



**DIALOGUE ENTRE JUGES 2021**

# L'État de droit et la justice à l'ère du numérique



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS  
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

# Dialogue entre juges

Actes du séminaire  
10 septembre 2021

*L'État de droit et la justice  
à l'ère du numérique*

Tout ou partie de ce document peut faire l'objet d'une reproduction libre de droits avec mention de la source « *Dialogue entre juges, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2021* »

© Cour européenne des droits de l'homme, 2022

© Photos : Cour européenne des droits de l'homme/Conseil de l'Europe

## TABLE DES MATIÈRES

### Actes du séminaire

**Robert Spano** 5

Président de la Cour européenne des droits de l'homme

**Peggy Valcke** 15

Professeur de droit et technologie à l'université catholique de Louvain

**Bart Jan van Ettehoven** 19

Président Division de la juridiction administrative, Conseil d'Etat des Pays-Bas

**María Encarnación Roca Trías** 27

Vice-Présidente de la Cour constitutionnelle de l'Espagne

**Rajko Knez** 33

Président de la Cour constitutionnelle de Slovénie

### Audiencelle solennelle à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire

**Robert Spano** 38

Président de la Cour européenne des droits de l'homme

**Dineke de Groot** 44

Présidente de la Cour suprême de cassation des Pays-Bas

**Photos** 49



## Robert Spano

**Président de la Cour européenne  
des droits de l'homme**

### DISCOURS D'OUVERTURE

Mesdames et Messieurs les Présidents de cours constitutionnelles et suprêmes, Mesdames et Messieurs les intervenants, Chères et chers collègues,

Je suis très honoré d'avoir l'occasion d'ouvrir l'édition 2021 du séminaire judiciaire et de pouvoir vous accueillir en personne à la Cour européenne des droits de l'homme. Lorsque nous avons dû reporter notre traditionnel rendez-vous de janvier, nous n'étions pas certains de pouvoir nous retrouver physiquement en septembre. Et nous voici réunis !

Je tiens à vous remercier d'avoir fait le déplacement jusqu'à Strasbourg. Votre présence ici aujourd'hui témoigne de votre attachement à l'égard de la Cour européenne et de notre projet commun en faveur des droits de l'homme. Elle est aussi la preuve de votre intérêt pour le thème de cet événement : l'état de droit et la justice à l'ère du numérique.

Permettez-moi de souhaiter la bienvenue à nos éminents intervenants : Madame la Professeure Peggy Valcke, Monsieur le juge Bart Jan van Ettehoven, Madame la juge María Encarnación Roca Trías et Monsieur le juge Rajko Knez. Je laisserai à nos modérateurs le soin de vous les présenter plus précisément et me contenterai de souligner que nous avons beaucoup de chance qu'ils ouvrent nos débats et nous permettent ainsi de profiter de leur expérience.

Avant de passer au thème qui nous réunit aujourd'hui, je souhaite remercier les membres du Comité d'organisation de ce séminaire : Madame la juge Gabriele Kucsko-Stadlmayer, qui a présidé le comité et qui prendra bientôt la parole, de même que les juges Armen Harutyunyan, Jolien Schukking, Ivana Jelić et Maria Eloseguí. L'organisation du séminaire a été plus compliquée cette année que d'habitude, mais vous avez fait un travail formidable. J'exprime également toute ma reconnaissance à Valentin Nicolescu et Rachael Kondak, qui ont prêté main forte au comité, de même qu'à Valérie Schwartz et Tatiana Kirsanova.

La révolution numérique a transformé nos vies au-delà de ce que nous aurions pu imaginer il y a encore une dizaine d'années. Les progrès technologiques sont cependant aussi synonymes de défis et de risques pour la société. Le séminaire d'aujourd'hui nous offrira l'occasion d'examiner certains de ces défis – l'intelligence artificielle, la pandémie, les réseaux sociaux et la protection de la vie privée – du point de vue de leurs conséquences sur l'état de droit et la justice. De quelle manière l'ère du numérique influe-t-elle sur notre travail de juge ? Que pouvons-nous attendre de l'avenir ? Que devrions-nous accepter sans hésiter et de quoi devrions-nous nous méfier ?

Le Conseil de l'Europe a été particulièrement dynamique ces dernières années dans le domaine des droits de l'homme et de l'intelligence artificielle. En tant que juges, nous sommes soumis à une certaine pression en ce sens qu'il nous est demandé d'être plus efficaces, de rendre la justice plus rapidement. L'intelligence artificielle offre des possibilités en matière d'instruction des affaires. Toutefois, les risques pour les droits de l'homme doivent être bien compris et correctement traités.

Les 18 mois de pandémie que nous venons de connaître ont encore renforcé notre dépendance vis-à-vis des technologies numériques. Les tribunaux et les juges ont dû s'adapter dans un laps de temps très court. La Cour européenne des droits de l'homme elle-même a pu continuer d'honorer sa mission de service public, en partie grâce aux investissements qu'elle a réalisés dans les systèmes informatiques, et cette situation est appelée à perdurer. À titre d'exemple, le système de visioconférence lui a permis de respecter le caractère public des audiences durant les deux confinements décrétés en France.

Il est indispensable de communiquer avec le public et de présenter le travail de la Cour pour expliquer clairement le rôle des tribunaux dans une démocratie et faire connaître la signification et la portée de certains arrêts sensibles. Les réseaux sociaux sont à n'en pas douter l'un des moyens de communication les plus importants aujourd'hui et permettent en particulier de faire connaître les tribunaux aux jeunes. Pour autant, en notre qualité de juges, il ne nous est pas toujours facile de savoir quand et où diffuser une information ou un tweet, et la réaction du public peut être imprévisible.

Enfin, les questions de respect de la vie privée sont appelées à se poser avec une acuité grandissante parce que nos données sont de plus en plus publiées en ligne. Ainsi, la diffusion en ligne des audiences permet de respecter l'exigence de transparence de la justice, mais ne rend-elle pas les juges et les témoins plus vulnérables ?

J'invite tous les participants à prendre pleinement part aux discussions qui auront lieu cet après-midi. Nous avons la chance d'accueillir dans cette salle des personnes venues de différents pays d'Europe et fortes d'une expérience très riche. Tirons le meilleur parti possible de notre présence ici aujourd'hui. J'ai hâte d'écouter nos intervenants, mais aussi de vous entendre.

Je vais maintenant passer la parole à Madame la juge Kucsko-Stadlmayer. Ma chère collègue, c'est à vous. Je vous souhaite à toutes et tous des discussions fructueuses.



**Peggy Valcke<sup>1</sup>**

**Professeur de droit et technologie,  
Université catholique de Louvain**

## **L'UTILISATION DE L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE DANS LE SYSTÈME JUDICIAIRE, EN PARTICULIER DANS LA PRISE DE DÉCISION JUDICIAIRE**

« We tend to overestimate the effect of a technology in the short run and underestimate the effect in the long run. » (Roy Amara, Institute for the Future)

Monsieur le Président, chères Mesdames, chers Messieurs,

C'est un grand honneur pour moi que de m'adresser à un auditoire aussi distingué et je remercie les organisateurs de ce séminaire de m'avoir offert une telle occasion. L'intelligence artificielle (en bref l'IA<sup>2</sup>) est aujourd'hui partout autour de nous. Il ne s'agit pas d'une sorte de créature immatérielle omnisciente, mais d'une série de technologies informatiques, mises en œuvre en vue de la réalisation de machines capables de reproduire les capacités cognitives de l'être humain. Beaucoup de ces technologies, comme l'apprentissage automatique, sont déjà déployées dans de nombreux secteurs de notre société – le commerce et le marketing, les communications et les médias (par exemple dans votre smartphone, pour recommander des films, etc.), le secteur financier, le transport, l'agriculture, l'éducation, la santé, l'administration publique et, oui, aussi la justice.

Le nombre d'entreprises *legal tech*<sup>3</sup> en Europe est croissant, de même que l'utilisation des systèmes algorithmiques par les professions juridiques<sup>4</sup>. Non seulement les avocats et assureurs, mais aussi les autorités judiciaires, s'appuient de plus en plus avec enthousiasme sur l'IA, en général, et les systèmes de prise de décision automatisée, en particulier. C'est ce que montre le dernier rapport de l'ONG Algorithm Watch, *Automating Society*, qui décrit plusieurs systèmes que la police et la justice, en France, en Allemagne, en Italie, en Espagne, en Suisse, aux Pays-Bas ou encore en Estonie, ont

1 L'auteur tient à remercier sincèrement Yannick Meneceur, Geneviève Vanderstichele et Martin Sas pour leurs remarques sur une version préliminaire de ce texte, ainsi que tous les intervenants dans la discussion pour leurs précieux commentaires et leurs questions pertinentes.

2 À ce jour, il n'existe pas de définition unique de l'intelligence artificielle au sein de la communauté scientifique. Ce terme, qui est entré dans notre quotidien, recouvre un vaste ensemble de sciences, théories et techniques mises en œuvre en vue de la réalisation de machines capables de reproduire les capacités cognitives de l'être humain. Le terme peut donc englober toute automatisation résultant de cette technologie, ainsi que des technologies précises telles que l'apprentissage automatique ou l'apprentissage profond basé sur des réseaux de neurones. Voir le glossaire en annexe III de la Charte éthique européenne d'utilisation de l'intelligence artificielle dans les systèmes judiciaires et leur environnement (CEPEJ, 2018), et Y. LeCun, 2016.

3 Startups spécialisées dans la conception de nouveaux services et applications juridiques. Pour un aperçu des types de services et applications, voir CEPEJ, 2018, annexe I.

4 Même si des applications sont pour l'instant surtout développées dans les pays anglo-saxons.

intégrés dans leurs activités, ou sont en train de tester. Ces systèmes, comme PreCobs<sup>5</sup>, DyRiAS<sup>6</sup> ou ROS-FaST<sup>7</sup>, sont utilisés pour prédire les cambriolages ou la récidive, mais aussi pour faciliter la prise de décision dans un contexte de contentieux.

Ce sont surtout ces applications « prédictives »<sup>8</sup> qui ont attiré l'attention du public, et des termes parfois utilisés par la presse ou même la doctrine, comme « la justice algorithmique », ou « le robot-juge », font rêver certains d'entre nous avec la promesse d'une justice plus efficace, mais suscitent également chez d'autres bien des cauchemars, notamment au regard du respect des procédures judiciaires et des principes de procès équitable.

En effet, les effets négatifs que de telles applications peuvent entraîner, au regard des droits fondamentaux des individus, tels que la protection de la vie privée et des données personnelles, le respect du principe de non-discrimination ou le droit à un procès équitable, ont été largement débattus et sont documentés dans les rapports de la presse, des chercheurs scientifiques ou des défenseurs des droits numériques.

Ces rapports ont souligné le potentiel de parti pris et de discrimination découlant de l'utilisation de l'apprentissage automatique et des applications d'IA. Pour dire les choses simplement : *les algorithmes ne sont ni « neutres » ni « objectifs »*. Cathy O'Neil, *data scientist* américaine<sup>9</sup>, les qualifie de nouvelle « arme de destruction massive », convenant à ceux qui doivent prendre des décisions difficiles – « *computer says no* », ah, dommage, mais ce n'est pas ma faute, la machine a toujours raison (« *the algorithm made me do it* » – ce phénomène est connu sous le nom de « *math-washing* »).

Mais en vérité, la machine ne fait que reproduire les préjugés et les croyances de celles et ceux qui la programment et l'exploitent. De tels « biais » peuvent aussi être inhérents à des séries de données utilisées pour entraîner le système, en particulier lorsque des données historiques sont utilisées. Très souvent, ces données historiques contiennent des discriminations, que les modèles d'apprentissage peuvent potentiellement reproduire et même aggraver. Ce fut le cas avec le logiciel COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*), utilisé dans certains États américains afin d'évaluer le risque de récidive lorsque le juge doit déterminer la peine à infliger à un individu. Comme vous l'avez peut-être lu ou entendu<sup>10</sup>, une étude faite par l'ONG ProPublica en 2016 a révélé les effets discriminatoires de cet algorithme et a établi que les populations afro-américaines étaient pondérées d'un plus fort risque de récidive que les populations blanches.

Ce qui est plus grave encore, c'est que le résultat de tels systèmes est difficile à contester par ceux qui en sont victimes – tout d'abord parce que les systèmes ont souvent été développés par les entreprises privées qui en revendiquent la propriété intellectuelle, mais aussi, plus généralement, en raison du caractère opaque de certaines des approches d'apprentissage automatique. Les analyses produites automatiquement à partir de méthodes d'apprentissage non supervisé et d'apprentissage profond (*deep learning*) risquent d'intégrer des déterminants illégitimes non détectés. Sans explication ni transparence sur les critères qui ont pu avoir une influence, cela revient à laisser une « boîte noire »<sup>11</sup> influencer de manière tout à fait discrétionnaire sur l'issue d'un contentieux et à reproduire des inégalités.

5 Utilisé en Allemagne et en Suisse ; voir Algorithm Watch, 2020, pp.114 et 262.

6 Dynamic Risk Assessment Systems, utilisé en Allemagne et en Suisse ; voir Algorithm Watch, 2020, pp.116 et 257.

7 Risk-Oriented Sanctioning Case Screening Tool, utilisé en Suisse ; voir Algorithm Watch, 2020, p.261.

8 Selon la CEPEJ, le terme « justice prédictive » devrait être rejeté parce qu'ambigu et trompeur. Ces outils sont basés sur des méthodes d'analyse de la jurisprudence, utilisant des méthodes statistiques qui ne reproduisent en aucune façon le raisonnement juridique mais qui peuvent tenter de le décrire (CEPEJ, 2018, at p.61). Si le terme « justice prédictive » est fréquemment utilisé pour désigner les technologies en question, un nom plus précis serait « technologies de modélisation des décisions judiciaires » car il décrit plus précisément le fonctionnement des technologies (elles fonctionnent par la construction de modèles de résultats de la décision judiciaire) et ne limite pas l'objectif de ces technologies à l'établissement de « prédictions » (voir ci-dessous).

