l'initiative de cette mobilisation échappe aux parties elles-mêmes. Dans l'hypothèse d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi, lesdites parties ne tireraient de toute façon aucun profit de la cassation intervenue, ce dont l'article 6 ne peut évidemment se contenter. Reste alors l'hypothèse d'une réouverture ordonnée en application de l'article 442bis du Code d'instruction criminelle. Par définition, il s'agit cependant là d'une voie très étroite, étant cantonnée à la seule matière pénale, et supposant l'existence préalable d'un constat de violation de la Convention par la Cour européenne des droits de l'homme. On le voit : le « maillage » ainsi offert par les voies de recours ordinaires et extraordinaires contre les arrêts et jugements des cours et tribunaux n'est pas sans faille, et seule une intervention législative pourrait y remédier⁷¹. Rappelons en effet que, selon l'article 20 du Code judiciaire, « les voies de nullité n'ont pas lieu contre les jugements ». Il est donc hors de question que, en dehors de ce que les voies de recours organisées permettent, l'autorité de chose jugée attachée à une décision puisse être tenue pour « inexistante » ou « nulle » pour la raison que la juridiction *a quo*, était composée d'un magistrat dont la nomination ou la désignation était entachée d'une irrégularité, fut-elle manifeste et gravissime. La conclusion n'est pas différente, *mutatis mutandis*, pour un arrêt du Conseil d'État ou un arrêt de la Cour constitutionnelle.

4 La révolution : l'exigence de nomination des candidats les plus qualifiés aux fonctions judiciaires

Dans son raisonnement, la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a également insisté — et c'est sans doute l'un des aspects les plus innovants de l'arrêt⁷² — sur l'importance de l'appréciation équitable des qualifications des candidats à la nomination comme juge. Selon l'arrêt, « la notion même de “tribunal” implique que celui-ci se compose de juges sélectionnés sur la base du mérite — c'est-à-dire de juges qui, grâce à leurs compétences professionnelles et à leur intégrité morale, sont capables d'exercer les fonctions judiciaires associées à cette charge dans un État régi par la prééminence du droit »⁷³. Partant, la Cour souligne « l'importance primordiale que revêt un processus rigoureux de nomination des juges ordinaires pour s'assurer de la nomination à ces fonctions des candidats les plus qualifiés — du point de vue tant de leurs compétences professionnelles que de leur intégrité morale »⁷⁴. Et d'ajouter qu'« il va de soi que plus le tribunal se situe à un niveau élevé de la hiérarchie juridictionnelle, plus les critères de sélection applicables devraient être exigeants »⁷⁵.

Selon la Cour, « pareille sélection fondée sur le mérite ne garantit pas seulement la capacité professionnelle d'un organe juridictionnel à rendre la justice en tant que “tribunal” : elle est cruciale aussi pour préserver la confiance du public dans la justice et sert de garantie supplémentaire à l'indépendance personnelle des juges »⁷⁶.

Ces affirmations sont, à notre connaissance, sans précédents. Certes, elles n'aboutissent pas à imposer un modèle uniforme de recrutement dans la magistrature. En préambule de son raisonnement, la Cour énonce au demeurant que « les systèmes de sélection et de nomination des juges varient en Europe, et il n'y a pas de modèle unique qui s'appliquerait à tous les pays. (M)ême si la notion de séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire a pris une importance grandissante dans sa jurisprudence, la nomination de juges par l'exécutif ou par le législateur est admissible, pourvu que les juges ainsi nommés soient libres de toute pression ou influence lorsqu'ils exercent leur rôle juridictionnel »⁷⁷. Certes encore, l'arrêt concède — sans s'en expliquer davantage — que les juges « non-professionnels » peuvent être soumis à des critères de sélection différents de ceux qui s'appliquent aux juges professionnels⁷⁸.

