

COMPOSITION ET
FONCTIONNEMENT
DES COURS EUROPÉENNES

OUBLIONS UN INSTANT LES MATIÈRES TRAITÉES, les recours et les procédures. Fermons nos oreilles au bruit des discours et regardons la Cour de justice et la Cour européenne comme des groupes humains organisés en collectivité. Laissons le miel, voyons la ruche.

65

Les deux institutions ont en commun, outre la relative proximité géographique de leur siège alsacien ou quasi lorrain, de s'acheminer ensemble vers leurs cinquante ans d'existence¹. Tout, pour le reste, dans leur histoire, leurs habitudes, leur façon d'être, relève d'univers différents, au point que, s'il est courant de rapprocher leur jurisprudence, il est en revanche inhabituel, voire incongru, de comparer leur organisation et leurs méthodes.

Va pour l'incongruité ; nous n'en avons pas la primeur. En remaniant, en vue du sommet de Nice et dans la perspective d'élargissements futurs de l'Union européenne, les articles du traité instituant la Communauté qui traitent de la Cour de justice et du Tribunal de première instance, les négociateurs bruxellois sous présidence française ont eu, à tort ou à raison, présent à l'esprit le précédent du protocole n° 11 à la Convention européenne, entré en vigueur deux ans plus tôt. Assemblée plénière, grande chambre, présidents de chambre élus² sont quelques exemples

1. La Cour de justice a en effet été installée en 1952 et la Cour européenne en 1959. S'il est donc encore un peu tôt, à Strasbourg, pour préparer le cinquantenaire de la juridiction, déjà Luxembourg l'envisage...

2. Cet article ayant été rédigé en septembre 2000, les résultats du sommet de Nice du 7 au 9 décembre 2000 ne peuvent être anticipés par l'auteur avec une quelconque certitude.

de notions importées dans le contexte communautaire, où leur pertinence semblait jusque-là n'avoir frappé personne³.

Après des années de développement séparé, l'heure des rapprochements institutionnels n'était sans doute pas imprévisible : perspectives d'adoption d'une Charte communautaire des droits fondamentaux, problèmes voisins d'« administration de la justice » rencontrés dans les deux enceintes, antériorité de la réforme strasbourgeoise en fournissaient quelques indices.

Mais on y avait prêté peu d'attention. En effet, vue de l'intérieur⁴, la similitude formelle des problématiques tenant à la composition et à l'organisation des collèges de juges est presque totalement masquée par la différence des logiques institutionnelles.

66 La césure est sans doute d'abord intellectuelle, la spécificité communautaire étant aussi ardemment revendiquée d'un côté que le tropisme des droits de l'homme est passionnément affirmé de l'autre. Mais les écarts de perception sont principalement dus à l'appartenance des juridictions à des ensembles institutionnels de natures profondément dissemblables.

La Cour de justice est en effet d'abord et avant tout une des institutions, ayant dès l'origine pleine compétence juridictionnelle, d'une communauté d'inspiration fédéraliste animée d'un mouvement d'intégration progressive. Elle ne se situe, pas plus que les autres institutions créées par les traités, au cœur du dispositif communautaire ; elle en est seulement l'un des rouages. La Cour européenne est, par comparaison, l'instrument principal d'un mécanisme de protection des droits de l'homme devenu essentiellement judiciaire et qui n'a pas vocation à se voir transférer des compétences détenues par les États. Elle est donc à la fois plus autonome, c'est-à-dire plus isolée, et plus libre, c'est-à-dire structurellement moins responsable des conséquences politiques, administratives et économiques de ses arrêts, que ne l'est la Cour de justice.

En outre, alors que la Cour de justice fonctionne depuis son installation en décembre 1952 d'une manière relativement constante, malgré des élargissements successifs et l'adjonction, à partir de 1989, d'un

3. Rien de tel en tout cas ne figurait dans les propositions que la Cour de justice et le Tribunal de première instance avaient soumises en vue de la Conférence intergouvernementale.

4. De l'intérieur s'entend ici surtout, même si la réciproque paraît probable, de la Cour de justice, où l'auteur est référendaire au cabinet du juge français Jean-Pierre Puissochet. Ce point de vue, dont nous n'avons pas totalement cherché à faire abstraction, peut expliquer l'orientation de certains de nos propos.

Tribunal de première instance, et qu'elle envisage non sans méfiance les aménagements que l'augmentation du volume du contentieux et la préparation de nouveaux élargissements rendent inévitables, la Cour européenne vient, elle, de connaître une telle refonte de ses conditions de fonctionnement, en particulier du fait de la disparition de la Commission des droits de l'homme, que l'on a pu écrire que la nouvelle Cour installée en novembre 1998 était une institution d'une nature entièrement différente de celles qui l'ont précédée⁵.

Ceci posé pour nous garder des parentés factices, chacun des microcosmes peut être extrait de son contexte et, pris comme un organe séparé de l'organisme dans lequel d'ordinaire il fonctionne, posé sur la paille du laboratoire. Nous livrons ci-après les conclusions imparfaites de cette déroutante observation, dont le rudimentaire protocole nous a conduit à envisager d'abord la taille et le découpage des institutions, puis l'origine et l'agrégation de leurs éléments constitutifs, enfin le mode d'insertion de ceux-ci dans leur univers professionnel.

67

LE NOMBRE DES MEMBRES ET L'ORGANISATION DES FORMATIONS DE JUGEMENT

La Cour européenne, dans sa configuration actuelle, compte quarante et un membres. La Cour de justice comprend aujourd'hui quinze juges assistés de huit avocats généraux ; à cet effectif s'ajoutent les quinze juges du Tribunal de première instance, si bien que l'institution judiciaire communautaire, envisagée globalement, regroupe trente-huit membres – nombre par conséquent peu éloigné de celui des juges de Strasbourg.