9 O'Neil, 2016.

10 Pour plus de détails, voir Meneceur & Barbaro, 2019. Les auteurs notent que, « [p]ar ailleurs, réduire le destin d'un individu à celui de son groupe statistique d'appartenance semble être une approche déterministe difficile à réconcilier avec les exigences du droit à un procès équitable en Europe. »

11 Le terme est emprunté à Frank Pasquale, professeur à la faculté de droit de Brooklyn, qui a noté en 2015 qu'une société interconnectée basée sur des systèmes algorithmiques opaques était une sorte de « boîte noire ». La métaphore reste valable à l'heure actuelle (voir Algorithm Watch, 2020).

Par rapport à cet aspect de l'explication, il faut être bien conscient du formalisme mathématique et statistique de ces systèmes algorithmiques, surtout ceux utilisés pour la *modélisation des décisions judiciaires* (la MDJ ou LJP, pour Legal Judgment Prediction)<sup>12</sup>.

## COMMENT EXACTEMENT FONCTIONNENT CES SYSTÈMES ?

Sans entrer dans les détails techniques, ces systèmes construisent des modèles, typiquement des modèles mathématiques ou statistiques, en tentant de révéler des **corrélations dissimulées** dans un grand nombre de données. La construction de ces modèles va donc s'appuyer sur une matière première, en l'occurrence un grand corpus de décisions judiciaires déjà rendues dans un certain type de contentieux, et l'apprentissage automatique, pour découvrir des **corrélations** de groupes lexicaux<sup>13</sup> (ces modèles ne tentent donc pas d'imiter le raisonnement d'un juge – j'y reviendrai plus tard). Plus concrètement (et pour simplifier) : lorsque le système reconnaît certains mots ou groupes de mots, ou liens entre eux, il classe le texte dans la catégorie « violation » ou « non-violation », avec un score de probabilité. Ces modèles sont alors utilisés pour évaluer **la probabilité** d'un résultat dans une nouvelle procédure éventuelle ou en cours.

Mais la seule corrélation statistique entre deux événements (ou groupes lexicaux) est-elle suffisante pour expliquer les facteurs réellement causatifs ? Non, évidemment<sup>14</sup>. Et la décision d'un tribunal est souvent binaire – violation ou non-violation, accueillir ou refuser la demande, coupable ou non coupable, confirmer ou annuler – mais pas toujours, ce qui complique la modélisation.

En conclusion, tandis que le formalisme mathématique et statistique est bien performant dans des environnements fermés quantifiables, il est bien moins adapté à des environnements ouverts comme la justice<sup>15</sup>. Comme Einstein l'aurait dit : « Tout ce qui peut être compté ne compte pas, et tout ce qui compte ne peut pas être compté ».

Faut-il alors plutôt abandonner cette idée de « justice prédictive » ? Pas nécessairement. Parce que ces technologies sont très **prometteuses** : elles peuvent offrir des approches plus éclairées sur les litiges pour les parties au litige, sur l'organisation du travail de la juridiction et la priorisation des affaires et, oui, aussi pour améliorer l'efficacité, la cohérence et l'équité des décisions judiciaires.

Cependant, elles comportent également un certain nombre de **risques**, y compris le renforcement et la perpétuation des préjugés présents dans l'histoire du processus décisionnel, l'imposition de limitations au droit d'accès à un juge, et l'affaiblissement des principes fondamentaux que sont l'indépendance de la justice et l'état de droit<sup>16</sup>.

12 Il existe déjà plusieurs cas d'utilisation de ces technologies et un large éventail de parties prenantes intéressées par leur utilisation (ou non-utilisation), ces parties prenantes allant des parties à un litige aux juges chargés de prendre des décisions dans une procédure, en passant par les analystes des performances historiques des systèmes judiciaires et les décideurs politiques cherchant à garantir un fonctionnement juste et efficace du système judiciaire.

13 Concrètement, la machine va rechercher dans divers paramètres identifiés par les concepteurs (comme la durée du mariage, la situation professionnelle, la disparité des situations patrimoniales, l'âge et l'état de santé des parties pour les prestations compensatoires) les possibles liens avec les résultats auxquels a abouti le tribunal (le montant de la prestation prononcée en fonction de ces critères).

14 Comme illustré de manière amusante par BuzzFeed's dans « 10 Most Bizarre Correlations » – <https://www.buzzfeednews.com/article/kjh2110/the-10-most-bizarre-correlations>.

15 Cela explique pourquoi le développement des legaltechs s'est concentré sur des contentieux avec des décisions chiffrables, laissant au juge une marge plus ou moins modérée d'appréciation, comme en matière de réparation d'un préjudice corporel, de droit du travail ou de divorce.

16 Entre autres par l'effet du « biais d'automatisation », c'est-à-dire de la propension des êtres humains à favoriser les suggestions des systèmes de décision automatisés et à ignorer les informations contradictoires faites sans automatisation, même si elles sont correctes.

## COMMENT FAIRE FACE À CES DÉFIS ?

Tout d'abord, le progrès technologique permettra sans doute de remédier à certains des problèmes constatés. Les systèmes algorithmiques sont de plus en plus transparents, de plus en plus performants, de plus en plus sophistiqués. Spécifiquement dans le domaine de la MDJ, des chercheurs – souvent chinois<sup>17</sup> – parviennent de mieux en mieux à combiner différents types de données pour produire des prédictions plus précises : des faits, règles juridiques, annotations, informations historiques, facteurs extérieurs corrélés avec les décisions prises par un tribunal (comme la charge de travail de la juridiction, le moment de la journée où se tient une audience, etc.<sup>18</sup>). Grâce à la recherche dans le domaine appelé XAI (*Explainable AI*), on a mis au point de nombreuses méthodes pour rendre les nouveaux modèles plus explicables et interprétables. Il existe une communauté croissante de chercheurs et de praticiens qui s'intéressent à l'équité, à la responsabilité et à la transparence dans l'apprentissage automatique<sup>19</sup>.

Des organisations telles que l'IEEE (l'Institut des ingénieurs électriciens et électroniciens) ont lancé des actions pour développer des normes techniques intégrant des principes éthiques dans la conception de l'IA. Certains de ces projets de normalisation, notamment ceux qui touchent aux questions de transparence (P7001™) et de biais algorithmiques (P7003™) sont très pertinents pour le domaine judiciaire<sup>20</sup>.

Cependant, même si la technologie avance, il faut veiller à ne pas tomber dans le piège *techno-solutionniste* : la technologie ne fournira pas toutes les réponses. Le *changement de paradigme, de l'écrit au numérique*, soulève des **questions fondamentales** – touchant au rôle du droit, ainsi que des juges, dans notre société – qui appellent une réponse humaine, et plus spécifiquement une réponse donnée par nous, les juristes, et non par les ingénieurs. En outre, il y a des défis qui nécessitent un **encadrement juridique**, afin de guider l'innovation technologique vers la bonne direction.

Commençons par ces questions fondamentales. Parmi celles-ci, prenons par exemple celle relative à la **valeur normative à attribuer au résultat d'un système algorithmique** : est-il souhaitable de produire une « norme issue du nombre » ? Selon une de mes collègues, Geneviève Vanderstichele, chercheuse à l'université d'Oxford et juge à la cour d'appel de Gand, en Belgique, ce résultat ne peut pas actuellement être qualifié de précédent, ni de fait, ni de preuve d'expert, ni de source secondaire de droit<sup>21</sup>. Il devrait plutôt être abordé en tant que concept sui generis dans la résolution des conflits, un concept d'un genre propre, permettant l'intégration d'un **argument juridique quantitatif** dans la texture ouverte du droit. Une autre collègue, Mireille Hildebrandt, professeure à Bruxelles et Nijmegen, étudie également les implications d'une nouvelle méthode d'interprétation quantitative.

Une autre question concerne **l'identification des cas où l'utilisation des systèmes algorithmiques de prise de décision automatisée est moins, voire pas du tout, appropriée**. Comme je l'ai déjà relevé, les technologies de la MDJ ne tentent pas de modéliser le raisonnement qui conduit à la décision d'un juge dans une procédure, « le résultat ». La MDJ se concentre uniquement sur ce résultat, et non sur le cheminement vers celui-ci<sup>22</sup>. Et le cheminement suivi par la MDJ est *fondamentalement différent* de celui que suit un juge humain. Évidemment, cela n'enlève rien au « succès » de la technologie, lorsqu'elle aboutit au « bon » résultat.

Mais comment définir le « succès » ? Ou le « bon résultat » ? Il s'agit de deux aspects cruciaux...

Prenons le « succès » : quel est le taux de réussite que nous exigeons de ces systèmes ? 50 % ? Dans ce cas, on pourrait tout aussi bien lancer une pièce de monnaie en l'air, tirer à pile ou face. 100 % ? Cela impliquerait un système infallible. Quelque part au milieu ? Une étude fréquemment citée (et critiquée<sup>23</sup>) sur l'efficacité de la MDJ s'agissant de prévoir les résultats des procédures devant la Cour européenne des droits de l'homme<sup>24</sup> est représentative dans ses conclusions sur les niveaux de précision atteints par la technologie : en moyenne, celle-ci a pu livrer une prévision précise de l'issue d'une procédure<sup>25</sup> dans environ 79 % des cas. D'autres évaluations de l'efficacité des technologies de MDJ aboutissent à des résultats similaires<sup>26</sup>.

Ces résultats, qui certes datent de quelques années, sont révélateurs. Est-ce que des outils qui n'obtiennent le résultat « correct » qu'environ quatre fois sur cinq sont bons à appliquer dans un système judiciaire ? Et même à supposer que le taux de réussite s'améliore à l'avenir, ces outils aboutissent-ils au « bon résultat » ? Est-ce que ce dernier équivaldrait au résultat qu'un juge humain aurait obtenu dans la même procédure en suivant un raisonnement juridique conventionnel ? Le résultat est-il le seul élément pertinent, ou également le chemin qui y mène ? Comme l'a mis en lumière la théorie du droit, le raisonnement judiciaire est surtout une affaire d'appréciation et d'interprétation, celle des faits prouvés et pertinents du litige, des règles de droit applicables (législatives ou jurisprudentielles), mais aussi de l'interprétation subjective par les juges de la notion d'équité.

Il y a plusieurs autres questions à aborder, touchant par exemple à l'accès du public à la justice et à la publication en ligne des décisions judiciaires, *ces données étant le carburant, ou « l'or noir », pour les systèmes d'IA*. Dans plusieurs pays d'Europe, un débat intéressant se déroule sur l'« open data » et l'anonymisation des décisions de justice, ainsi que sur le profilage des juges<sup>27</sup>.

Le temps dont nous disposons aujourd'hui est trop limité pour nous permettre d'approfondir toutes ces questions pressantes. Notons cependant que, dans sa Charte éthique européenne d'utilisation de l'intelligence artificielle dans les systèmes judiciaires et leur environnement, adoptée en 2018, la CEPEJ (Commission européenne pour l'efficacité de la justice) a suggéré que les technologies de MDJ, en leur état actuel, ne soient pas utilisées dans les procédures pénales et, même dans d'autres types de procédures (civiles, commerciales, administratives), ne soient utilisées que comme outils d'aide à la décision, et non comme seul déterminant de l'issue d'une procédure. La deuxième directive donnée par la CEPEJ dit que les technologies de MDJ ne peuvent être employées que dans **un cadre normatif** qui offre une protection efficace contre une utilisation abusive ou non éclairée. Cela m'amène au dernier point de mon exposé : **la nécessité d'un cadre juridique**.

Même dans les cas d'utilisation pour lesquels le déploiement de l'IA est jugé approprié, sa conception, son développement et son fonctionnement **doivent être régis par des normes claires et précises, qui imposent le respect des principes, valeurs et droits fondamentaux dans notre société**.

Ainsi, en décembre 2018, la CEPEJ a donné, dans sa Charte éthique susmentionnée, une première orientation, en définissant cinq principes fondamentaux à associer aux systèmes d'IA utilisés par la justice :

- 1) **premièrement**, ces systèmes doivent être **compatibles avec les droits humains** (évidemment) ;
- 2) **deuxièmement**, ils doivent respecter le principe de **non-discrimination** (donc **prévenir** la création ou le renforcement de **discriminations** entre individus ou groupes d'individus) ;

23 Entre autres par Meneceur & Barbaro, 2019.

24 Aletras et al., 2016.

25 Lorsque le résultat est soit la constatation d'une violation de la CEDH par la juridiction, soit la constatation d'une non-violation de la CEDH par la juridiction.

26 La technologie de MDJ évaluée par Katz et al., 2014, par exemple, a atteint une précision de 69,7 %. Les outils étudiés par Chen et al., 2017, ont atteint une précision de 82 %. La précision des approches étudiées par Grabmair, 2017, allait de 69,4 % à 84,3 %. L'approche de la MDJ étudiée par Westermann et al., 2019, a atteint une précision de 70,8 %.

27 Voir, par exemple, pour la France, le projet « open data » de la Cour de cassation (<https://www.courdecassation.fr/acces-rapide-judilibre/open-data-et-api>) et la discussion qui s'est tenue sur l'article L111-13 du code de l'organisation judiciaire, tel que modifié par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

17 Voir par exemple Zhong et al., 2018, et Zhu et al., 2020.

18 L'effet de tels facteurs externes des prises de décisions judiciaires n'est néanmoins pas incontesté – voir Jean, 2021.