Il n'empêche : quoiqu'il ne les anéantisse pas complètement, l'arrêt commenté réduit assez drastiquement les marges de manœuvre dont les États disposent dans la sélection de leurs juges. Un nouveau paradigme monte en puissance, et, corrélativement, d'anciennes évidences sont réinterrogées, lorsqu'elles n'en viennent pas tout doucement à sentir le souffre.

Sur le plan de la procédure, tout d'abord. Clairement, les décisions portant nomination ou désignation qui seraient dépourvues de motivation formelle mettant en avant les mérites de candidats et les comparant les uns aux autres, ne pourront plus passer la rampe. Dans un arrêt n° 200.889 du 15 février 2010, le Conseil d'État affirmait ainsi que « le principe d'égalité en matière de nominations dans des emplois publics, qui veut que chaque citoyen ait un accès égal aux emplois publics, implique que les titres et mérites des candidats doivent être examinés et comparés sur la base de critères objectifs, raisonnables et pertinents. A cet égard, l'autorité dispose d'un large pouvoir discrétionnaire, qui ne peut toutefois excéder les limites du raisonnable. La motivation formelle de l'arrêté de nomination et les éléments de la cause doivent pouvoir faire apparaître que cette mise en balance a été effectuée correctement »⁷⁹. Les exigences qui précèdent ont été formulées à propos de magistrats de l'ordre judiciaire, et sous étendard du principe d'égalité. L'arrêt commenté commande qu'elles soient étendues à l'ensemble du paysage juridictionnel où l'article 6 trouve potentiellement à s'appliquer — y inclus le Conseil d'État, la Cour constitutionnelle⁸⁰ et tout juge administratif quelconque^{80bis} —, sur le fondement supplémentaire du droit à un « tribunal ». La précision est importante : la motivation de la nomination n'intéresse pas que les concurrents déçus — tel est l'angle d'attaque que vise exclusivement le principe d'égalité —, mais, plus largement, la communauté des futurs justiciables du juge concerné. Tel le requérant *Guðmundur Andri Ástráðsson*, chacun d'entre eux disposera, sous l'angle de l'article 6, d'un intérêt à dénoncer l'absence de la motivation requise.

« Les candidats les plus qualifiés — du point de vue tant de leurs compétences professionnelles que de leur intégrité morale » : le paradigme des « mérites » mis en avant par la Cour européenne des droits de l'homme, avec une particulière emphase pour les juridictions supérieures auxquelles s'applique l'article 6, n'invite-t-il pas à réinterroger certains des choix sur lesquels repose la composition de nos juridictions ? Certes, et au grand dam de son juge portugais⁸¹, la Cour

(71) Dans un litige qui tombe dans le champ d'application de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux ou de l'article 19 du Traité sur l'Union européenne — dispositions dont l'effet direct a été reconnu par la Cour de justice de l'Union européenne et dont la portée doit être interprétée au regard de l'article 6 de la Convention — le droit de l'Union pourrait exiger que le juge national reconnaisse l'existence d'une voie de recours en se fondant directement sur ces dispositions en cas de lacune en droit national. Un tel effet direct n'est néanmoins pas reconnu, en droit belge, à l'article 6 de la Convention.

Voy. *mutatis mutandis*, C.J.U.E., 14 mai 2020, *FMS*, aff. C-924/19 PPU et C-925/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:367, points 290-291.

(72) Voy. aussi, par la suite C.E.D.H., 7 mai 2021, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Pologne*, req. n° 4907/18, § 244.

(73) Arrêt de grande chambre, § 220.

(74) Arrêt de grande chambre, § 222.

(75) Arrêt de grande chambre, § 222.

(76) Arrêt de grande chambre, § 222.

(77) Arrêt de grande chambre, § 207.

(78) Arrêt de grande chambre, § 222.

(79) CE, n° 200.889 du 15 février 2010.