Mais ces ordres de grandeur ne sont guère comparables puisqu'en réalité à la Cour de justice envisagée strictement comme à la Cour européenne, le nombre des juges est égal à celui des États membres ou Hautes Parties contractantes. Or il est fort différent, pour exercer ensemble la fonction de juger, d'être à moins de vingt ou à plus de quarante.

C'est pour tenir compte, entre autres choses, du handicap du grand nombre qu'ont été élaborées, dans le protocole n° 11 à la Convention

5. Voir, par exemple, J. A. Carrillo-Salcedo, « Quels juges pour la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme ? », *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 9, 28 novembre 1997, p. 1, et A. Drzemczewski, « The European Human Rights Convention : Protocol n° 11 - Entry into Force and First Year of Application », *Human Rights Law Journal*, vol. 21, 18 septembre 2000, p. 2.

européenne, des règles d'organisation de la Cour beaucoup plus rigides que celles que les traités communautaires et son statut imposent pour l'instant à la Cour de justice.

Les quarante et un juges de la Cour européenne sont en effet, depuis l'entrée en vigueur du protocole n° 11 et en vertu du règlement de la Cour, répartis en quatre sections de dix membres au sein de chacune desquelles une représentation équilibrée est recherchée, en termes d'origine géographique, de tradition juridique et d'appartenance sexuelle. Il n'est toutefois pas question de parité : les huit femmes que comprend la nouvelle Cour sont réparties entre les sections à raison de deux par section.

68 L'Assemblée plénière de la Cour, qui n'a pas d'attributions contentieuses, constitue des chambres de sept juges au sein des quatre sections et élit le président de la Cour et les présidents des chambres ; deux des quatre présidents de chambre sont vice-présidents de la Cour.

Les chambres constituent en leur sein des comités de trois juges compétents pour se prononcer sur la recevabilité des affaires.

Lorsque la Cour ne siège ni en comité ni en Chambre, elle siège en Grande Chambre. Cette formation unique de dix-sept juges est composée selon un double système dont l'élément stable est représenté par les présidents et vice-présidents de la Cour et des Chambres (soit neuf personnes) et l'élément mobile est obtenu par une alternance tous les neuf mois entre deux groupes de juges répondant aux critères d'équilibre susmentionnés.

En dehors du filtrage assuré par les comités, la Cour siège donc soit en Chambre à sept juges, soit, en cas de renvoi par une Chambre, en Grande Chambre à dix-sept juges si le collège chargé au sein de la Grande Chambre de l'examen des demandes de renvoi a accepté le des-saisissement de la Chambre.

Ces règles, fixées de façon relativement précise par la Convention elle-même (telle qu'amendée par le protocole n° 11) et complétées par le règlement adopté par l'Assemblée plénière de la Cour, sont manifestement conçues pour satisfaire, entre autres, au double objectif de donner une taille raisonnable aux formations délibérantes et d'assurer une certaine continuité des orientations jurisprudentielles, grâce en particulier à l'existence d'un noyau dur formé des présidents et vice-présidents et à l'absence du phénomène de compétition au sommet qui serait difficilement évitable si deux Grandes Chambres étaient amenées à coexister.

Les effectifs beaucoup plus modestes de la Cour de justice n'ont pas rendu nécessaire ce luxe de précautions organisationnelles puisque le traité prévoit seulement qu'elle siège en séance plénière mais qu'elle peut créer en son sein des chambres de trois, cinq ou sept juges. Le protocole sur le statut de la Cour de justice se borne à y ajouter des règles de quorum.

En vertu par conséquent de ses propres décisions, la Cour de justice siège, en pratique, soit en chambre à trois juges (pour les affaires, assez peu nombreuses, ne soulevant pas de difficulté juridique), soit en chambre à cinq juges, soit en petit ou en grand plénum, ces formations « plénières » comptant respectivement onze et quinze membres. La composition du petit plénum n'est pas fixe, si bien qu'aucun juge n'en est *a priori* exclu.

Les affaires sont directement attribuées par la Cour, lors de sa réunion générale hebdomadaire, à l'une de ces formations ; moins du tiers des dossiers est maintenu, en moyenne, devant la Cour plénière – c'est-à-dire surtout devant le petit plénum. La formation la plus fréquemment utilisée est donc la chambre à cinq juges (dite, à la Cour de justice, « grande chambre », par opposition à la « petite chambre » à trois juges).

Chaque juge (hormis le président, élu pour trois ans) fait partie, outre de la plénière, d'une des quatre « petites chambres » et d'une des deux « grandes chambres » dont les présidents sont désignés par roulement annuel et n'ont pas de fonction particulière à assumer au niveau de la plénière.

Il s'agit donc d'un système égalitaire, simple et permettant à chaque membre de se faire entendre sur toutes les affaires présentant quelque importance.

Dans le cadre de la conférence intergouvernementale 2000, des idées ont été émises tendant à interdire à la Cour de siéger en « assemblée plénière », sauf dans des cas tout à fait particuliers, et à créer en son sein une « grande chambre » de onze membres et des « chambres » de cinq membres, les présidents des chambres étant élus. Ces idées, clairement reprises du protocole n° 11 à la Convention européenne, s'expliquent par la crainte qu'avec l'augmentation du nombre de membres de la Cour de justice qui résultera inmanquablement d'élargissements de l'Union, le fonctionnement actuel de la juridiction aboutisse à une dispersion de la décision et à une perte de cohérence jurisprudentielle.