19 Voir <https://www.fatml.org/>.

20 Voir <https://ethicsinaction.ieee.org/>.

21 Catégories connues dans la pratique juridique actuelle.

22 Il convient toutefois de noter que, pour parvenir à un résultat donné, la technologie peut, surtout si elle est conçue avec des capacités explicatives, identifier les facteurs qui l'ont amenée à ce résultat (et ces facteurs peuvent également faire partie de ceux qui influenceraient un décideur humain (juge) traitant la même question juridique).

- 3) **troisièmement**, ils doivent respecter le principe de **qualité et sécurité** (en ce qui concerne le traitement des décisions juridictionnelles et des données judiciaires utilisées pour former, tester et valider les modèles) ;
- 4) **quatrièmement, la transparence, l'impartialité et l'équité** (ce qui veut-dire qu'il faut rendre accessibles et compréhensibles les méthodologies de traitement des données, et autoriser les audits externes) ;
- 5) **cinquièmement**, le principe de maîtrise par l'utilisateur (ce qui implique de bannir une approche prescriptive et de permettre à l'utilisateur d'être un acteur éclairé et maître de ses choix).

Quelles sont en pratique les implications de ces principes ? La CEPEJ s'emploie actuellement à définir des lignes directrices plus spécifiques pour la mise en œuvre de ces principes dans le contexte des technologies de MDJ. Elle étudie également l'opportunité et la faisabilité d'un cadre de certification ou de labellisation pour les produits d'IA utilisés dans les systèmes judiciaires.

Dans d'autres secteurs également, nous avons assisté à la production par plusieurs acteurs – organisations gouvernementales et non gouvernementales, ainsi que l'industrie elle-même – d'une multitude de **principes éthiques, de lignes directrices ainsi que d'autres instruments de droit souple** pour une utilisation responsable de l'IA<sup>28</sup>. Si ces documents sont certainement utiles en tant que boussole morale pour les acteurs de l'IA, leur **caractère non juridiquement contraignant** limite leur efficacité pour assurer le bon respect des principes qu'ils tendent à consacrer. En pratique, leur mise en œuvre dépend en effet du bon vouloir des acteurs.

On observe donc un **consensus croissant selon lequel il faut encadrer, juridiquement, l'utilisation de l'IA**, vu l'impact significatif que ces technologies peuvent avoir non seulement sur les droits fondamentaux des citoyens, mais aussi sur le fonctionnement des institutions et des processus démocratiques, et sur l'état de droit. Certes, pour l'heure l'utilisation de l'IA n'échappe pas totalement aux lois, puisque plusieurs règles existantes s'appliquent, comme dans le domaine de la concurrence déloyale, de la responsabilité civile ou de la protection des données personnelles, avec le RGPD consacrant notre droit de ne pas faire l'objet (sauf exceptions) d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, y compris le profilage, si cette décision produit des effets juridiques ou a un impact significatif similaire.

**Il est néanmoins peu probable que cela suffise.** Les instruments juridiques actuellement applicables présentent des lacunes. C'est l'une des conclusions du **CAHAI**, le Comité *ad hoc* sur l'intelligence artificielle, que le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a établi en 2019 pour une période de deux ans et que j'ai l'honneur de présider avec mon collègue slovène, Gregor Strojijin. Le CAHAI a pour mission d'examiner la faisabilité ainsi que les éléments potentiels d'un cadre juridique pour le développement, la conception et l'application de l'IA, fondé sur les normes du Conseil de l'Europe en matière de droits de l'homme, de démocratie et d'état de droit.

Dans le cadre de ses travaux, le CAHAI a conclu qu'un cadre juridique approprié pour les systèmes d'IA serait probablement composé d'une combinaison d'instruments contraignants – y compris une nouvelle Convention – et d'instruments transversaux ou spécifiques non contraignants, se complétant les uns les autres<sup>29</sup>. Cette approche a été validée par le Comité des Ministres lors de sa 131<sup>e</sup> session, le 21 mai 2021 ; l'intention est d'entamer des négociations sur une convention transversale début 2022<sup>30</sup>.

En outre, l'**Union européenne** a entrepris d'élaborer un instrument juridique contraignant spécifique aux systèmes d'IA. Le 21 avril, la Commission européenne a publié une proposition de règlement<sup>31</sup>. Ce règlement sera en premier lieu un instrument de marché interne, basé sur l'article 114 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, mettant l'accent sur la conformité des systèmes d'IA, la normalisation, et la surveillance du marché. Même s'il contribue à garantir le bon respect des droits fondamentaux des individus, son but est surtout d'harmoniser les législations nationales des États membres afin que les systèmes d'IA puissent circuler librement au sein de l'Union.

Ces deux initiatives – celle du Conseil de l'Europe et celle de l'UE – seront donc parfaitement complémentaires (tout comme le sont la Convention 108 et le RGPD).

Elle partagent d'ailleurs une **approche commune**, consistant à établir un cadre réglementaire différencié **en fonction des risques présentés** par les utilisations de l'IA. Ainsi, une distinction sera faite entre, d'une part, des **utilisations interdites** car présentant des risques inacceptables (comme l'utilisation de systèmes d'IA par des autorités publiques à des fins de *scoring* social ou de systèmes d'identification biométrique à distance et « en temps réel » dans les espaces accessibles au public aux fins de l'application de la loi), et, d'autre part, des **utilisations réglementées** car présentant des risques élevés pour la santé, la sécurité ou les droits fondamentaux.

## CES TEXTES SERONT-ILS PERTINENTS POUR LE SECTEUR JUDICIAIRE ?

La réponse est affirmative, car ces textes pourront transformer les principes éthiques identifiés par la CEPEJ en obligations légales contraignantes. Tant le CAHAI que la CE considèrent les systèmes d'IA utilisés par la police et la justice, notamment ceux destinés à aider les autorités judiciaires à rechercher et à interpréter les faits et la loi, et à appliquer la loi à un ensemble concret de faits, comme des applications à haut risque, soumises aux exigences en matière d'évaluation des risques, de documentation technique, de qualité des données, de supervision humaine, etc.

Toutefois, nous n'en sommes encore qu'**au début du processus législatif** ; le chemin jusqu'à l'adoption de textes définitifs est long. En attendant, Mesdames et Messieurs, je compte sur vous. Comme représentants des cours supérieures des États membres du Conseil de l'Europe, vous êtes les gardiens de nos droits fondamentaux. Comme, par exemple, vos collègues aux Pays-Bas, dans les affaires *AERIUS et autres*<sup>32</sup>, vous avez le pouvoir de faire respecter les principes de transparence, de non-discrimination, d'égalité des armes et de bonne gouvernance ; de condamner les systèmes *black box* déployés par les administrations publiques en violation de ces principes ; et de protéger les citoyens contre ce que l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a appelé (dans sa résolution d'octobre 2020<sup>33</sup>) *l'autoritarisme numérique*. Soyons tous vigilants pour que le prédictif ne devienne pas le prescriptif...

Je vous remercie de votre attention.

28 Notamment les Lignes directrices en matière d'éthique pour une IA digne de confiance, du Groupe d'experts de haut niveau sur l'intelligence artificielle de la Commission Européenne, adoptées en avril 2019 – <https://ec.europa.eu/futurium/en/ai-alliance-consultation.1.html>. Pour une comparaison entre ces instruments non contraignants, voir Ienca & Vayena, 2020.

29 CAHAI, 2020, p. 63.

30 CM/Del/Dec(2021)131/2b, 21 mai 2021.

31 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle) et modifiant certains actes législatifs de l'Union, 21 avril 2021, COM(2021) 206 final.

32 ABRvS, 17 mai 2017, [ECLI:NL:RVS:2017:1259](https://eur-lex.europa.eu/eli/abrvs/2017/1259) ; ABRvS, 18 juillet 2018, [ECLI:NL:RVS:2018:2454](https://eur-lex.europa.eu/eli/abrvs/2018/2454) ; Hoge Raad, 17 août 2018, [ECLI:NL:HR:2018:1316](https://eur-lex.europa.eu/eli/hr/2018/1316).

33 Résolution 2341 (2020) de l'Assemblée parlementaire sur la nécessité d'une gouvernance démocratique de l'intelligence artificielle, 22 octobre 2020 – <https://pace.coe.int/fr/files/28803>

## RÉFÉRENCES

(complétant la liste contenue dans le [Document de travail préparé par le greffe de la CEDH pour le séminaire judiciaire](#))

- Aletras, N., Tsarapatsanis, D., Preoțiu-Pietro, D., & Lampos, V. (2016). Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: A natural language processing perspective. *PeerJ Computer Science*, 2, 93, <https://peerj.com/articles/cs-93/>
- Algorithm Watch & Bertelsmann Stiftung (2020). Automating Society Report 2020, <https://automatingsociety.algorithmwatch.org/>
- Artificial Lawyer (2017). French Magistrates See 'No Additional Value' in Predictive Legal AI, <https://www.artificiallawyer.com/2017/10/13/french-justice-ministry-sees-no-additional-value-in-predictive-legal-ai/>
- Ashley, K. D. (2017). *Artificial intelligence and legal analytics: new tools for law practice in the digital age*. Cambridge University Press.
- CAHAI (2020). Étude de faisabilité relative aux normes juridiques en matière d'IA, 17 décembre 2020, CAHAI(2020)23, <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/cahai>
- CEPEJ (2018). Charte éthique européenne d'utilisation de l'intelligence artificielle dans les systèmes judiciaires et leur environnement, 3-4 décembre 2018, <https://rm.coe.int/charte-ethique-fr-pour-publication-4-decembre-2018/16808f699b>
- CEPEJ (Groupe de travail sur la qualité de la justice) (2020a). Lignes directrices pour la mise en œuvre de la Charte de l'IA appliquée aux technologies de modélisation des décisions judiciaires (préparées conjointement par le secrétariat de la CEPEJ et l'IEEE), 15 juin 2020, CEPEJ-GT-QUAL(2020)4, <https://rm.coe.int/cepej-gt-qual-oj-2020-1/16809c78b3>
- CEPEJ (2020b). Mise en place éventuelle d'un mécanisme de certification des outils et services d'intelligence artificielle dans le domaine juridique et judiciaire : Étude de faisabilité, 8 décembre 2020, CEPEJ(2020)15Rev, <https://rm.coe.int/etude-faisabilite-fr-cepej-2020-15/1680a0adf3>
- Chalkidis I., Androutopoulos I., & Aletras, N. (2019). Neural legal judgment prediction in English, *Proceedings of the 57th Annual Meeting of the Association for Computational Linguistics*. 4317 (2019), <https://www.aclweb.org/anthology/P19-1424.pdf>
- Chen, D. L., & Eigel, J. (juin 2017). Can machine learning help predict the outcome of asylum adjudications? In *Proceedings of the 16th edition of the International Conference on Artificial Intelligence and Law* (pp. 237-240). ACM.
- de la Fortelle, A. (éd.) (2020). *Intelligences artificielles et humaines, quelles interactions ? Enjeux Numériques*, n° 12, décembre 2020.
- Grabmair, M. (juin 2017). Predicting trade secret case outcomes using argument schemes and learned quantitative value effect tradeoffs. In *Proceedings of the 16th edition of the International Conference on Artificial Intelligence and Law* (pp. 89-98). ACM.
- Hildebrandt, M. et al. (2021). COHUBICOL Working paper I on Text-driven Normativity, <https://publications.cohubicol.com/working-papers/text-driven-normativity/>
- Ienca, M. & Vayena, E. (2020). AI Ethics Guidelines: European and Global Perspectives. In CAHAI, *Towards Regulation of AI Systems: Global perspectives on the development of a legal framework on Artificial Intelligence (AI) systems based on the Council of Europe's standards on human rights, democracy and the rule of law*, DGI(2020)16, <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/cahai>.

Jean, J.-P. (2021). Les juges sont-ils plus sévères quand ils ont faim ? *Dalloz Actualité*, 26 janvier 2021, <https://www.dalloz-actualite.fr/node/juges-sont-ils-plus-severes-quand-ils-ont-faim>

Katz, D. M., Bommarito, I. I., Michael, J., & Blackman, J. (2014). Predicting the behavior of the supreme court of the United States: A general approach. *arXiv preprint arXiv:1407.6333*.

Katz, D. M. (2013). Quantitative Legal Prediction – or – How I Learned to Stop Worrying and Start Preparing for the Data Driven Future of the Legal Services Industry. *Emory Law Journal*, Vol. 62, 2013, accessible sur le site du SSRN à l'adresse suivante : <https://ssrn.com/abstract=2187752>

LeCun, Y. (2016). Qu'est-ce que l'intelligence artificielle ? Chaire de recherches sur l'intelligence artificielle, l'informatique et les sciences numériques (2015-2016), Collège de France, [https://www.college-de-france.fr/media/yann-lecun/UPL4485925235409209505\\_Intelligence\\_Artificielle\\_\\_\\_\\_Y.\\_LeCun.pdf](https://www.college-de-france.fr/media/yann-lecun/UPL4485925235409209505_Intelligence_Artificielle____Y._LeCun.pdf)

Medvedeva, M., Vols M., & Wieling, M. (2019). Using Machine Learning to Predict Decisions of the European Court of Human Rights, *28 Artificial Intelligence Law*, <https://link.springer.com/article/10.1007/s10506-019-09255-y>

Meneceur, Y., & Barbaro, C. (2019). Intelligence artificielle et mémoire de la justice : le grand malentendu. *Les Cahiers de la Justice*, (2), 277-289.

Nemitz, P. (2018). Constitutional democracy and technology in the age of artificial intelligence, *Phil. Trans. R. Soc.*, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3234336>

O'Neil, C. (2016). *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, Crown Books

Pedreschi, D., Giannotti, F., Guidotti, R., Monreale, A., Ruggieri, S., & Turini, F. (juillet 2019). Meaningful explanations of black box AI decision systems. *Proceedings of the AAAI Conference on Artificial Intelligence* (Vol. 33, pp. 9780-9784).