(80) Pour une synthèse récente de l'application de l'article 6 au contentieux constitutionnel, C.E.D.H., 7 mai 2021, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Pologne*, req. n° 4907/18, §§ 192-208. Voy., s'agissant de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, voy. C. const., 13 octobre 2009, arrêt n° 157/2009, point 5.1 : « B.5.1. Il n'est pas nécessaire de déterminer en l'espèce si l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme est applicable, puisque les exigences qu'il contient en matière d'indépendance et d'impartialité du juge valent comme principes généraux du droit. En conséquence,

la Cour tient compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière ».

(80bis) Voy., à propos du Conseil d'appel des allocations d'études institué par décret de la Communauté française, l'avis n° 69728/2 donné le 9 août 2021 par le Conseil d'État : la procédure de désignation des membres doit nécessairement « reposer sur des critères objectifs » et leur sélection doit se fonder « sur les aptitudes, les compétences et les qualités professionnelles des candidats ».

(81) Opinion partiellement dissidente du juge Pinto de Albuquerque



européenne des droits de l'homme ne va pas — pas encore ? — jusqu'à exiger explicitement, pour la nomination de tout juge quelconque, l'intervention d'un organe expert composé au moins pour moitié d'autres juges. Pareille exigence serait au demeurant fatale à la conventionnalité de la procédure de nomination des juges à la Cour constitutionnelle. Disons-le sans ambages cependant, et en écho aux propos de Dominique Rousseau repris en introduction : la relecture de la loi spéciale du 6 janvier 1989 avec les lunettes de l'arrêt commenté peut légitimement susciter quelques froncements de sourcils. Une répartition des sièges opérée ouvertement sur la base d'une clé d'Hondt⁸², et la réservation de la moitié de ceux-ci au profit d'anciens parlementaires qui peuvent ne pas avoir une formation juridique⁸³ : il n'est pas sûr que les rédacteurs de l'arrêt commenté érigerait ce régime juridique en modèle à suivre^{83bis}. Dans un avis de 2006, la Commission de Venise affirmait certes que « l'une des principales conditions relatives à la composition des cours constitutionnelles est la garantie d'indépendance des juges constitutionnels dès le processus de leur sélection, nomination ou élection par les parlements nationaux. Cette approche ne signifie pas pour autant que le processus de sélection des juges de la Cour constitutionnelle ne puisse ou ne doive subir la moindre influence politique démocratique, car ce serait utopique et contraire aux principes essentiels de la justice constitutionnelle ». Et la même Commission d'ajouter « dans un pays démocratique, il est non seulement loisible, mais aussi souhaitable que la Cour constitutionnelle comprenne des personnes justifiant non seulement de compétences juridiques, mais aussi d'une participation à la vie démocratique du pays »⁸⁴. C'était cependant en 2006, avant que certains États membres du Conseil de l'Europe ne déraillent complètement dans la manière dont ils conçoivent et garantissent l'indépendance de leurs juges. À notre sens, il est significatif que l'arrêt commenté ne donne aucun écho à ce genre de « légitimation » de la composition de certaines juridictions. Pas davantage l'arrêt n'évoque-t-il de manière tout à fait explicite la combinaison possible entre le paradigme du « mérite », qu'il met en avant, et les considérations relatives au maintien d'un équilibre de genre dans la composition des juridictions. L'une des dimensions de l'affaire portait pourtant, précisément, sur cette combinaison. En l'occurrence, l'égalité de genre avait été mise en avant par la ministre de la Justice islandaise pour « corriger » la liste qui lui avait été transmise par la commission d'experts⁸⁵. En marge des motifs proprement dits de l'arrêt, on prendra note de la position du Réseau européen des Conseils de la Justice, cité par la grande chambre dans la partie « Textes internationaux » de son arrêt : « il conviendrait de favoriser la diversification du réservoir de candidats aux nominations en évitant toute forme de discrimination, encore que cela ne doive pas nécessairement supposer l'instauration de quotas en tant que tels, à quoi s'ajoute que tout effort de diversification dans la sélection et la nomination des juges ne devrait pas prendre le pas sur le critère fondamental que constitue le mérite »⁸⁶.