La formule, dont il conviendra de vérifier si elle a obtenu l'aval des Hautes Parties contractantes, a l'inconvénient de s'appliquer à une cour qui, pour quelque temps encore, ne se compose que de quinze juges et

n'a pas besoin de tels aménagements ; elle a en revanche l'avantage de ne pas bouleverser les pratiques en vigueur, puisque la nouvelle « grande chambre » de onze juges correspond à l'actuel petit plénum et que les chambres correspondent aux actuelles « grandes chambres » à cinq juges.

La seule innovation véritablement contraignante pour la Cour serait la limitation à des cas rarissimes de la possibilité de se réunir en formation plénière. Il y a lieu d'espérer que cette restriction, dont on comprend qu'elle a pour objet d'affirmer le caractère central et l'autorité de la grande chambre, surtout dans une cour qui pourrait à l'avenir comprendre plus de vingt-cinq juges, sera au moins atténuée dans les textes définitifs qui sont attendus.

70

L'évocation des solutions organisationnelles à l'œuvre ou en projet pour l'une ou l'autre cour montre que la considération principale prise en compte pour déterminer la composition des formations de jugement n'est autre que le souci de fournir un cadre stable et commode pour la mise au point d'une jurisprudence, sans les aléas d'assemblées trop nombreuses ou à la composition trop fluctuante et en donnant aux personnalités les plus marquantes la possibilité d'exercer une influence personnelle à la hauteur de leur force de conviction.

On notera au passage que de telles solutions ne sont en revanche pas de nature, comme le montre à suffisance la situation actuelle des stocks d'affaires à juger à la Cour européenne, à résoudre les problèmes dus à un afflux de recours trop important par rapport aux capacités de l'institution. En tant qu'elle était supposée répondre à un tel objectif, la mise en œuvre du protocole n° 11 ne peut évidemment être présentée comme un succès.

S'agissant de la Cour de justice des Communautés également, il convient de bien distinguer les problèmes liés aux élargissements futurs et ceux qui concernent la maîtrise des flux contentieux, qui sont affectés par d'autres facteurs que par le nombre des États membres.

Alors que les élargissements induisent une augmentation du nombre des juges, si l'on s'en tient du moins à la formule « un juge par État membre », le souci de rationalité, pour ne pas dire, à ce niveau, de « productivité » des juridictions devrait amener à une limitation du nombre des magistrats et, dans la mesure compatible avec l'unité de la jurisprudence, à un certain degré de spécialisation.

Il est fort improbable que des États candidats à l'adhésion à l'Union européenne soient prêts à renoncer à « leur » siège à la Cour de justice,

d'autant que leurs prédécesseurs, surtout parmi les « petits » États, ne verraient pas non plus d'un bon œil un tel précédent.

On peut toutefois noter que le prétendu principe d'identité de nombre entre États et membres connaît déjà des exceptions. La première concerne les avocats généraux à la Cour de justice, qui sont soumis au même statut que les juges et sont nommés dans les mêmes conditions⁶ ; ils sont au nombre de huit. L'Allemagne, l'Espagne, la France, l'Italie et le Royaume-Uni proposent chacun une nomination ; les trois postes restants « tournent » entre les dix autres États membres.

Fait également exception le Tribunal de première instance, puisqu'il a été convenu d'augmenter de six unités le nombre de ses membres, qui passeraient de quinze à vingt et un pour tenir compte de l'augmentation rapide de la charge de travail, particulièrement dans le domaine de la propriété intellectuelle. Mais, précisément, ce « décrochement » pose un problème politique puisque les « petits » États revendiquent une attribution égalitaire des six sièges supplémentaires alors que les autres, sans prétendre à des sièges permanents au sein de ce contingent, estiment qu'une rotation à deux vitesses serait plus juste. Cette question de partage n'ayant pas encore pu être tranchée, la décision d'accorder au Tribunal les moyens nouveaux dont il a besoin demeure, depuis plus de six mois, et bien que le principe en soit acquis, dans les limbes...

71

L'expérience de la Cour européenne des droits de l'homme, perçue comme exemplaire de la complexité des règles de fonctionnement qu'impose un effectif juridictionnel nombreux, incite en tout cas la juridiction communautaire et ses interlocuteurs à penser que le nombre des juges de la Cour de justice doit demeurer aussi réduit que possible et que l'augmentation nécessaire des effectifs des membres devrait se faire au niveau du Tribunal de première instance, dont les compétences devraient être élargies et le niveau de spécialisation accru. Ce modèle pyramidal paraît très éloigné des choix d'organisation qui ont été effectués pour la Cour européenne.

6. Voir CJCE, ordonnance du 4 février 2000, « Emesa Sugar », C-17/98, *Rec.*, p. I-667.

L'ORIGINE DES JUGES ET LE FONCTIONNEMENT DU COLLÈGE

Si la question du nombre a les incidences fonctionnelles que nous venons d'esquisser, celle du recrutement a plutôt, elle, des conséquences d'ordre intellectuel, moins faciles à cerner, mais d'une importance non moindre. Le climat qui règne entre les membres d'une instance délibérante, le sens qu'ils ont ou n'ont pas de constituer une entité cohérente animée d'un propos commun, par-delà les tendances et les caractères personnels, sont des facteurs très perceptibles de la qualité, voire de la nature du travail juridictionnel accompli.

72 L'alchimie de la réussite est en la matière une science bien difficile ; tout au plus pouvons-nous l'évoquer sous la forme dégradée qu'est la cuisine : entrée, la sélection ; plat de résistance, le mandat.

Commençons, en goujat, par les viandes. Les conditions statutaires d'exercice des fonctions sont à la vérité assez peu différentes dans l'une et l'autre cour, depuis que les membres de la Cour européenne y siègent à titre permanent.