Plesničar, M. M., & Stubbs, K. Š. (2017). Subjectivity, algorithms and the courtroom. *Big Data, Crime and Social Control* (pp. 154-176). Routledge.

Ronsin, X., Lampos, V., & Maitrepierre, A. (2018). Étude approfondie sur l'utilisation de l'IA dans les systèmes judiciaires, notamment les applications d'IA assurant le traitement des décisions et des données judiciaires. Annexe I de la Charte éthique européenne d'utilisation de l'intelligence artificielle dans les systèmes judiciaires et leur environnement (CEPEJ, 2018).

Schuilenburg, M., & Peeters, R. (éd.) (2021). *The Algorithmic Society: Technology, Power, and Knowledge*, Routledge.

Steponenaite, V.K., & Valcke, P. (2020). Judicial analytics on trial: An assessment of legal analytics in judicial systems in light of the right to a fair trial. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 27(6) 759–773, DOI: 10.1177/1023263X20981472

Trassoudaine, F. & Dardayrol, J.-P. (éd.) (2018). *Les métiers du droit au défi du numérique*, Enjeux Numériques, n° 3, septembre 2018

Vanderstichele, G. (2019). *The Normative Value of Legal Analytics. Is There a Case for Statistical Precedent?* (thèse présentée pour le master de philosophie du droit, université d'Oxford, 30 août 2019). Accessible sur le site du SSRN à l'adresse suivante : <https://ssrn.com/abstract=3474878> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3474878>

Vanderstichele, G. (2020). *Artificiële intelligentie ter ondersteuning van menselijke rechtspraak. De sui-generismethode voor het gebruik van legal analytics in de rechtspraak*, *Nieuw Juridisch Weekblad*, n° 427, 610-623.

Wachter, S., Mittelstadt, B., & Russell, C. (2017). Counterfactual explanations without opening the black box: Automated decisions and the GDPR. *Harv. JL & Tech.*, 31, 841.

Wachter, S., Mittelstadt, B., & Russell, C. (2020). Why fairness cannot be automated: Bridging the gap between EU non-discrimination law and AI. Accessible sur le site du SSRN.

Westermann, H., Walker, V. R., Ashley, K. D., & Benyekhlef, K. (juin 2019). Using Factors to Predict and Analyze Landlord-Tenant Decisions to Increase Access to Justice. In Proceedings of the Seventeenth International Conference on Artificial Intelligence and Law (pp. 133-142). ACM.

Zhong, H., Guo Z., Tu, C., Xiao, C., Liuy, Z., Sun, M. (2018). Legal Judgment Prediction via Topological Learning, Proceedings of the 2018 Conference on Empirical Methods in Natural Language Processing, p. 3540–3549.

Zhu, K., Guo, R., Hu, W., Li, Z., Li, Y. (2020). Legal Judgment Prediction Based on Multiclass Information Fusion, Complexity, vol. 2020, Article ID 3089189, <https://doi.org/10.1155/2020/3089189>



## Bart Jan van Ettehoven

**Président**  
**Division de la juridiction administrative,**  
**Conseil d'État des Pays-Bas**

### L'ACCÈS À LA JUSTICE PENDANT ET APRÈS LA PANDÉMIE : ÉCHANGE DE VUES – RESTRICTIONS AUX DROITS DE L'HOMME, MESURES PROCÉDURALES, ENSEIGNEMENTS À RETENIR

#### INTRODUCTION

Monsieur le Président, chers collègues, c'est pour moi un honneur et un plaisir d'avoir été invité à m'exprimer devant vous aujourd'hui sur l'accès à la justice pendant et après la pandémie de coronavirus.

La pandémie a eu d'énormes répercussions sur le droit et la protection juridique, sur l'accès à la justice et sur les procédures judiciaires. Comme elle n'est pas encore derrière nous, il est indispensable de tirer des enseignements de notre expérience pour trouver le meilleur moyen de garantir l'accès à la justice. Je vais revenir sur ce qui a eu lieu concrètement durant cette période avant d'évoquer brièvement la situation aux Pays-Bas.

En conclusion de ma présentation, je livrerai quelques réflexions sur le conflit entre deux droits fondamentaux : le droit de faire entendre publiquement sa cause et le droit au respect de la vie privée dans les procédures judiciaires.

Études réalisées dans le monde et enquête de l'Association des Conseils d'États et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne

De nombreuses études ont été publiées dans le monde sur la justice et la crise du covid-19, notamment sur les conséquences de la pandémie pour les tribunaux. Je citerai à titre d'exemples :

- *The Functioning of Courts in the COVID-19 pandemic: A Primer*<sup>1</sup>,
- *Civil courts Coping with COVID-19*<sup>2</sup>, et
- *Remote Hearings and Access to Justice during COVID-19 and Beyond*<sup>3</sup>.

Pour les besoins de cette présentation, je vais m'appuyer sur une enquête récemment réalisée par ACA Europe<sup>4</sup>, l'Association des Conseils d'États et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne.

L'enquête couvre tous les États membres de l'Union européenne, et même si cet échantillon représente un nombre de pays nettement inférieur au nombre de signataires de la Convention, l'étude brosse un tableau représentatif, du moins je l'espère.

<sup>1</sup> Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe, 2 novembre 2020.

<sup>2</sup> Comité éditorial : Bart Krans et Anna Nylund. Boom Juridische uitgevers, 16 avril 2021.

<sup>3</sup> Établi par la California Commission on Access to Justice et publié par le National Center of State Courts (NCSC, [www.ncns.org](http://www.ncns.org)).

<sup>4</sup> « Les Cours administratives suprêmes au temps de la covid-19 – leçons tirées de la crise », Analyse transversale 2020, ACA Europe, [www.aca-europe.eu](http://www.aca-europe.eu).

La pandémie a eu un énorme impact sur le fonctionnement des tribunaux et, par conséquent, sur le travail des juges, de leurs assistants et des autres membres du personnel de la justice. En témoigne le nombre de mesures adoptées, entre autres :

- des diminutions d'effectifs dans les tribunaux ;
- la mise en place de dispositifs de chômage partiel ;
- l'introduction de nouvelles modalités de travail (numérique et à distance) ;
- l'introduction du télétravail et d'horaires flexibles ;
- l'exécution de tâches depuis le domicile (délibérations, rédaction, signature électronique).

Permettez-moi de citer quelques autres éléments intéressants.

**Adoption d'une législation spéciale visant les activités des juridictions.** Plus de 50 % des pays couverts par l'enquête ont adopté une législation spéciale visant les activités des tribunaux afin d'empêcher la propagation du coronavirus.

**Accès physique.** L'accès physique à la justice a été limité voire empêché. Dans la plupart des pays, les tribunaux ont été fermés, en particulier en 2020.

**Autorités compétentes pour ordonner la fermeture des tribunaux.** Élément intéressant d'un point de vue constitutionnel, les autorités compétentes pour ordonner la fermeture des tribunaux n'étaient pas les mêmes selon les pays : il pouvait s'agir du parlement (Autriche, Pologne), du gouvernement (Pologne), du président du tribunal (Autriche, République tchèque), du président de la Cour suprême (Irlande) et du médecin nommé pour assurer la gestion de la pandémie (Suède). Dans certains États membres, plusieurs autorités étaient compétentes pour ordonner cette fermeture.

**Application de règles sanitaires encadrant l'accès physique aux tribunaux.** Exception faite de la Suède, tous les pays qui ont répondu à l'enquête ont subordonné l'accès physique aux tribunaux au respect de règles sanitaires : règles de distanciation physique (respect d'une distance de 1,5 ou 2 mètres), obligation de port du masque ou de visières en plexiglas, installation de cloisons en verre, port de gants à usage unique, contrôle de la température, utilisation de gel hydroalcoolique, signalisation de l'entrée dans les salles d'audience, marquage au sol et espacement entre les sièges dans les salles d'audience, d'où une limitation du nombre de places assises.

**Utilisation de la vidéoconférence et de la retransmission en direct.** La vitesse à laquelle les tribunaux sont passés du papier au numérique, y compris en travaillant par vidéoconférence et en tenant des audiences à distance retransmises en direct, est proprement révolutionnaire. Dans la plupart des pays, les institutions utilisent désormais la vidéoconférence bidirectionnelle. Quelque 25 % des pays couverts par l'enquête tiennent des audiences retransmises en direct pour limiter le nombre de personnes présentes dans l'enceinte du tribunal tout en garantissant le caractère public de l'audience.

**Règles de procédure nationales : modification des règles de procédure nationales pour faciliter le fonctionnement des juridictions.** Soixante-quatre pour cent des pays étudiés ont amendé les règles de procédure nationales pour que les juridictions puissent remplir plus facilement leur office pendant la pandémie. Les changements apportés ont notamment porté sur les aspects suivants :

- certaines parties de la procédure (les mesures d'urgence, par exemple) (25 %) ;
- l'imposition de délais pour statuer sur les affaires (11 %) ;
- la définition de délais de procédure (43 %) ;
- le délai d'appel (14 %) ;
- l'imposition de délais pour l'exécution des décisions de justice (11 %) ;
- d'autres parties de la procédure (43 %), en particulier :
  - l'organisation des audiences

- la possibilité de statuer sans audience
- la possibilité de tenir les audiences à distance
- l'exclusion du public ou des restrictions à sa présence.

À noter qu'aucun pays n'a modifié à cause de la pandémie la forme des jugements (par exemple jugement succinct, jugement oral) ou le nombre de juges requis pour statuer sur une affaire.

## L'AUDIENCE PUBLIQUE

La Cour européenne des droits de l'homme (« la CEDH ») a souligné à de multiples reprises l'importance de l'audience publique. L'enquête a permis de mettre en évidence de multiples variations du droit procédural interne s'agissant du droit à faire entendre publiquement sa cause. Ces différences peuvent porter sur différents aspects :

- le domaine du droit concerné
- le justiciable concerné (mineurs, détenus, par exemple)
- le type de juridiction concernée (première instance – appel – cassation – juridiction constitutionnelle)
- le caractère obligatoire ou facultatif de l'audience
- le droit d'être physiquement présent
- la possibilité ou non de tenir l'audience à distance
- la possibilité ou non de renoncer à l'audience et la question de savoir qui est décisionnaire en la matière.

**Audiences numériques publiques.** Pour ce qui est des audiences numériques ou à distance, la première question à examiner est celle de la technologie utilisée – le téléphone, une plateforme de vidéoconférence quelconque ou la retransmission en direct. Vient ensuite la question du contexte : il existe des différences non négligeables entre pays et entre juridictions s'agissant des personnes autorisées à participer à l'audience numérique et du lieu où elles se trouvent lorsqu'elles y participent. Je citerai trois scénarios :

- **Premier scénario** : tous les participants, y compris le ou les juges, assistent à l'audience depuis leur domicile. On s'invite alors dans la cuisine, la chambre ou le bureau des intéressés, avec en toile de fond photos de vacances, lampes IKEA et autres objets personnels. À titre personnel, je trouve que cette incursion dans l'intimité détourne l'attention et nuit à l'image du tribunal et de la procédure et je préconise l'utilisation en arrière-plan d'une représentation de l'institution judiciaire.
- **Deuxième scénario** : le ou les juges sont dans le prétoire et toutes les autres personnes assistent à l'audience par vidéoconférence.
- **Troisième scénario** : le ou les juges et certaines parties sont dans le prétoire, tandis que d'autres parties assistent à l'audience par vidéoconférence (audience hybride).

## SITUATION AUX PAYS-BAS

Après ce rapide tour d'horizon européen je vais m'attarder sur quelques aspects de l'expérience des Pays-Bas. Aux Pays-Bas, les tribunaux ont fermé leurs portes le 16 mars 2020 pour les rouvrir mi-mai 2020. Pendant ces deux mois, de nombreuses mesures ont été prises pour que le personnel des tribunaux, les parties aux procédures, mais aussi les journalistes et le grand public puissent de nouveau avoir accès aux palais de justice et prétoires.

Beaucoup d'audiences ont été reportées en raison de cette fermeture provisoire, si bien que le nombre d'affaires en souffrance a rapidement augmenté.

Les tribunaux néerlandais ont eu recours à diverses méthodes pour continuer d'administrer la justice pendant la crise.

La première a consisté à traiter les affaires en statuant à huis clos, sans audience, ce qui n'est possible que si les règles de procédure l'autorisent. Les tribunaux ont également remplacé l'audience publique par un deuxième échange d'écritures. Certaines audiences se sont tenues par téléphone ou vidéoconférence ou encore vidéoconférence hybride, parfois avec retransmission en direct.

La retransmission des audiences nous a placés face à plusieurs dilemmes.

- Une juridiction peut-elle décider de son propre chef de retransmettre une audience en direct ou doit-elle recueillir le consentement des parties ? Dans ma juridiction, nous avons fait prévaloir le droit à une audience publique sur le droit au respect de la vie privée, en partie pour que les parties et autres personnes intéressées puissent suivre les débats.
- Un enregistrement vidéo peut-il être mis à disposition après l'audience ? Pendant combien de temps ? Cette idée s'est heurtée à l'opposition des juges et de certains avocats. En revanche, elle a suscité l'enthousiasme d'autres avocats, des chercheurs et de la presse.
- Nos propres délégués à la protection des données m'ont averti que le fait de retransmettre une audience en direct sans avoir obtenu le consentement des parties et de publier les enregistrements vidéo sur le site Internet du tribunal après l'audience pouvait être contraire aux principes fondamentaux du Règlement général sur la protection des données (RGPD) de l'Union européenne, par exemple au principe de limitation des finalités et de minimisation des données. J'ai objecté que le traitement de données à caractère personnel était nécessaire à l'exécution d'une tâche d'intérêt public, en l'occurrence l'administration publique de la justice.