Conclusion

Le déclin de l'État de droit à l'œuvre dans certains pays d'Europe centrale est au cœur des discussions politiques tant au niveau de l'Union européenne⁸⁷ que du Conseil de l'Europe⁸⁸. Dans ce contexte, l'arrêt commenté sonne comme un rappel à l'ordre fait à l'ensemble des États

parties à la Convention — tant aux « mauvais » qu'aux « bons élèves », dont on ne se méfierait peut-être moins au premier abord. En effet, en renouvelant l'interprétation donnée à une exigence déjà bien connue du droit processuel classique — selon laquelle les « tribunaux » doivent être « établis par la loi » —, la Cour européenne des droits de l'homme semble vouloir venir à la rescousse d'une exigence cardinale découlant de la *rule of law*, qui apparaît pourtant aujourd'hui de plus en plus malmenée en Europe, et ailleurs : l'indépendance de la justice.

Cette exigence, qui découle du principe de la séparation des pouvoirs, est une condition *sine qua non* du fonctionnement démocratique d'un État : son objet est en effet d'éviter une concentration des pouvoirs entre les mains de l'exécutif, concentration qui pourrait à terme mener à des dérives autoritaires dont on a déjà eu connaissance sur notre continent et à l'encontre desquelles on a souhaité se protéger, notamment par le biais de l'adoption de la Convention. L'exigence d'indépendance de la justice s'oppose à ce que le pouvoir exécutif exerce une quelconque influence sur le pouvoir judiciaire et, donc, sur la nomination des membres qui le composent.

En considérant que la procédure de nomination des juges tombe dans le champ d'application de l'exigence selon laquelle les tribunaux doivent être établis et régis par une loi du Parlement, la Cour européenne des droits de l'homme vient offrir un soutien conventionnel supplémentaire aux limites qui doivent entourer l'action gouvernementale en la matière et, ainsi, au principe de séparation des pouvoirs.

Passé un certain seuil de gravité, la contravention à ladite loi — par exemple par un pouvoir exécutif qui procéderait à une nomination d'un juge sans suivre la procédure et les critères légalement définis — peut, à elle seule, emporter une violation de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention, sans qu'il ne soit nécessaire d'apporter la démonstration supplémentaire que, dans un cas d'espèce, l'indépendance du juge ait été mise à mal. Il en est de même, *a fortiori*, en cas d'absence d'une procédure et de critères législativement définis encadrant le processus de nomination des juges.

L'absence ou la violation des règles entourant la nomination des juges ne devra d'ailleurs pas spécialement être soulevée par l'un des candidats déçus pour emporter le non-respect de l'article 6 : l'importance de l'existence et du respect de ces règles intéresse en effet le justiciable en général, qui doit pouvoir bénéficier d'un accès à un pouvoir judiciaire dont les membres n'ont pas été choisis par le pouvoir exécutif en raison de acointances potentielles. Plus encore : le juge indépendant est nécessairement choisi en raison de ses compétences, selon une comparaison des titres et mérites en fonction de critères qui auraient été préalablement définis.

Sébastien VAN DROOGHENBROECK

Professeur ordinaire à l'Université Saint-Louis - Bruxelles
Professeur invité à l'Université Paris 2 (Panthéon Assas)

Assesseur au Conseil d'État

Cecilia RIZCALLAH

Professeure invitée à l'Université Saint-Louis - Bruxelles
et à l'Université libre de Bruxelles
Chargée de recherches au FNRS

jointe à l'arrêt de grande chambre, point 3.

(82) Voy. M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 149-150. Voy. également E. MAES, *De rol van een grondwettelijk hof in een rechtsstatelijk perspectief*, Thèse, KU Leuven, 2016, p. 330.

(83) M. VERDUSSEN, *op. cit.*, pp. 145-147 ; E. MAES, *op. cit.*, pp. 361 et s.