Les mandats sont, dans les deux cas, de six ans renouvelables. Un renouvellement par moitié s'opère tous les trois ans. Les fonctions étant exercées à plein temps, elles sont incompatibles avec la poursuite d'activités professionnelles extérieures à la juridiction, aux exceptions d'usage sous le contrôle des Cours⁷. Une parfaite indépendance vis-à-vis de leur État d'origine est bien entendu exigée des membres, qui siègent à titre individuel.

Si un membre cesse d'exercer ses fonctions avant la date prévue pour la fin de son mandat, la personne qui lui succède achève le mandat de son prédécesseur.

Les mandats prennent fin à la Cour européenne dès qu'un juge atteint l'âge de soixante-dix ans – une telle limite d'âge n'existant pas à la Cour de justice. En outre, une clause prévoit, dans l'un et l'autre cas, la possibilité qu'un membre soit relevé de ses fonctions s'il a cessé de répondre aux conditions requises pour exercer sa charge. S'agissant de la Cour de justice, une décision en ce sens ne peut être prise qu'au jugement unanime des juges et des avocats généraux de la Cour, l'intéressé

7. Le statut de la Cour de justice permet toutefois au Conseil d'autoriser un membre, par dérogation exceptionnelle, à exercer une activité professionnelle (art. 4).

ne participant pas à la délibération. À la Cour européenne, la révocation est décidée à la majorité des deux tiers.

La comparaison du détail des garanties et avantages matériels existant de part et d'autre ne présentant (sauf pour les intéressés) qu'un intérêt anecdotique, les seuls commentaires de portée générale qu'appellent ces régimes globalement analogues portent sur la durée du mandat. Un sentiment assez largement répandu parmi les observateurs et qui rencontre quelque écho parmi les membres de la Cour de justice est qu'un mandat unique, donc non renouvelable, constituerait une formule plus conforme à la dignité des membres et plus propice à l'indépendance des juridictions que le système actuel. Toutefois, au cas où la possibilité d'être nommé ou élu à nouveau serait abandonnée, il conviendrait de prévoir une durée plus longue des mandats. Une durée de neuf ans a souvent été mentionnée comme réaliste.

Certes, des séjours dans l'une ou l'autre juridiction de douze ans et plus ne sont pas, grâce au système actuel, chose exceptionnelle et présentent souvent certains avantages en termes de continuité de l'action jurisprudentielle. Mais il ne faut pas sous-estimer l'intérêt que présentent également, pour la compréhension réciproque et donc pour le progrès du droit, les aller-retour de certaines personnalités vers les cours européennes depuis les juridictions des États membres, particulièrement les cours suprêmes. Or il est rare, compte tenu du niveau de recrutement, que deux mandats de six ans permettent un retour. Le bénéfice de tels passages est actuellement réservé aux États qui, pour des raisons conjoncturelles ou institutionnelles, ne proposent pas une même personne pour deux mandats successifs. Et il faut reconnaître qu'en pareil cas un délai de six ans est peut-être un peu en deçà de l'optimum théorique, en termes d'efficacité et d'influence.

Pour remonter aux entrées en matière, c'est-à-dire au recrutement ou, plus civilement parlant, au choix des membres, si les conditions sont analogues, les modalités sont différentes entre les deux Cours.

En effet, s'agissant de la règle de fond, il est difficile de tirer conséquence de ce que les juges et les avocats généraux de la Cour de justice sont « choisis parmi des personnalités offrant toutes garanties d'indépendance, et qui réunissent les conditions requises pour l'exercice, dans leurs pays respectifs, des plus hautes fonctions juridictionnelles, ou qui sont des jurisconsultes possédant des compétences notoires » (art. 223 CE), alors que les juges de la Cour européenne « doivent jouir de la plus haute considération morale et réunir les conditions requises pour l'exer-

cice de hautes fonctions judiciaires ou être des juristes possédant une compétence notoire » (art. 21 CEDH). Nous n'épilouterons ni sur la hauteur des fonctions ni sur leur qualification de judiciaire ou juridictionnelle (avec une préférence tout de même pour ce dernier terme) ; notons seulement que de telles conditions ne sont pas, en elles-mêmes, très contraignantes – et ne peuvent d'ailleurs pas l'être.

Les procédures sont en revanche bien distinctes puisque les membres de la Cour de justice sont nommés d'un commun accord pour six ans par les gouvernements des États membres alors que les juges de la Cour européenne sont élus par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe au titre de chaque Haute Partie contractante, à la majorité des voix exprimées, sur une liste de trois candidats présentés par la Haute Partie contractante.

74

Dans un cas, les représentants des gouvernements des quinze peuvent en principe nommer d'un commun accord qui ils veulent (sous réserve des conditions de fond) et à la suite de la procédure qu'ils arrêtent ; en pratique, chaque gouvernement propose un nom à ses partenaires qui, dans une conception bien comprise de la réciprocité, l'entérinent. On notera que la décision est prise au nom des gouvernements des États membres et non pas par le Conseil ; même s'il peut s'agir des mêmes représentants, cette nuance a pour objet de conforter l'indépendance de la Cour de justice vis-à-vis des autres institutions communautaires.

Dans l'autre cas, à partir de la liste de trois noms transmise, au titre de chaque Haute Partie contractante, par le Comité des ministres, l'Assemblée parlementaire procède à l'audition des candidats selon la procédure qu'elle a définie dans sa résolution 1082 (1996) et qui comprend, pour chaque candidat, la présentation d'une note biographique détaillée établie sur la base d'un formulaire de *curriculum vitae* et un entretien avec une sous-commission spéciale de la Commission des affaires juridiques et des droits de l'homme⁸. L'élection n'a lieu depuis 1996 qu'à l'issue de cette procédure, si bien que la présentation d'une liste de trois postulants par le gouvernement concerné n'a pas le même caractère artificiel que l'on pouvait à bon droit reprocher à cette formalité lorsque le premier de la liste était automatiquement élu.