## RÉFORME DES RÈGLES DE PROCÉDURE INTERNES AUX PAYS-BAS

Aux Pays-Bas, le législateur a amendé les règles de procédure pour autoriser la tenue des audiences par vidéoconférence en vertu de la loi temporaire justice et sécurité pendant la crise du covid-19 (*Tijdelijke wet COVID 19 Justitie en Veiligheid*)<sup>5</sup>, dont l'article 2 est libellé ainsi :

« Si, en raison de l'épidémie de covid-19, il n'est pas envisageable de tenir une audience physique dans une procédure civile ou administrative, il est possible de tenir une audience orale par l'intermédiaire d'un moyen de communication électronique bidirectionnel ».

En d'autres termes, il appartient à la juridiction de décider de tenir ou non l'audience à distance. Elle peut tenir compte des souhaits des parties pour prendre sa décision, mais rien ne l'oblige à le faire. À noter cependant que le juge ne peut exercer ce pouvoir que si l'impossibilité de tenir l'audience est due à la crise du covid-19.

Il est permis d'espérer que la fin de la crise est proche et qu'il sera bientôt possible de tenir de nouveau toutes les audiences en présentiel. Une question se pose toutefois : est-ce souhaitable ? Les audiences à distance ont sans doute leurs travers, mais elles ont aussi de multiples avantages. Selon moi, il serait bon que le législateur introduise dans le droit procédural la possibilité de tenir des audiences virtuelles, à distance. Il pourrait préciser dans quels domaines du droit, pour quelles procédures et pour quels justiciables il est possible d'organiser une telle audience, définir les règles applicables, préciser à qui il appartient de décider de tenir ou non une audience virtuelle et décider si le consentement des parties est ou non nécessaire.

## JURISPRUDENCE NÉERLANDAISE

À l'instar de la CEDH, les juridictions suprêmes néerlandaises ont eu à statuer sur des questions de procédure liées à la crise du covid-19. Permettez-moi de citer quelques-unes de leurs décisions.

### Absence d'audience

Le premier exemple est une affaire qui a été portée devant le Conseil d'État<sup>6</sup> et dont la CEDH a par la suite été saisie, en l'occurrence l'affaire *Ibrahim BAH contre Pays-Bas*<sup>7</sup>. Elle concernait un requérant dont les Pays-Bas avait rejeté la demande d'asile. L'intéressé avait été placé en rétention en vue de son éloignement. Invoquant les articles 5 et 6 de la Convention, il a fait valoir que les droits que lui garantissent ces dispositions avaient été violés parce qu'il n'avait pas été entendu physiquement par la juridiction régionale. La Cour de Strasbourg a jugé la requête manifestement mal fondée, pour les raisons suivantes :

- les difficultés pratiques qui se sont posées pendant les premières semaines de la pandémie ;
- l'impossibilité pratique d'entendre l'intéressé physiquement à l'époque ;
- les efforts effectivement déployés par la juridiction régionale pour organiser une audience physique ou par vidéoconférence ;
- le fait que la juridiction régionale ait exposé de manière détaillée pourquoi il lui avait finalement été impossible d'organiser une audience ;
- le fait que le requérant ait été représenté par un avocat et ait été entendu par son intermédiaire ;
- l'importance des autres droits fondamentaux du requérant, notamment le droit qu'un juge statue « à bref délai » sur la légalité de sa rétention ;
- l'intérêt général que constitue la santé publique.

Par ailleurs, plusieurs leçons peuvent également être tirées de divers arrêts de la Cour suprême néerlandaise<sup>8</sup>.

S'il n'est raisonnablement pas envisageable ou dans le cas où il serait irresponsable que le demandeur soit physiquement présent à l'audience, il est possible d'opter pour une autre modalité de participation à l'audience. La meilleure solution est d'opter pour une vidéoconférence bidirectionnelle, étant entendu que s'il n'est pas possible d'y recourir, dans les affaires urgentes, il peut être décidé de tenir l'audience par téléphone, sous réserve du respect des exigences liées à la publicité des audiences.

### Caractère public de l'audience et de la décision

Parmi les décisions intéressantes rendues par la Cour suprême des Pays-Bas figure un arrêt<sup>9</sup> par lequel elle s'est prononcée sur la question de savoir si une audience qui n'avait pas pu se dérouler publiquement en raison de la pandémie respectait l'obligation de publicité des débats. Citant la jurisprudence pertinente de la CEDH, la Cour suprême a statué en ces termes :

- Les restrictions limitant l'accès à la salle d'audience ne privaient pas toutes l'audience de son caractère public.

<sup>6</sup> Conseil d'État (*Raad van State, Afdeling bestuursrechtspraak*), 7 avril 2020 (ECLI:NL:RVS:2020:991).

<sup>7</sup> Cour européenne des droits de l'homme, n° 35751/20, 22 juin 2021.

<sup>8</sup> Cour suprême des Pays-Bas (*Hoge Raad der Nederlanden*), 25 septembre 2020 (ECLI:NL:HR:2020:1509) et 9 avril 2021 (ECLI:NL:HR:2021:505).

<sup>9</sup> Cour suprême des Pays-Bas (*Hoge Raad der Nederlanden*), 15 décembre 2020 (ECLI:NL:HR:2020:2008).

<sup>5</sup> La loi est entrée en vigueur le 24 avril 2020 et l'article 2 a été appliqué avec effet rétroactif au 16 mars 2020.

- Il était pertinent de permettre aux parties et à la presse de pénétrer dans la salle d'audience et cette décision constituait une garantie de contrôle suffisante, non remise en cause par le refus de laisser entrer le public.

La Cour suprême<sup>10</sup> a en outre estimé que le grief tiré du fait que la décision n'avait pas été prononcée publiquement devait être écarté au motif que les parties et la presse avaient la possibilité d'être présentes.

### Audience hybride

Des audiences hybrides, auxquelles certaines parties assistaient physiquement et d'autres par vidéoconférence, ont été organisées aux Pays-Bas. Cette mesure a été adoptée en raison des restrictions visant les déplacements, mais aussi du fait que certaines personnes étaient confinées à leur domicile parce qu'elles avaient été contaminées ou devaient observer une période d'isolement.

Les juges étaient également obligés de s'isoler à leur domicile si une personne de leur foyer avait contracté le virus, mais cette mesure ne les a pas empêchés de s'acquitter de leur tâche.

La Cour suprême a eu à se prononcer sur un pourvoi en matière pénale. En appel, l'affaire avait été entendue par un collège de trois juges, dont deux étaient présents dans la salle d'audience et le troisième par vidéoconférence.

La juridiction suprême a considéré qu'étant donné le caractère exceptionnel des circonstances, l'obligation de tenir une audience publique énoncée à l'article 6 de la Convention était respectée sous réserve que les conditions suivantes soient réunies :

- Le nombre de juges participant à l'audience par vidéoconférence ne devait pas être supérieur à un.
- L'absence du juge devait être en lien direct avec la pandémie.
- Les deux autres juges devaient être présents dans la salle d'audience.
- Le juge participant par un moyen audiovisuel bidirectionnel ne devait pas avoir pour tâche de conduire l'interrogatoire pendant l'audience.
- Ce juge devait être en mesure de se forger une idée claire de la procédure et devait pouvoir participer aux débats sans restriction ; il devait être visible et audible par les personnes présentes dans la salle d'audience.

### DÉLAI EXCESSIF (ARTICLE 6 DE LA CONVENTION)

Enfin, je voudrais citer une décision de février 2021 par laquelle le délai dont disposent les juridictions supérieures pour statuer a été étendu en raison des problèmes logistiques causés par la pandémie. Aux Pays-Bas, ce délai est en principe de deux ans, mais il peut être plus court ou plus long en fonction des circonstances de l'espèce.

La cour d'appel en matière commerciale et industrielle<sup>11</sup> a estimé que la crise du covid-19 était une *situation exceptionnelle et imprévisible* et constituait donc un motif suffisant pour considérer comme raisonnable un délai supérieur à deux ans. Le délai a été étendu de quatre mois pour tenir compte de la période pendant laquelle les tribunaux ont été fermés et de deux mois supplémentaires pour permettre la reprogrammation des audiences reportées.

### AUDIENCE PHYSIQUE ET AUDIENCE VIRTUELLE

Mes chers collègues, nous pouvons être fiers de nous. De manière générale, les tribunaux ont bien fonctionné pendant la pandémie, je dirais même très bien. Nous avons fait tout ce qui était en notre pouvoir pour assurer le respect de l'état de droit et pour préserver les droits fondamentaux en continuant d'entendre les affaires – à l'aide des outils numériques.

La pandémie a entraîné une série de modifications des règles de procédure dans tous les pays. Même si les pays n'envisagent pas tous de pérenniser ces changements, selon toute vraisemblance, les solutions numériques occuperont à l'avenir une place plus grande dans le fonctionnement des tribunaux en Europe, y compris lorsque la pandémie sera terminée.

Le danger serait cependant qu'une fois la pandémie maîtrisée, nous recommencions à fonctionner comme nous en avons l'habitude. Je souhaite que les tribunaux réfléchissent à ce que nous avons appris pendant la crise et s'interrogent sur les méthodes que nous devrions continuer d'utiliser ou qu'il nous faut améliorer, en particulier du point de vue des droits fondamentaux. Ces droits sont vivants et il est tout à fait possible de les transposer dans la société d'aujourd'hui et de demain. Le défi que nous devons relever consiste à ériger un système d'administration de la justice moderne, efficient et public.

L'un des premiers points à examiner dans ce contexte concerne la question de savoir si la domination du papier sur la communication numérique (le « plafond de papier ») se justifie toujours en 2021.

La question vaut également pour la primauté de la présence physique par rapport à la présence numérique. Quel est l'avenir de la justice : un tribunal est-il un service ou un lieu ? – pour reprendre une question pertinente posée par le Professeur Richard Susskind.

Le droit de se présenter physiquement devant un juge peut revêtir une importance primordiale, selon, entre autres, la nature de l'affaire. En revanche, permettre à la presse et au grand public d'assister à une audience dans un tribunal quelque part en Europe relève d'une conception traditionnelle de la transparence, qui ne permet pas réellement plus de clarté et de contrôle de l'administration de la justice.

Nous devons donc aller plus loin. Il faudrait associer audience en présentiel et services numériques, par exemple améliorer l'accès numérique et le dépôt en ligne des requêtes, de même que la signature électronique et la rédaction des jugements. Il faut également utiliser des technologies plus performantes en matière de vidéoconférence. Nous devons cesser d'utiliser les logiciels de vidéoconférence grand public et investir dans un logiciel conçu pour les tribunaux, qui soit sûr, sous notre contrôle et qui nous permette de mieux protéger les droits fondamentaux en jeu. La technologie vidéo permettra prochainement de combler le fossé entre l'audience physique et l'audience virtuelle.

### TRANSPARENCE ET/OU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE

L'utilisation croissante des technologies numériques dans l'administration de la justice pose une question intéressante, celle du conflit entre le droit à une audience publique et celui au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles des juges, parties, témoins et autres personnes assistant à une audience.

La jurisprudence des juridictions suprêmes européennes, que leurs décisions soient prononcées en vertu de la Convention ou de la Charte, nous enseigne qu'il n'existe pas de hiérarchie absolue entre les droits fondamentaux et que ces droits doivent être examinés en fonction de leur rôle dans la société, mis en balance avec d'autres droits fondamentaux selon le principe de proportionnalité et, en cas de conflit, conciliés autant que faire se peut.

Reste cependant à savoir ce que cela signifie en cas de conflit entre le droit de faire entendre publiquement sa cause et le droit à la vie privée dans une procédure judiciaire. À ma connaissance, les juridictions suprêmes européennes n'ont jamais eu à se prononcer sur cette question. Que signifient la tenue et le prononcé d'une décision en public en 2021 ?

<sup>10</sup> Cour suprême des Pays-Bas (Hoge Raad der Nederlanden), 15 décembre 2020 (ECLI:NL:HR:2020:2037).

<sup>11</sup> Cour d'appel en matière commerciale et industrielle (College van Beroep voor het bedrijfsleven - CBB), 16 février 2021 (ECLI:NL:CBB:2021:158).

La conception anglo-américaine de la justice publique est très différente de celle de nombreux pays européens. Depuis 1955, la Cour suprême des États-Unis réalise des enregistrements audio des audiences et les met à la disposition du public. Les pièces de procédure dans les affaires jugées par les juridictions fédérales sont en principe elles aussi accessibles au public. Nous devons donc nous demander quelle est notre conception, quelle est la tradition européenne. Avons-nous une tradition européenne ? La pratique de la CEDH concernant la publication des pièces de procédure et l'enregistrement des audiences semble correspondre à la conception des tribunaux des États-Unis. En revanche, la Cour de justice européenne a apparemment une approche différente.

## PIÈCES DE PROCÉDURE

S'agissant des pièces de procédure, l'article 33 du Règlement de la CEDH insiste sur le caractère public de tous les documents. La règle veut qu'ils soient accessibles au public. En revanche, devant la Cour de justice européenne, seules les parties ont accès aux documents, qui ne sont donc pas accessibles au public.

## AUDIENCES

S'agissant des audiences, durant la pandémie, la Cour européenne de justice a tenu des audiences par vidéoconférence. Elle en conserve des enregistrements audio, mais n'effectue pas d'enregistrements vidéo. Qui plus est, ces enregistrements audio sont en principe essentiellement destinés à un usage interne. Ils ne sont pas destinés aux parties et encore moins à la presse et au grand public.

L'article 63 du Règlement de la CEDH est clair : les audiences doivent être publiques.