(83bis) On consultera avec intérêt, ces questions, les auditions d'ex-

perts réalisées au Sénat dans le cadre de l'examen, entre autres, de la proposition de loi spéciale « modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle en ce qui concerne la nomination des juges à la Cour constitutionnelle », *Doc. parl.*, Sénat, Doc 7-166.

(84) Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), Avis n° 370/2006 sur les deux projets de loi portant amen-

dement de la loi n° 47/1992 sur l'organisation et le fonctionnement de la Cour constitutionnelle de Roumanie (17-18 mars 2006), CDL-AD (2006) 006, §§ 10 et 14 (consultable sur www.venice.coe.int).

(85) Arrêt de grande chambre, §§ 47, 73 et 182.

(86) Voy. le point 147 de l'arrêt renvoyant à la déclaration de Dublin du 12 mai 2012 adoptée par l'assemblée générale du Réseau européen

des conseils de la justice.

(87) Voy., notamment, les auditions qui sont en cours dans le cadre de la procédure de l'article 7.1. du TUE, enclenchée à l'encontre de la Pologne et de la Hongrie.

(88) Résolution 2359 de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 26 janvier 2021, « Les juges doivent rester indépendants en Pologne et en République de Moldova ».



Le génocide arménien : le parent pauvre du négationnisme élargi

La loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide ne concerne qu'un seul génocide nommément visé, à savoir celui commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale¹. Lors de son adoption, certains estimaient que les faits étaient pourtant répréhensibles au regard de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie².

L'article 115 de la loi du 5 mai 2019 a inséré un alinéa 5 à l'article 20 de la loi du 30 juillet 1981 incriminant le négationnisme d'un crime de génocide, un crime contre l'humanité ou un crime de guerre ainsi que réprimés à l'article 136^{quater} du Code pénal, établis comme tels par une décision définitive rendue par une juridiction internationale sachant ou devant savoir que ce comportement risque d'exposer soit une personne, soit un groupe, une communauté ou leurs membres à la discrimination, la violence ou la haine³.

Nous considérerons, dans un premier temps, la genèse de cet article (1) avant d'envisager l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 14 janvier 2021 rendu à la suite d'un recours en annulation (2), publié ci-après, p. 584, pour terminer par les critiques non abordées dans cette décision (3).

1 Aux origines du négationnisme élargi : l'impulsion européenne

Le Conseil de l'Europe a adopté, le 28 janvier 2003, un protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité du 23 novembre 2001⁴, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques, lequel visait comme son intitulé l'indique, spécifiquement le négationnisme commis par le biais d'un système informatique⁵. Ce protocole enjoint aux États parties, en son article 6, d'incriminer : « (...) la diffusion ou les autres formes de mise à disposition du public, par le biais d'un système informatique, de matériel qui nie, minimise de manière grossière, approuve ou justifie des actes constitutifs de génocide ou de crimes contre l'humanité, tels que définis par le droit international et reconnus comme tels par une décision finale et définitive du Tribunal militaire international, établi par l'accord de Londres du 8 août 1945, ou par tout autre tribunal international établi par des instruments internationaux pertinents et dont la juridiction a été reconnue par cette Partie ».

Le § 2 de ce même article prévoit la possibilité pour les États parties de retenir « l'intention d'inciter à la haine, à la discrimination ou à la vio-

lence contre une personne ou un groupe de personnes, en raison de la race, de la couleur, de l'ascendance ou de l'origine nationale ou ethnique, ou de la religion, dans la mesure où cette dernière sert de prétexte à l'un ou l'autre de ces éléments ». Ne pas faire de ce dol spécial un élément constitutif à part entière est quelque peu contradictoire vu l'intitulé même du protocole⁶.

En 2004, un projet de loi avait été déposé pour élargir le champ d'application de la loi du 23 mars 1995 et se conformer à ce protocole alors même qu'il n'est toujours pas ratifié à ce jour par la Belgique. Les réactions furent à ce point vives lors du passage du texte au Sénat⁷ que la ministre de la Justice de l'époque a préféré envoyer le dossier en Commission interministérielle de droit humanitaire d'où il n'est jamais ressorti⁸.