8. Voir à ce sujet A. Drzemczewski, *op. cit.*, et J.-F. Flauss, « Radioscopie de l'élection de la nouvelle Cour européenne des Droits de l'Homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 9, 1998, p. 435.

La problématique de la nomination ou de l'élection des juges est trop fondamentale pour que nous puissions nous permettre de porter ici, en quelques phrases, une appréciation sur les mérites respectifs des deux systèmes. Nous nous contenterons de signaler qu'ici et là l'idée a été émise qu'à tout le moins le Parlement européen pourrait, lui aussi, être invité à entendre les nouveaux membres de la Cour de justice comme il le fait déjà pour les membres de la Commission avant leur prise de fonctions.

Les principales objections qui ont été faites à cette approche sont que de telles auditions, à moins de se résumer à des visites de courtoisie devant une chambre d'enregistrement, supposeraient que les intéressés exposent leurs intentions, leur programme, à tout le moins leur conception de la Communauté européenne – ce qui peut paraître naturel pour un commissaire européen, personnalité politique par définition, mais beaucoup moins acceptable pour un juge dont l'indépendance doit être reconnue et protégée. S'il s'agit en revanche d'apprécier non les orientations politiques mais le caractère et la compétence professionnelle de l'intéressé, il n'est pas certain qu'un passage devant une commission parlementaire en soit le révélateur le plus fidèle et le plus précis. Enfin, dans le jeu interinstitutionnel communautaire que la Cour de justice est à l'occasion conduite à arbitrer, il ne serait pas légitime que l'une des institutions, en l'occurrence le Parlement, bénéficie seule d'un droit de sensibiliser préalablement les juges à ses priorités qui sont parfois ses revendications.

Le plus solide argument en faveur du maintien du système de la nomination par les gouvernements est toutefois d'une nature un peu différente, puisqu'il est tiré d'une référence pragmatique à l'efficacité. Les prémisses étant qu'un membre d'une juridiction internationale ne peut valoriser le patrimoine qu'il incarne, la tradition dans laquelle il s'inscrit, que s'il jouit d'une certaine influence sur ses collègues, et que l'on ne peut exercer d'influence durable dans un tel cadre que par sa valeur, la raison dicte aux États de ne proposer à la nomination que ce qu'ils ont de meilleur à offrir – l'appréciation de cette qualité étant elle-même une illustration du système de valeurs propre à la tradition juridique de l'État concerné.

Un État se desservirait lui-même en mettant en avant, pour des raisons de convenance politique ou administrative, des personnalités autres qu'irréprochables dont la partialité ou l'incompétence réduirait à néant toute chance d'autorité. Un accident occasionnel ne peut être exclu (pas plus d'ailleurs que dans un autre système), mais la possibilité

statistique que la rationalité prévale est écrasante. Cela n'exclut pas, bien entendu, que des considérations d'ordre politique soient, dans certains États membres, comme l'Allemagne, des données pertinentes pour le choix des juges – mais cela ne présente pour la Cour aucun inconvénient dès lors que ces considérations ne se substituent pas au mérite des personnes.

Le fait de laisser reposer sur des gouvernements, dont l'essence rationnelle et démocratique n'est guère contestable, la responsabilité d'exercer un choix dont l'intérêt national veut qu'il soit objectif et éclairé a un avantage de simplicité et de clarté sur des formules plus complexes et plus indirectes qui, se prêtant à des stratégies hasardeuses, comportent le risque de brouiller les enjeux et de diluer les responsabilités.

76 Pour les mêmes raisons, les propositions tendant à ce que l'organe politique compétent pour nommer les membres délègue la vérification des mérites intrinsèques des candidats présentés à un organe technique « composé de juristes hautement qualifiés et indépendants » ne paraissent pas promises à un très grand avenir⁹.

L'expérience prouve qu'en tout état de cause la diversité des origines professionnelles et des parcours individuels des membres est une des premières exigences du bon fonctionnement de juridictions comme les cours européennes. Elle a, au surplus, le mérite de limiter l'apparition de comportements corporatistes.

À ce titre, la Cour de justice donne l'exemple d'une bonne hétérogénéité, avec une légère prédominance des juges nationaux (principalement des cours suprêmes des ordres administratif et judiciaire et des cours constitutionnelles), une présence significative de personnalités politiques ou administratives ayant exercé des activités juridiques et une importante représentation des avocats et des professeurs¹⁰. Pour se limiter au cas des six nouvelles personnalités installées à la Cour de justice le 6 octobre 2000, on y trouve : un membre de la Cour suprême administrative suédoise, un procureur général de la république du Portugal, un directeur général adjoint néerlandais du service juridique de la Commission, tous trois nommés juges, un universitaire italien, un

9. Voir le rapport du groupe de réflexion créé par la Commission sur l'avenir du système juridictionnel des Communautés européennes (groupe « Due »), janvier 2000, qui contient une telle proposition.

10. Voir Sally J. Kenney, « The Members of the Court of Justice of the European Communities », *Columbia Journal of European Law*, vol. 5, 1998, p. 101.

secrétaire général du ministère des Affaires générales des Pays-Bas, responsable du cabinet du Premier ministre, et une diplomate autrichienne, directeur du service juridique du ministère des Affaires étrangères, tous trois nommés avocats généraux.

On observera que, si certains de ces nouveaux membres ont une spécialisation assez forte dans un domaine du contentieux, tous ont été amenés par leur parcours à avoir une vision assez variée des contraintes de l'administration publique, rempart indispensable contre les abstractions simplistes.