Depuis 2007, la CEDH publie sur son site Internet des enregistrements vidéo (webcasts) des audiences. Il s'agit d'un service formidable : les audiences du matin sont accessibles en ligne le jour même, dans l'après-midi. Toutefois, ce service n'est pas sans impact sur la vie privée des personnes qui assistent à l'audience. La qualité des enregistrements est tellement bonne que les étiquettes sur lesquelles figure le nom des experts et des membres du public sont parfaitement lisibles. Grâce à l'intelligence artificielle et aux logiciels de reconnaissance faciale, il n'est alors pas difficile de découvrir des informations personnelles sur les membres du public. Est-ce le prix à payer pour que le droit à une audience publique puisse être exercé à notre époque ? La Cour devrait-elle déplacer les caméras pour que seuls les juges et les experts apparaissent ?

## DÉCISIONS

L'approche de la Cour de Strasbourg est la même s'agissant de la question de savoir s'il faudrait anonymiser la version des arrêts et décisions publiée sur son site. Elle a pour règle de publier les décisions en intégralité, sauf circonstances exceptionnelles, et laisse aux parties le soin de déposer en temps utile une demande pour que la confidentialité soit préservée<sup>12</sup>.

## CONCLUSION / DÉBAT

Les Cours de Strasbourg et de Luxembourg n'appliquent pas les mêmes procédures, ce qui peut expliquer certaines des différences soulignées. J'ai toutefois le sentiment qu'il existe aussi une différence de vision. Même si l'une comme l'autre tentent de concilier les différents droits fondamentaux en jeu, la Cour de Luxembourg fait apparemment primer la protection de la vie privée des parties sur l'intérêt d'une audience publique. À Strasbourg, c'est le caractère public de la procédure et de l'audience qui l'emporte.

Je voudrais conclure en invitant mes collègues juges à engager un dialogue sur les leçons tirées de la pandémie et sur ce conflit entre droits fondamentaux. Ce dialogue doit avoir lieu dans et entre les tribunaux, mais aussi avec le législateur et d'autres parties prenantes. Il est essentiel pour que nous trouvions un nouvel équilibre entre les droits fondamentaux précités à l'ère du numérique. Dans tous les pays, les tribunaux doivent rechercher cet équilibre, ce qui est loin d'être une tâche aisée. C'est pourquoi des orientations de la part des juridictions européennes seraient plus que bienvenues.



## María Encarnación Roca Trías

Vice-Présidente  
Cour constitutionnelle d'Espagne

### L'EXERCICE DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION PAR LES JUGES : LES RÉSEAUX SOCIAUX

L'indépendance du juge inclut l'exercice de son droit à la liberté d'expression. Cependant, divers problèmes se posent, dont celui de l'impartialité du juge, car comment un juge qui, ayant exercé ce droit et étant censé traiter une affaire sur laquelle il a déjà exprimé une opinion antérieurement et légalement peut-il statuer en toute impartialité ? Et, de plus, l'exercice par le juge de cette liberté se limite-t-il à certains moyens de communication, en excluant notamment les réseaux sociaux ?

#### A) LIBERTÉ D'EXPRESSION ET IMPARTIALITÉ

La CJUE a emprunté un chemin complexe avant de parvenir à la conclusion que l'État de droit s'applique dans l'UE. En d'autres termes, si les juges sont indépendants du pouvoir politique de chaque pays, c'est parce que l'État de droit s'applique dans l'UE, ce qui inclut l'indépendance du pouvoir judiciaire. Depuis l'arrêt *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, la voie vers des décisions préjudicielles sur les lois nationales pouvant être considérées comme violant l'indépendance judiciaire est ouverte. Je rappellerai seulement que si le droit à la liberté d'expression appartient à chacun, l'article 10 § 2 de la CESDH permet à la loi d'établir des conditions, restrictions ou sanctions à l'utilisation de ce droit, qui « sont nécessaires dans une société démocratique », lorsqu'il s'agit de garantir « l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ». Mais c'est une question que l'on pourrait qualifier aussi bien d'objective et générale que subjective, en ce qu'elle dépend du cas et du juge en question. La question est donc de savoir si un juge est totalement libre d'exprimer son opinion, et quelles en seraient les conséquences sur ses actions en tant que juge<sup>1</sup>. Un bref examen de certaines décisions de la Cour européenne des droits de l'homme permet de nous donner quelques indices.

a) Certains arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, tels que *Pitkevich c. Russie*, *Baka c. Hongrie* ou *Otegi Mondragon c. Espagne* renferment d'importantes conclusions. Toutefois, d'autres affaires examinées sous l'angle de la reconnaissance de l'exercice du droit à la liberté d'expression par le juge posent également des problèmes d'impartialité, en ce que le requérant avait demandé le constat de violation de l'article 6 § 1 de la CESDH également à raison d'un manque d'impartialité du juge.

L'affaire *Buscemi contre l'Italie* est très importante. Elle avait pour origine une procédure compliquée concernant la garde d'un enfant né hors mariage. À un certain moment, une confrontation opposa le demandeur au président du Tribunal pour enfants de Turin et des lettres furent divulguées dans la presse. Le demandeur estima que l'affaire n'aurait pas dû être examinée par un tribunal présidé par un juge qui s'était déjà exprimé dans la presse. La Cour européenne des droits de

<sup>1</sup> « VI. Liberté d'expression et contacts – Les juges exercent leur liberté d'expression d'une manière compatible avec la dignité de leur charge et en faisant preuve de loyauté envers la Cour, [...]. Les juges doivent faire usage des réseaux sociaux avec la plus grande prudence ». Cour européenne des droits de l'homme, résolution sur l'éthique judiciaire, 21 juin 2021.

<sup>12</sup> Voir les articles 33 et 47 du Règlement de la Cour et les instructions pratiques sur les demandes d'anonymat.

l'homme a rappelé la discrétion s'imposant au juge<sup>2</sup>, discrétion qui devrait le dissuader d'utiliser la presse même dans les cas où il y a eu provocation. Elle a donc conclu à une violation de l'article 6 § 1 de la CESDH.

L'impératif de discrétion et de non-recours à la presse est également présent dans les affaires d'exercice de la liberté d'expression par les juges. Ainsi, l'arrêt de la CEDH *Kayasu c. Turquie* impose une grande discrétion aux autorités judiciaires (§ 100), de sorte qu'ils ne sont pas censés utiliser la presse même en cas de provocation, en raison de l'importance de leur rôle. L'impératif de discrétion a été confirmé dans les affaires *Olujić c. Croatie* (§ 59), *Poyraz c. Turquie* (§§ 67-69), et *Di Giovanni c. Italie* (§ 80), pour ne citer que celles dans lesquelles l'exercice de la liberté d'expression du juge était directement en cause. Plus précisément, dans l'affaire *Poyraz c. Turquie* du 7 décembre 2010, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu au défaut de violation de l'article 10 de la Convention. Dans cette affaire, une action fut engagée contre un juge, chef d'un comité administratif de la Fondation pour la promotion de la justice, à la suite d'une plainte anonyme selon laquelle il faisait partie d'un groupe religieux. Ce juge fut nommé juge à la Cour de cassation. Une fois l'affaire classée, elle fut divulguée dans la presse. L'enquêteur saisit alors la CEDH pour dénoncer une violation des articles 6 § 1 et 10 de la CESDH sur la liberté d'expression. La liberté d'expression de l'enquêteur de l'affaire et l'honneur du juge concerné étaient en conflit<sup>3</sup>. Dans la mise en balance des deux droits, celui qui a divulgué l'information n'a pas été protégé. Bref, il s'agit de l'une des limites établies à l'article 10 § 2 de la CESDH.

b) Les droits fondamentaux ne sont pas absolus. Il n'est pas nécessaire d'insister sur cette règle. Mais que protège la liberté d'expression ? Une idée générale est fournie par le professeur Solozábal, quand il dit qu'elle ne protège qu'une seule activité : la communication sans entrave de la pensée<sup>4</sup>. Le juge Díez-Picazo Giménez nous dira quant à lui que la sphère protégée par la Constitution est plus celle de l'opinion que des informations<sup>5</sup>. Et tous les auteurs l'interprètent comme un droit à une liberté<sup>6</sup>.

Jusqu'à présent, la solution aux problèmes soulevés semblait évidente et la notion d'incompatibilité limpide : l'idée de dispenser les juges de siéger dans les affaires qu'ils ont entendues était plus ou moins claire, conformément, par exemple, aux règles établies à l'article 219 de la Loi organique espagnole relative au pouvoir judiciaire et il était tout aussi clair qu'un juge pouvait exercer son droit à la liberté d'expression mais devait en assumer les conséquences en ce qui concerne sa participation à l'affaire sur laquelle il avait exprimé publiquement son opinion. Il faut également faire une distinction entre les divers objets des propos exprimés, comme l'a fait la Cour européenne des droits de l'homme dans les différents arrêts qui ont été examinés et qui, selon M. Climent<sup>7</sup>, peuvent être catégorisés ainsi : critique sur le plan purement juridique, conflit avec le droit à l'honneur des autres juges et utilisation des médias en réponse.

## B) L'EXERCICE DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION PAR LES JUGES

Les limites à l'exercice de la liberté d'expression sont fixées à l'article 10 § 2 de la CESDH. Mais ceux qui exercent leur liberté d'expression doivent faire face en outre aux conséquences qui en résultent même lorsqu'elle est exercée légalement. Par conséquent, je dois avertir que les faits que je vais évoquer doivent être considérés non pas comme une sanction à l'exercice de la liberté d'expression<sup>8</sup> mais comme un moyen de protéger l'État de droit, dont l'un des rouages est

l'indépendance du pouvoir judiciaire. Celle-ci garantit l'impartialité des juges aux yeux de la société, et à cette fin, les mesures prévues par la loi doivent être prises. Conformément au point VI de la résolution de la CEDH sur l'éthique judiciaire, les juges « s'abstiennent de s'exprimer, sous quelque forme et par quelque moyen que ce soit, d'une manière qui nuirait à l'autorité ou à la réputation de la Cour, ou qui serait de nature à susciter des doutes raisonnables quant à leur indépendance ou leur impartialité. Cette règle s'applique tant à l'exercice des fonctions de juge et de représentation de la Cour qu'aux activités privées ou publiques, universitaires ou autres, menées en dehors de la Cour (...) ».

Les règles régissant les motifs de dispense et de déport des membres du pouvoir judiciaire constituent des solutions. Dans un système démocratique, l'exercice de la liberté d'expression par le juge comporte deux aspects : (i) l'aspect externe, c'est-à-dire la protection de l'État de droit et de la relation entre le juge et la société dans laquelle il est inséré, afin de garantir son indépendance, au moyen de son déport, et (ii) l'aspect interne ou subjectif consistant pour le juge lui-même à peser sa situation vis-à-vis du litige après ou parce qu'il a fait usage de sa liberté d'expression à l'égard du processus, au moyen de la dispense.

La Cour européenne des droits de l'homme applique ce qu'elle appelle le « critère objectif et subjectif » pour analyser l'attitude du juge faisant usage de son droit et l'incidence de celle-ci sur son impartialité : l'impartialité implique normalement l'absence de préjugé, mais peut être déterminée par l'approche subjective, qui consiste à vérifier la conviction personnelle de tel ou tel juge dans une affaire donnée ; et par l'approche objective, qui consiste à vérifier si le juge offre des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime à cet égard<sup>9</sup>. L'application la plus claire de ces principes se trouve dans l'affaire *Otegi c. Espagne* (§ 57), où il est dit que « même les apparences peuvent revêtir de l'importance » ou, en d'autres termes, « il faut non seulement que justice soit faite, mais aussi qu'elle le soit au vu et au su de tous » (voir arrêt *De Cubber*, § 26). « Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables. Tout juge dont on peut légitimement craindre un manque d'impartialité doit donc se déporter » (c'est nous qui soulignons).

## C) JUGES ET RÉSEAUX SOCIAUX

La question de l'application concrète des principes étudiés jusque-là va à présent se poser en ce qui concerne l'usage par les juges d'un autre système de communication, cette fois plus étendu, plus immédiat et de portée générale, à savoir les réseaux sociaux. Il ne s'agit plus de se demander si les juges ont ou non le droit d'exercer leur liberté d'expression, ni si cet exercice risque de nuire à leur impartialité ou du moins à l'apparence d'impartialité qui devrait exister. C'est ce qu'accepte déjà la CEDH dans sa jurisprudence et, ses arrêts étant d'application générale, les pays adhérant à la Convention européenne des droits de l'homme disposent ainsi de critères énumérés applicables aux fins du règlement de chaque cas d'espèce. Il s'agit maintenant d'examiner si ces nouveaux moyens de communication sociale ont ou non une incidence sur les considérations exposées ci-dessus, bref s'il faut les assimiler à la presse, à la radio et aux médias traditionnels au sujet desquels la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion d'être saisie ou s'ils appellent l'énoncé d'un ensemble de critères nouveaux et différents. À cet égard, le résumé relatif à l'accessibilité des réseaux rédigé en avril 2010 par le Comité des codes de conduite de la Conférence judiciaire américaine peut revêtir un intérêt. Je sais que davantage de réseaux sociaux sont apparus depuis lors mais je pense que, bien qu'ayant des caractéristiques différentes, ils peuvent être assimilés à ceux qui y sont décrits. Selon ce document<sup>10</sup>, les réseaux sociaux permettent la constitution en ligne de communautés de personnes qui partagent des intérêts ou des activités. Ils permettent de créer et de modifier des profils professionnels ou personnels qui contiennent des informations pouvant être

2 Arrêt *Buscemi c. Italie* §§ 67-69.

3 *Poyraz c. Turquie*, 7 décembre 2010, §§ 78-80.

4 Solozábal Echavarría, J. J. « La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales », *Revista Española de Derecho Constitucional*, 32, 1991, p. 81.