En effet, la compréhension du terme « génocide » et la détermination de l'autorité légitime à en reconnaître l'existence ont suscité débat⁹. Deux thèses s'opposent sur ce sujet : celle de la liste qui énumère exhaustivement les génocides et celle d'une disposition générique qui a une portée pour le présent mais aussi pour l'avenir¹⁰. En filigrane de ce débat se trouve la reconnaissance du génocide arménien¹¹.

La première thèse est celle choisie par le législateur en adoptant la loi du 23 mars 1995 visant spécifiquement le génocide des juifs¹². Ce

(1) Loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale, *M.B.*, 30 mars 1995 (dite « loi négationnisme »). Voy. G. GRANDJEAN, « La répression du négationnisme en Belgique : de la réussite législative au blocage politique », *Droit et Société*, 2011, p. 141 et N. DROIN, « État des lieux de la répression du négationnisme en France et en droit comparé », *Rev. trim. dr. h.*, 2014, p. 384.

(2) Loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie (telle que modifiée par la loi du 10 mai 2007), *M.B.*, 8 août 1981 (dite « loi antiracisme »). Voy. F. DUBUISSON, « L'incrimination générique du négationnisme est-elle conciliable avec le

droit à la liberté d'expression ? », *Rev. fac. dr. ULB*, 2008, p. 138.

(3) Loi du 5 mai 2019 portant des dispositions diverses en matière pénale et en matière de cultes, et modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie et le Code pénal social, *M.B.*, 24 mai 2019 (entrée en vigueur le 3 juin 2019), article 115.

(4) Conseil de l'Europe, Convention sur la cybercriminalité, signée à Budapest le 23 novembre 2001, *M.B.*, 3 août 2012.

(5) Conseil de l'Europe, Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques, 28 janvier 2003, article 6. Voy. F. DUBUISSON, « L'incrimination générique du négationnisme est-elle conciliable avec le droit à la liberté d'expression ? », *op. cit.*, pp. 165-168 et N. DROIN, « État

des lieux de la répression du négationnisme en France et en droit comparé », *op. cit.*, p. 367.

(6) F. DUBUISSON, « L'incrimination générique du négationnisme est-elle conciliable avec le droit à la liberté d'expression ? », *op. cit.*, p. 174.

(7) Voy. G. GRANDJEAN, « La répression du négationnisme en Belgique : de la réussite législative au blocage politique », *op. cit.*, pp. 151-159.

(8) G. GRANDJEAN, « Quelques réflexions sur les enjeux mémoriels autour de la répression du négationnisme en Belgique », *Rev. fac. dr. ULB*, 2009, p. 576. Voy. également K. BERTRAMS et P.-O. DE BROUX, « Du négationnisme au devoir de mémoire : l'Histoire est-elle prisonnière ou gardienne de la liberté d'expression ? », *Rev. fac. dr. ULB*, 2008, p. 119 et F. DUBUISSON, « L'incrimination générique du négationnisme est-elle conciliable avec le

droit à la liberté d'expression ? », *op. cit.*, p. 176.

(9) G. GRANDJEAN, « Quelques réflexions sur les enjeux mémoriels autour de la répression du négationnisme en Belgique », *op. cit.*, p. 578. Voy. également F. DUBUISSON, « L'incrimination générique du négationnisme est-elle conciliable avec le droit à la liberté d'expression ? », *op. cit.*, pp. 175-185.

(10) G. GRANDJEAN, « Quelques réflexions sur les enjeux mémoriels autour de la répression du négationnisme en Belgique », *op. cit.*, pp. 578-585.

(11) G. GRANDJEAN, « La répression du négationnisme en Belgique : de la réussite législative au blocage politique », *op. cit.*, p. 150.

(12) G. GRANDJEAN, « Quelques réflexions sur les enjeux mémoriels autour de la répression du négationnisme en Belgique », *op. cit.*, p. 580.