En revanche, si l'on fait référence à un critère évoqué par certains à propos de la Cour européenne¹¹, selon lequel d'anciens agents des gouvernements ne devraient pas être proposés pour une nomination, on constate que non seulement il n'est pas suivi – ce qui ne constitue pas une nouveauté –, mais encore qu'un agent d'une institution qui intervient dans presque toutes les affaires de la Cour de justice est nommé. À part les inconvénients que ceci peut présenter au regard de la théorie des apparences (qui fait moins florès à Luxembourg qu'à Strasbourg), et compte tenu de la possibilité et du devoir qu'ont les intéressés de se déporter dans les affaires dont ils ont eu auparavant à connaître, à un titre ou à un autre, une telle expérience pratique est évidemment perçue non comme un handicap, mais comme un apport au débat judiciaire de nature à en augmenter la pertinence sans en altérer l'objectivité. Il va de soi en effet que, dans un tel cas, la personne dont l'État ou l'institution d'origine est concernée par une affaire prendra particulièrement garde, pour ne pas mettre à mal son crédit, à ne pas se montrer partielle en sa faveur dans le délibéré.

On relèvera que c'est avec un peu d'ironie que sont accueillies certaines initiatives d'États membres ayant procédé à des appels de candidatures par voie de presse pour des postes soit à la Cour européenne (Royaume-Uni, Pologne, Belgique), soit au Tribunal de première instance des Communautés (Royaume-Uni). La transparence ainsi affichée ne va naturellement pas jusqu'à la renonciation à l'exercice du pouvoir discrétionnaire dont disposent en la matière les gouvernements ; et les résultats de la sélection ainsi opérée, s'agissant du Tribunal tout du moins, n'ont occasionné aucune surprise.

Si un équilibre convenable est par conséquent assuré entre diverses professions et carrières, entre spécialistes du droit communautaire et des

11. Voir J.A. Carrillo-Salcedo, art. cit.

droits de l'homme, d'une part, et généralistes, de l'autre, la ventilation est en revanche moins bonne (à l'exception du Tribunal de première instance des Communautés) entre les tranches d'âge – situation inhérente il est vrai à l'éminence des fonctions exercées et à la hauteur de vue qu'elles requièrent.

De telles justifications n'ont évidemment pas cours pour expliquer le déséquilibre assez considérable existant entre hommes et femmes au sein des juridictions. La proportion de femmes est en effet inférieure à 20 % à la Cour européenne (8 sur 41 juges) et à 15 % à la Cour de justice (2 sur 15 juges et 3 sur 23 membres, y compris les avocats généraux). Une telle situation, fâcheuse à n'en pas douter dans l'absolu, mais plus particulièrement s'agissant de cours ayant à connaître de discriminations entre les sexes, ne peut qu'évoluer avec le temps. Il y a à peine plus d'un an, en 1999, avant la nomination comme juges de M^{me} Macken (Irlande) et de M^{me} Colneric (Allemagne), la Cour de justice ne comptait encore aucun membre de sexe féminin. M^{me} Rozès, avocat général français de 1982 à 1985, avait été la première et jusque-là la seule femme à avoir fait partie des membres de la Cour de justice.

L'ENTOURAGE DES JUGES ET L'ÉLABORATION DE LA DÉCISION

Tout ce qui précède ne permet pas de se faire une idée, même approchée, des conditions matérielles et psychologiques dans lesquelles fonctionnent les deux Cours si l'on n'y ajoute pas une donnée essentielle qu'est le rapport pratique qu'entretiennent les juges avec la décision en cours d'élaboration. Ce rapport est déterminé par l'organisation interne de l'assistance aux juges et par l'existence ou l'absence d'avocats généraux et d'opinions séparées, ainsi que de juges *ad hoc*. Ces aspects apparemment divers concourent à déplacer le centre de gravité du travail juridictionnel qui, exception faite du court moment occupé par le délibéré proprement dit, se situe principalement, et au risque de forcer le trait, dans les cabinets des juges à la Cour de justice et au greffe à la Cour européenne.

Chaque juge et chaque avocat général de la Cour de justice dispose d'un cabinet de six membres, dont trois référendaires et trois assistants ou (plus communément) assistantes. Ces collaborateurs personnels du membre sont choisis discrétionnairement par celui-ci et ne travaillent que pour lui. Avec en particulier ses référendaires, qui sont des juristes d'ancienneté et d'origine diverses mais généralement d'un haut niveau

de qualification, le juge est doté d'une force de frappe d'une réelle efficacité, lui permettant, s'il le souhaite, de suivre, outre les affaires dont il a directement la charge comme rapporteur, toutes celles dont la juridiction est saisie et d'intervenir par des notes ou des observations à tous les stades de la procédure, mais particulièrement dans la phase du délibéré. Ce sont les cabinets qui rédigent les rapports internes sur les affaires et qui préparent les projets de motifs qui deviendront les arrêts de la Cour de justice. Même la relecture des arrêts est confiée à des agents rattachés au cabinet du président.

Par rapport à ces moyens humains importants, le greffe de la Cour de justice est cantonné à un rôle strictement technique et n'intervient à aucun moment dans la genèse de l'arrêt à rendre. Le service de recherche et de documentation, placé sous l'autorité du greffier, n'intervient que pour répondre à des demandes ponctuelles, préparées par les cabinets et adressées par la Cour, d'études portant généralement sur le droit comparé.

79

Le Tribunal de première instance est dans une situation du même ordre, à ceci près que ses membres ne disposent que de deux référendaires chacun. En revanche, une cellule, ou *task force*, de trois référendaires spécialisés dans le droit de la concurrence n'est affectée à aucun juge de façon permanente et se met à la disposition des rapporteurs chargés des affaires traitant de cette matière. Une nouvelle unité de trois référendaires chargés plus spécialement du droit de la propriété intellectuelle vient d'être mise en place.