5 Díez-Picazo Giménez. *Sistema de Derechos Fundamentales*. Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters. 2013, p. 317.

6 Villaverde, *Commentarios a la Constitución española*, art. 20 CE, 2018, I, p. 595.

7 Climent Gallart, J. A., *La jurisprudencia del TEDH sobre la libertad de expresión de los jueces*, *Revista Boliviana de Derecho*, 25, 2018, Pp 526-534.

8 Comme cela semble se déduire de ce qui s'est passé dans les affaires *Baka c. Hongrie*.

9 *Olujić c. Croatie*, §§ 59, 60, citant entre autres l'arrêt *Buscemi*.

10 Comité des codes de conduite, Conférence judiciaire des États-Unis, Ensemble de ressources pour l'élaboration de lignes directrices sur l'utilisation des réseaux sociaux par les employés de la justice, avril 2010.

consultées par d'autres personnes sur des réseaux sociaux que d'autres peuvent créer ou rejoindre. Selon le document auquel je me réfère, il convient de faire une distinction entre les réseaux sociaux qui offrent des connexions personnelles et les réseaux professionnels, quels qu'ils soient.

Voici une typologie des différents réseaux existant actuellement :

- (i) **Facebook** : offre une voie facile pour que les gens puissent rester en contact et être sur le réseau, sans avoir besoin de créer un site web ;
- (ii) **LinkedIn** : il est davantage utilisé dans le monde des affaires et offre des systèmes de promotion ;
- (iii) **Blog** : c'est un type de site web dans lequel sont exposés des commentaires, des nouvelles, des journaux intimes en ligne ; parfois il permet de se connecter pour ajouter des commentaires, partager des images et se combiner avec d'autres blogs ;
- (iv) **Twitter** : combine la messagerie instantanée et le blog ; il repose sur des textes de 140 caractères au maximum, qui sont affichés sur la page de l'auteur à ses abonnés, appelés « followers » ou « amis » ; vous pouvez ouvrir ou fermer l'accès à un cercle d'amis, ou définir un accès ouvert ;
- (v) **YouTube** est un système de partage de vidéos.

La classification des différentes formes de communication dans les réseaux sociaux conduit à une question : existe-t-il une différence entre les réseaux sociaux traditionnels et les nouveaux réseaux électroniques ? Je répondrais par la négative, en ce qu'ils ont tous un élément commun, à savoir la communication de nouvelles ou d'opinions à une partie de la population qui se trouve en dehors du noyau où les nouvelles sont générées. Par conséquent, à première vue, il faut considérer que les règles qui peuvent être déduites des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme doivent également être appliquées aux réseaux sociaux. C'est ainsi que le point VI in fine, de la résolution citée, appelle à la prudence : « Les juges doivent faire usage des réseaux sociaux avec la plus grande prudence ».

Au sein de différents groupes de travail internationaux consacrés aux questions d'indépendance, d'impartialité et d'intégrité des juges, une série de questions ont été soulevées, qui ont trait à l'utilisation des réseaux sociaux par les juges et aux conséquences qui peuvent en résulter dans la protection des principes censés régir leurs actions car il ne faut pas oublier que « l'indépendance des juges est un droit de tout citoyen dont la protection et la défense constituent un élément fondamental des devoirs professionnels du juge, et non un privilège personnel tiré de son statut »<sup>11</sup> (c'est nous qui soulignons). Selon la résolution de la CEDH, déjà citée, « les juges sont indépendants de toute institution, organisation ou autorité publique nationale ou internationale et de toute entité privée » (point II)<sup>12</sup>.

La question de la participation des juges aux réseaux sociaux a également des répercussions dans la presse spécialisée. Par exemple, le 24 mai 2019, Colin Perkel a publié dans La presse canadienne un article intitulé La présence des juges dans les réseaux sociaux, dans lequel il se demandait s'il était juste et également souhaitable d'exiger que le pouvoir judiciaire reste isolé et éloigné de tout engagement social actif<sup>13</sup>.

Je pense que la règle de principe reste la même que celle que j'ai défendue jusqu'à présent : les juges peuvent utiliser les réseaux sociaux. Comme l'indique la déclaration de Doha<sup>14</sup>, « il est important que les juges, tant en tant que citoyens dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires, s'engagent auprès des communautés dans lesquelles ils servent » et, par conséquent, « l'intérêt public de cet engagement doit être mis en balance avec la nécessité de maintenir la confiance du public dans le pouvoir judiciaire, le droit à un procès équitable, ainsi que l'impartialité, l'intégrité et l'indépendance du système judiciaire dans son ensemble ».

Nous pouvons distinguer différentes situations :

- 1° **Les réseaux sociaux institutionnels**. Ce sont ceux par lesquels les tribunaux font connaître leurs décisions, la structure des tribunaux, le fonctionnement de l'administration de la justice, etc. On en trouve un exemple sur le site web <http://www.poderjudicial.es>. Ces réseaux ne posent généralement aucun problème et contribuent à rendre la justice plus accessible, plus transparente et à renforcer la confiance du public dans la compréhension du fonctionnement des tribunaux<sup>15</sup>.
- 2° **Les réseaux sociaux que forment des groupes de personnes pour discuter des problèmes liés à leur profession**. Par exemple, lorsqu'un blog est créé exclusivement pour débattre de jugements sur un point spécifique. Ces blogs ne devraient pas non plus poser de problèmes majeurs lorsqu'ils se limitent à l'échange d'opinions et ne cherchent pas à imposer des avis juridiques sur l'affaire dont tel ou tel juge est saisi.
- 3° Le point le plus important est **l'utilisation personnelle des réseaux sociaux**.

C'est là que se posent les problèmes les plus épineux.

## D) INDÉPENDANCE SUR LES RÉSEAUX SOCIAUX

Aucun des documents de *soft law* consacrés à la participation des juges aux réseaux sociaux et qualifiés de « règles éthiques » ne fait rien d'autre que recommander la prudence et non d'imposer des sanctions. À titre d'exemple, le Code de déontologie de la carrière judiciaire, approuvé par le Conseil général du pouvoir judiciaire espagnol, indique expressément dans son préambule que « le régime disciplinaire n'a rien à voir avec la déontologie judiciaire », puisque celle-ci « n'est concevable qu'en termes de strict volontariat et d'absence de responsabilité juridique » et ajoute qu'« elle fonctionne comme un stimulant positif puisqu'elle vise l'excellence », ce qui se traduit par « la promesse d'une bonne justice dans la mesure où elle intègre les qualités nécessaires pour atteindre le but qui lui est assigné par la Constitution : la protection des droits des citoyens ». Ainsi, au point 9, il est indiqué que « les juges doivent se conduire et exercer leurs droits dans toutes les activités où ils sont reconnus comme tels de manière à ne pas compromettre ou nuire à la perception que la société a de l'indépendance du pouvoir judiciaire dans un État démocratique régi par l'État de droit ». Comme je l'ai déjà dit, ce document ne fait pas du tout référence à la problématique des réseaux sociaux ; cependant, l'avis de la Commission de déontologie judiciaire<sup>16</sup> daté du 25 février 2019 (consultation 10/2018) répond aux questions soulevées sur l'utilisation par les juges de n'importe quel réseau social. Elle parvient aux conclusions suivantes : (i) rien ne s'oppose à ce qu'un juge utilise un pseudonyme, sans pour autant qu'il puisse s'en servir pour contourner les règles régissant ses actions ; (ii) il faut distinguer les groupes fermés que j'ai évoqués ci-dessus et le libre accès (dans ce dernier cas, l'analyse sous l'angle éthique est plus complexe) ; (iii) lorsqu'il s'agit de donner des avis sur des questions juridiques, il faut garder à l'esprit qu'ils peuvent « compromettre non

<sup>11</sup> Conseil général du pouvoir judiciaire espagnol, *Code d'éthique de la magistrature*, Principe 1

<sup>12</sup> « **II. Indépendance**. Dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires, les juges sont indépendants de toute institution, organisation ou autorité publique nationale ou internationale et de toute entité privée. Ils doivent être libres de toute influence injustifiée, qu'elle soit interne ou externe, directe ou indirecte. Ils s'abstiennent de toute activité, de tout commentaire et de toute association, refusent toute instruction et évitent toute situation pouvant être interprétés comme nuisant à l'exercice de leurs fonctions judiciaires ou comme étant de nature à nuire à la confiance que le public se doit d'avoir en leur indépendance ».

<sup>13</sup> [www://lapresse.ca/actualites/justice-et-faits-divers/actualites-judiciaires/201903/24/01-5219425](http://lapresse.ca/actualites/justice-et-faits-divers/actualites-judiciaires/201903/24/01-5219425). Quelques mois plus tard, le 30 octobre de la même année, Marine Babonneau a publié dans Dalloz Actualité un article intitulé « Réseaux sociaux et pouvoir judiciaire : la nécessaire « incarnation » ? », dans lequel elle relate le cas d'un juge espagnol qui, sur Twitter, s'était exprimé sur les raisons de la violence conjugale, et résume un colloque sur l'influence des réseaux sociaux sur le comportement des juges, organisé par l'École nationale de la magistrature française et dirigé par la juge Clémence Caron, [www.dalloz-actualite.fr/flash/reseaux-sociaux-et-pouvoir-judiciaire-necessaire-incarnation#YA1XeOhKjIU](http://www.dalloz-actualite.fr/flash/reseaux-sociaux-et-pouvoir-judiciaire-necessaire-incarnation#YA1XeOhKjIU).

<sup>14</sup> UNODOC, « Lignes directrices non contraignantes sur l'utilisation des réseaux sociaux par les juges », Déclaration de la Doha : PROMOUVOIR UNE CULTURE DE LA LÉGALITÉ, Réseau mondial pour l'intégrité judiciaire.

<sup>15</sup> Elles figurent au point 11 du document cité dans la note de bas de page précédente (note 10), qui dispose que : « L'utilisation institutionnelle (par opposition à individuelle) des réseaux sociaux par les tribunaux peut, dans des circonstances appropriées, être un outil de promotion valable de : (a) l'accès à la justice ; (b) l'administration de la justice et en particulier l'efficacité judiciaire et le traitement rapide des affaires ; (c) la responsabilité ; (d) la transparence et (e) la confiance du public dans la compréhension et le respect des tribunaux et du pouvoir judiciaire ».

<sup>16</sup> CGPJ, avis de la Commission d'éthique judiciaire espagnole du 25 février 2019 (consultation 10/2018).

seulement l'apparence d'impartialité » mais aussi, dans certaines circonstances, avoir une incidence sur l'impartialité, l'indépendance et l'intégrité du juge lui-même ; (iv) l'utilisation des mots « ami » ou « follower » sur un réseau social ne compromet pas l'indépendance et l'impartialité du juge. Les mêmes conclusions sont exposées dans l'avis précité de cette même commission du 14 janvier 2021.

Les conclusions de cet avis vont dans le sens de ce qui a été dit jusqu'à présent, c'est-à-dire que dans l'exercice de leur liberté d'expression, les juges peuvent exprimer ou non leurs opinions juridiques mais que l'apparence d'indépendance et d'impartialité peut s'en trouver atteinte, de sorte que, conformément à ce que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a souligné, il existe un devoir éthique de prudence et de retenue<sup>17</sup>.

Le régime décrit ci-dessus doit avoir ses exceptions, qui ne sont autres que celles relatives, par exemple, aux situations politiques extrêmes, au non-respect par les autorités publiques des droits fondamentaux ou des règles de l'État de droit, etc. Les juges sont autorisés, dans l'exercice de leur liberté d'expression, à s'exprimer dans de tels cas, peu importe les moyens qu'ils utilisent à cette fin.

Les solutions aux affaires examinées par la CJUE et la Cour européenne des droits de l'homme sont tout à fait applicables.

Dans ces conditions, quelles seront les conséquences d'un exercice « imprudent » de la liberté d'expression sur les réseaux sociaux ? Il y a une première réponse : à moins que ne soit concerné l'un des cas dans lesquels, selon les règles régissant la discipline judiciaire, une sanction est prévue, il faut protéger l'indépendance et l'impartialité des juges, qui sont des piliers de l'État de droit. En d'autres termes, le système constitutionnel érige en éléments essentiels l'indépendance et l'impartialité du pouvoir judiciaire, si bien que l'exercice légitime de la liberté d'expression doit emporter des conséquences. C'est pourquoi je pense que l'on peut distinguer deux groupes d'éléments :

- (i) les aspects extérieurs et caractéristiques à chaque juge, pour lesquels existent les mécanismes de déport et de dispense. Un juge qui a légitimement exprimé un avis sur des questions juridiques susceptibles de revêtir pour lui un intérêt, soit avant, soit après avoir formulé l'avis correspondant, peut se déporter. En d'autres termes, le juge peut être soupçonné de partialité ou de préjugés ou prédispositions à l'égard d'une solution particulière, comme le disent les principes de Bangalore<sup>18</sup>. Cette situation peut intervenir à la suite de manifestations physiques, d'avis juridiques antérieurement exprimés, ou de l'adhésion à un parti politique particulier<sup>19</sup>. Il en va de même des relations familiales ou amicales.

- (ii) Les aspects internes, pour lesquels le juge peut ou plutôt doit se déporter. Il est donc logique que le système judiciaire espagnol y voit des motifs de déport, car il s'agit de reconnaître l'existence d'aspects extérieurs, ce qui permet à un tiers éventuellement concerné d'exclure du procès le juge qui a exprimé son opinion ou qui a des relations de parenté ou d'amitié avec une personne liée au procès. Et en même temps, ces aspects ont des conséquences sur le juge lui-même, qui sait que, pour ces raisons, il doit s'abstenir de participer au procès en question. Ainsi, les causes de dispense et de déport sont concrètement des garanties de l'impartialité et de l'indépendance effectives du juge.