À l'exception de ces cas marginaux, le système d'organisation de la force de travail juridique à la Cour de justice est donc caractérisé par une décentralisation totale, d'aucuns pourraient dire un éclatement de la ressource technique placée sous le contrôle individuel des membres.

L'organisation de l'assistance aux juges à la Cour européenne est fort différente. La Cour est assistée de référendaires, aux termes de l'article 25 de la Convention. Le rapport explicatif au protocole n° 11 affirmait que cette mention avait été insérée « afin de permettre que les membres de la Cour soient, le cas échéant, assistés par des référendaires. De tels collaborateurs, qui [ajoutait le rapport] peuvent être nommés sur proposition des juges, devront avoir les qualifications requises et l'expérience pratique nécessaire à l'accomplissement des tâches qui leur seraient confiées par les juges ».

Mais la tradition centralisatrice de la Cour européenne semble s'être poursuivie, puisque chaque juge ne dispose que de l'aide d'un ou d'une secrétaire, partagée avec deux autres collègues, alors que le secrétariat

juridique, divisé en seize unités regroupant l'essentiel de la compétence technique disponible, est placé sous l'autorité du greffier.

Ce n'est donc pas tant l'importance des moyens mis en œuvre que leur mode de répartition qui distingue à cet égard les deux Cours. Or, il ne s'agit pas d'une question d'ordre purement administratif. Dans un cas, une structure permanente de fonctionnaires et d'agents constitue, alors que les juges passent, l'ossature de l'institution, prépare ses décisions, les commente en doctrine et incarne la continuité avec le sentiment de jouer un rôle de gardien du temple. Dans l'autre, aucune autorité, fût-elle morale, ne peut émaner que d'un membre ; les juges ont la maîtrise intégrale de l'élaboration de leurs décisions, avec les aléas tenant à la personnalité du rapporteur et au déroulement du délibéré.

80 Il s'agit de deux conceptions assez éloignées l'une de l'autre du fonctionnement d'une juridiction ; l'une privilégie la construction patiente d'un corps de jurisprudence en limitant la capacité d'influence des personnalités isolées ; l'autre, au risque d'être moins cohérente, met davantage l'accent sur la légitimité du juge dans le cadre d'un procès équitable et fait plus confiance aux hommes qu'à l'institution.

Le tableau ici esquissé est complété par certaines caractéristiques complémentaires allant à notre avis dans le même sens et que nous nous bornerons à évoquer.

À la Cour européenne, le juge élu au titre d'un État partie à un litige est membre de droit de la formation appelée à juger ce litige. S'il est absent, ou n'est pas en mesure de siéger, cet État partie désigne une personne qui siège en qualité de juge. Le droit des États membres d'être « représentés¹² » dans les procédures les concernant, au besoin par un juge *ad hoc*, n'a pas d'équivalent à la Cour de justice¹³. Celle-ci est, il est vrai, moins concernée par le point de savoir s'il faut condamner tel ou tel État dans une situation d'espèce que par la résolution de difficultés d'interprétation ou d'application du droit communautaire. Mais, en outre, le fait même d'exiger la présence d'un juge déterminé pour la décision de certaines affaires, même si la raison en est claire, risquerait

12. Il va de soi que, les juges siégeant à la Cour à titre individuel (art. 21-2 CEDH), il ne saurait être question de représentation au sens juridique du terme. Mais un juge élu ou désigné « au titre de » l'État concerné doit siéger dans l'affaire.

13. Il existe toutefois à la Cour de justice une notion de « juge connaissant le système juridique national concerné », utilisée pour la composition du petit plénum dans les affaires en manquement et dans les questions préjudicielles.

d'être perçu, à la Cour de justice, comme une amorce d'atteinte à la liberté des juges et à l'égalité qui doit prévaloir entre eux.

Plus fondamentalement, le secret des délibérations du collègue est l'objet, à la Cour de Luxembourg, d'une attention plus méticuleuse qu'à la Cour des droits de l'homme. En effet, d'une part, les décisions de la Cour de justice ne font pas état de la majorité qu'a obtenue un projet lors du délibéré alors que les arrêts de la Cour européenne l'indiquent ; d'autre part, la solidarité des juges leur interdit, à Luxembourg, toute appréciation sur des jugements rendus par la Cour de justice – alors que la Cour européenne non seulement admet, mais publie les opinions séparées de ses juges.

Cela confirme que la pratique luxembourgeoise est fondée sur une identification entre la Cour et les juges, ceux-ci disposant de tous les moyens de se faire entendre dans le débat interne mais devant, vis-à-vis de l'extérieur, se fondre intégralement dans le collège qu'ils constituent. Ce système protecteur de la fonction de juger est aussi lié historiquement à la conception française de la nature de l'acte juridictionnel.

La liberté plus grande que peuvent prendre les juges de la Cour européenne à l'égard des décisions de cette Cour est peut-être à mettre en rapport avec le degré moins profond d'implication qui les lie à leur élaboration. Il est vrai par ailleurs qu'il est utile, pour la compréhension des arrêts, de connaître les diverses opinions qui ont pu s'exprimer à propos du problème posé.

Les conclusions de l'avocat général ont, à la Cour de justice, cette fonction. Nous nous bornerons à citer, à cet égard, les souvenirs de Maurice Lagrange, premier avocat général français à la Cour de justice, sur la négociation du traité de Paris de 1951 qui donna naissance à la première Cour : « Un point fit l'objet d'une vive discussion, celui de savoir si l'on introduirait à la Cour de justice la règle de l'*opinion dissidente*, en usage dans certains pays et dans certaines juridictions internationales. Cette proposition fut énergiquement combattue par la majorité des délégués, comme contraire aux usages de la plupart des juridictions des États membres et comme portant atteinte (au moins aux yeux du public) à l'indépendance des juges. Le principal argument invoqué en sa faveur était tiré de l'importance que revêt pour les progrès de la doctrine l'énoncé d'opinions différentes sur un même sujet. À cela il fut répondu que, par une autre voie, la confrontation d'opinions diverses pouvait être obtenue grâce aux conclusions de l'avocat général, dont le rôle consiste précisément à faire un exposé critique et indépendant des diverses opinions, ce qui permet une comparaison, quel que soit le sens

de ses conclusions, entre son point de vue et celui des juges. Cet argument contribua à faire écarter la *disenting opinion*, en même temps qu'il fortifiait la proposition de créer l'institution de l'avocat général. Personne, semble-t-il, ne conteste aujourd'hui qu'à cet égard les avocats généraux de la Cour ont répondu et continuent à répondre à ce qu'on attendait de leur mission¹⁴. »

À notre avis, l'institution de l'avocat général, en ce qu'elle permet de limiter l'expression publique des juges aux motifs de leurs arrêts, constitue un élément clé d'une juridiction au fonctionnement centré de façon exclusive sur le collège délibérant. Sa signification serait plus étrange dans un système moins directement inspiré du contentieux administratif français, c'est-à-dire du Conseil d'État, que ne l'est le système juridictionnel des traités communautaires.

82

Quels enseignements pouvons-nous prétendre tirer de cette confrontation partielle, et sans doute à certains égards partielle, des caractères généraux d'organismes juridictionnels aussi différents l'un de l'autre qu'il est possible de l'être ?

Le constat qu'il vaut mieux que les juridictions soient d'effectifs réduits et dotées de règles de fonctionnement simples n'est ni une découverte ni d'une grande aide, étant donné que le nombre des membres et l'importance des flux contentieux sont des données sur lesquelles il est sans doute vain de vouloir exercer un contrôle. On se bornera à retenir qu'il est souhaitable de conserver au sommet de l'édifice juridictionnel une structure à composition légère disposant des moyens de vérifier l'orientation et la cohérence des solutions retenues au niveau inférieur, niveau dont l'efficacité peut être améliorée par un certain degré de spécialisation.

Sur le choix des individus appelés à siéger dans les institutions juridictionnelles, il n'y a pas, à nos yeux, de méthode de sélection qui soit *a priori* préférable à une autre pour autant que la diversité et la qualité de la composition de l'organe soient assurées au bout du compte ; l'adoubement parlementaire n'étant pas une condition démontrée de la légitimité ou de la compétence d'un juge, la formule consistant à laisser les gouvernements opérer leur choix selon leurs procédures propres,

14. M. Lagrange, « La Cour de justice des Communautés européennes : du plan Schuman à l'Union européenne », *Revue trimestrielle de droit européen*, 14^e année, 1978, p. 1.

parmi des candidats qu'ils sont les mieux à même de connaître de façon approfondie, est loin d'être sans mérites.

Sur l'affectation des moyens en personnel juridique au service direct des juges ou à un secrétariat indépendant des membres, chacune des options dépend de la conception qui prévaut quant au mode de fonctionnement de la juridiction. Celle-ci peut être fonction du contexte institutionnel, de la nature des recours ou des matières abordées. Entre un secrétariat fort traitant avec méfiance l'organe délibérant qu'il héberge et une structure entièrement soumise au bon vouloir de personnalités de passage, il y a évidemment place pour des schémas intermédiaires. Mais il faut garder en mémoire que certaines formules favorisent *ipso facto* un fonctionnement collégial de l'instance, garanti par la solidarité des juges, qui correspond à la tradition des juridictions françaises, particulièrement du Conseil d'État, alors que d'autres encouragent la libre expression d'opinions séparées ou divergentes – qui confèrent à l'office du juge une toute autre coloration, directement inspirée de la tradition anglo-saxonne.

83

La Cour européenne des droits de l'homme sort à peine de la phase transitoire qui a succédé à sa profonde réforme par le protocole de 1994. Celui-ci a assez largement écarté le « modèle de la Cour de Luxembourg », malgré l'« attirance irrésistible » que celui-ci exerçait dès lors qu'avait été décidée la création d'une Cour permanente¹⁵.

Cette mise à l'écart est parfaitement explicable par les différences de contexte que nous avons évoquées. Mais il serait paradoxal, et certainement fâcheux, que, pour traiter les besoins futurs d'ajustement de la juridiction communautaire, on soit tenté par des modifications de structure s'inspirant des formules imaginées pour le cas spécifique de la juridiction strasbourgeoise, qui n'ont au demeurant pas encore fait leurs preuves et qui sont en outre assez éloignées de l'excellente tradition dans laquelle s'inscrit à ce jour le contentieux communautaire. Dans la matière institutionnelle, où la logique des choses se révèle à l'usage, la fertilisation croisée n'est pas toujours la méthode la plus recommandable.

15. Voir P. Wachsmann, « La nouvelle structure », *Le Protocole n° 11 à la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1995.

R É S U M É

D'un examen de la taille des juridictions et des arrangements organisationnels qui en découlent, du mode de sélection des membres et de ses conséquences sur la vie intellectuelle des collègues, enfin de l'assistance dont bénéficient les juges et de ses effets sur la prise de décision, il résulte que la Cour de justice et la Cour européenne s'inscrivent dans des schémas fondamentalement différents. L'une et l'autre sont donc intéressantes à observer pour apprécier les mérites comparés des différentes formules disponibles en matière de composition et de fonctionnement des cours internationales. Mais aucune des deux ne peut servir de modèle à l'autre.