## E) CONCLUSION

Tout ce qui a été dit jusqu'à présent conduit à une seule conclusion : les principes d'indépendance et d'impartialité des juges sont un élément indispensable à l'État de droit. Le statut des juges ne peut faire obstacle à l'exercice par eux de leur liberté d'expression, quel que soit le moyen qu'ils utilisent à cette fin. Les juges doivent toutefois en assumer les conséquences, faute de quoi la présomption d'impartialité pourra s'en trouver atteinte. Ils pourront alors invoquer les motifs de déport et de dispense, et ce n'est que de cette manière que les principes de l'État de droit seront respectés.

## ABRÉVIATIONS

CESDH : Convention européenne des droits de l'homme.

CEDH : Cour européenne des droits de l'homme.

CGPJ : Conseil général du pouvoir judiciaire. Espagne.

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne.

UNODOC : Office des Nations unies contre la drogue et le crime.

<sup>17</sup> Une étude de droit comparé intéressante est celle d'Ordóñez Solís. « Mais bon, les juges sont aussi sur les réseaux sociaux !!! », Diario LA LEY, n° 8762, du 16 mai 2016. Aussi, le point V de la résolution de la CEDH.

<sup>18</sup> Valeur 2 : Impartialité. 2.1, n° 57 : « La partialité ou le préjugé se définit par une sympathie, une inclination, une préférence ou un favoritisme envers un camp ou un autre ou envers un résultat particulier. Dans son application aux procédures judiciaires, elle représente une tendance à trancher une question ou à statuer sur une affaire d'une certaine manière qui ne laisse pas l'esprit judiciaire entièrement ouvert à une condamnation. [...] ». Ou, comme dit le point III de la résolution précitée : « Les juges sont impartiaux et veillent à ce que leur impartialité se reflète dans l'exercice de leurs fonctions. Ils veillent à éviter tout conflit d'intérêts ainsi que toute situation, au sein de la Cour et en dehors de celle-ci, qui pourrait raisonnablement être perçue comme génératrice d'un conflit d'intérêts. Ils ne participent à aucune affaire qui pourrait présenter un intérêt personnel pour eux. Ils s'abstiennent de toute activité, de tout commentaire et de toute association pouvant être interprétés comme étant de nature à nuire à la confiance que le public se doit d'avoir en leur impartialité. »

<sup>19</sup> Principes de Bangalore. Valeur 2 : Impartialité. 2.2, n° 65 : « En dehors du tribunal, un juge doit éviter l'utilisation délibérée de mots ou de comportements qui pourraient raisonnablement créer une perception de manque d'impartialité [...]. L'activité politique partisane d'un juge ou ses déclarations extrajudiciaires concernant une controverse publique peuvent porter atteinte à son impartialité et créer une confusion publique sur la nature des relations entre le pouvoir judiciaire et les pouvoirs exécutif et législatif [...] ». Un cas intéressant d'application du principe de l'impartialité du Tribunal constitutionnel est celui du déport du président Pérez de los Cobos en raison de son adhésion à un parti politique, qu'il a quitté peu après (voir AATC 180/2013 du 17 septembre 2013 et 238/2013, du 21 octobre 2013, qui ont écarté l'un des motifs de déport prévus à l'article 219)



## Rajko Knez

Président,  
Cour constitutionnelle de Slovénie

### VIE PRIVÉE ET TECHNOLOGIES NUMÉRIQUES (JUGES ET TÉMOINS)

#### INTRODUCTION

Plus qu'il n'entraîne le déclin et l'affaiblissement de la politique comme l'avait prédit la philosophie, le progrès technologique met à sa disposition un nouvel outil et de nouveaux moyens. Même si ce phénomène est surtout positif, il peut aussi influencer sur notre vie privée (et notre dignité)<sup>1</sup>. Les nombreux progrès technologiques, en particulier numériques, que nous connaissons aujourd'hui placent les systèmes juridiques (nationaux et internationaux) face à des transformations rapides et profondes. Ce qui appartenait autrefois à la science-fiction est, du moins dans une certaine mesure, devenu réalité. Ce qui peut être considéré comme une arme importante à la disposition des autorités pour lutter contre la délinquance et garantir l'ordre et la sécurité publics peut cependant aussi facilement entraîner des atteintes à des droits de l'homme tels que la vie privée et la dignité humaine.

Les défis à relever par les systèmes juridiques sont nombreux : (i) les technologies évoluent plus vite que les cadres juridiques ; (ii) les règles diffèrent d'un État à l'autre ; (iii) les effets des technologies ne sont pas toujours faciles à anticiper et la jurisprudence (internationale) évolue également (quoique trop lentement) ; (iv) ce sont principalement les plus hautes juridictions européennes (la Cour européenne des droits de l'homme (« la CEDH ») et la Cour de justice de l'Union européenne (« la CJUE ») qui fixent les normes (normes minimales et normes applicables au sein de l'Union européenne) ; (v) le raisonnement juridique est complexe, peu accessible, et il n'existe pas de solution ou critère applicable à toutes les affaires ; (vi) il est nécessaire d'adopter une approche permettant une appréciation à chaque étape d'un processus (par exemple, des « garanties de bout en bout »<sup>2</sup>) ; (vii) les problèmes qui se posent ne sont pas les mêmes selon qu'ils se posent entre les autorités et les individus ou entre les individus, mais ils se recoupent souvent. Pour dire les choses simplement, les technologies numériques ont des effets considérables.

Je vais axer mon propos sur plusieurs points. Je commencerai par distinguer les conséquences de l'évolution du numérique sur les relations verticales de ses effets sur les relations horizontales. J'aborderai ensuite plus largement le pouvoir de la technologie numérique en ce qui concerne les branches exécutive et législative. Enfin, j'évoquerai le rôle de l'appareil judiciaire et l'importance de la CEDH à cet égard.

### CONSÉQUENCES DE L'ÉVOLUTION DU NUMÉRIQUE SUR LES RELATIONS VERTICALES ET HORIZONTALES

Il est facile de distinguer deux catégories de questions posées par l'évolution du numérique : celles qui ont une dimension verticale et celles qui ont une dimension horizontale. Dans le premier cas, les institutions compétentes disposent de technologies avancées qu'elles utilisent dans leurs relations avec les individus pour garantir la sécurité, prévenir la délinquance, etc. Dans le deuxième – la dimension horizontale –, l'essor d'Internet, et en particulier des réseaux sociaux, permet aux individus de toucher de manière quasi illimitée, très rapidement et sans effort (qui plus est anonymement) non seulement les autres individus, mais aussi le grand public.

À chacune de ces dimensions sont associés d'énormes problèmes. D'après moi, ces problèmes sont liés à la question de savoir si la vie privée est menacée par l'évolution rapide et profonde du numérique au point qu'il faille la protéger davantage en adoptant des mesures dissuasives et des garanties plus vastes. Il en va selon moi particulièrement ainsi pour ce qui est de la dimension verticale (c'est-à-dire lorsque les actes de la puissance publique sont en cause).

Ainsi, la même technologie peut à la fois être un moyen de prévenir la délinquance et, par exemple, d'identifier et de suivre les sources d'un journaliste, de déchiffrer nos codes bancaires, d'intercepter nos conversations téléphoniques à notre insu, pour ne citer que quelques exemples. Cela ne pose pas seulement un problème de respect de la vie privée. À chaque fois que le législateur et le gouvernement utilisent leurs pouvoirs pour exercer un contrôle sur les individus ou une surveillance générale, le principe de légalité entre également en jeu. L'étendue et les limites de ces mesures doivent faire l'objet d'amples débats dans le cadre des procédures démocratiques. Elles doivent d'abord être examinées dans le cadre de discussions parlementaires, puis être soumises à un contrôle juridictionnel.

La situation est différente s'agissant des relations horizontales. Internet et les réseaux sociaux permettent aux individus de toucher très rapidement le grand public. Les filtres, cookies, algorithmes et autres technologies permettent non seulement de sélectionner ce que nous avons envie de lire, voir et entendre (ce qui nuit au pluralisme sans que nous nous en apercevions réellement, c'est-à-dire doucement mais sûrement), mais aussi de proférer des attaques, insultes et injures personnelles. Même si l'on juge ces phénomènes nécessaires dans une société démocratique, nous devons nous demander où placer le curseur. Existe-t-il une limite au-delà de laquelle on bascule dans un excès de démocratie (ou ultra-démocratie) ? Avons-nous besoin d'une nouvelle définition du concept de vie privée pour protéger les victimes ? Peut-on réellement réserver un traitement différent à certaines plateformes ? Twitter, par exemple, est parfois considéré comme un réseau social qui incarne une sous-culture en matière d'expression et de communication. On pourrait en déduire qu'il faut réserver un traitement différent aux réseaux sociaux et, par voie de conséquence, apprécier différemment les affaires de diffamation. Ces évolutions concernent le respect non seulement de la vie privée, mais aussi la dignité des personnes, qui peut être mise à mal beaucoup plus facilement. Je suis convaincu que le progrès technologique ne peut pas justifier un affaiblissement de la protection de la dignité humaine. Nous pouvons espérer la même protection à l'ère du numérique, dans les relations verticales comme horizontales.

### LE POUVOIR JUDICIAIRE ET LA CEDH DOIVENT SERVIR DE BOUSSOLE

Quel est le rôle de la loi, de l'appareil judiciaire et des juges (nationaux) et quelle est notre responsabilité dans un État moderne qui utilise des technologies sophistiquées<sup>3</sup> ? Les juridictions supérieures définissent aussi des notions telles que la dignité et la vie privée en restreignant le pouvoir politique. Premièrement, il faut tenir compte de la situation dans son ensemble. Ceux qui ont accès aux technologies et à l'information sont puissants. L'extension du pouvoir est aussi une forme de

<sup>1</sup> Deux valeurs qui interagissent l'une avec l'autre et se renforcent mutuellement.

<sup>2</sup> Lorsque le processus d'appréciation est encadré par des « garanties de bout en bout », cela signifie qu'au niveau national, la nécessité et la proportionnalité des mesures prises doivent être appréciées à chaque étape du processus.

<sup>3</sup> Cette question ne concerne pas seulement les juges : même les témoins peuvent facilement s'immiscer dans la vie privée d'une personne, par exemple en l'enregistrant en train de commettre un acte quelconque pour pouvoir produire cet enregistrement comme preuve. Il est toutefois difficile pour les individus de savoir si une intrusion dans la vie privée risque d'entraîner l'irrecevabilité d'une preuve voire une mise en cause de leur propre responsabilité.

tendance téléologique. Une ingérence peut avoir pour but de limiter les droits individuels mais aussi les droits collectifs. Élargir les pouvoirs peut aussi avoir un but légitime, mais cette possibilité ne suffit pas. La poursuite d'un but légitime n'est que le premier d'une série de critères, qui plus est un critère facile à satisfaire. Ceux qu'il faut apprécier ensuite sont plus importants et plus complexes. Pour peu que l'un d'eux ne soit pas garanti, la règle nationale franchit la ligne rouge. Ce franchissement peut fort bien ne pas être intentionnel. Plus les évolutions sont rapides et profondes, plus les règles sont nombreuses, complexes et détaillées. Pour reprendre les mots de la CEDH elle-même, en principe, plus les objectifs sont larges, plus le risque d'abus est grand. En conséquence, dans les domaines où les autorités ont beaucoup à gagner, il peut arriver que la retenue qu'elles s'imposent elles-mêmes ne suffise pas. La tentation peut être une chose dangereuse. La démocratie, qui est un système lent et complexe (parfois difficile à comprendre), et le progrès technologique, qui est rapide et que rien ne semble pouvoir arrêter, peuvent facilement entrer en contradiction l'une avec l'autre.

Par conséquent, l'enjeu ne réside pas tant dans la vie privée ou dans la dignité que dans la recherche du juste équilibre. Mettre en balance un but légitime et les garanties relatives à la vie privée n'est pas une tâche aisée<sup>4</sup>. De surcroît, un même critère n'est pas nécessairement adapté à toutes les affaires. Il est donc nécessaire de faire constamment évoluer la jurisprudence, ce que la CEDH a joliment exprimé dans l'arrêt *Big Brother Watch*<sup>5</sup>. La CEDH fait un travail important. Elle nous fournit des indications (un minimum) à prendre en compte dans la mise en balance<sup>6</sup>.

La CEDH est une indispensable boussole dans ces circonstances, c'est-à-dire lorsque les systèmes juridiques internes se mettent (lentement) au diapason du progrès technologique (l'arrêt *Big Brother Watch* en apporte la preuve). Dans un contexte marqué par la diversité et les lacunes de la réglementation, entre autres, elle fournit au juge national des indications détaillées, précises, complètes, audacieuses et équilibrées. Dans des arrêts tels que *Roman Zakharov*<sup>7</sup>, *Weber et Saravia*<sup>8</sup>, *Gaughran*<sup>9</sup>, *Centrum för rättvisa*<sup>10</sup>, *Big Brother Watch* et bien d'autres, elle a élaboré des règles qui doivent se diffuser jusqu'aux systèmes juridiques internes. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne doit elle aussi être prise en compte. Il s'ensuit, pour le pouvoir législatif comme exécutif, une obligation d'appliquer la jurisprudence ex ante lors de la formulation (ou de la réforme) des cadres juridiques et pour le pouvoir judiciaire national, une obligation de la prendre en compte ex post dans les affaires dont il a à connaître.

Dans ses arrêts, la CEDH insiste (entre autres) sur les éléments suivants : (i) la transparence d'une mesure et sa nécessité dans une société démocratique constituent les points de départ essentiels de l'appréciation ; (ii) les mesures qui ont été adoptées pour atteindre des buts légitimes et dans l'intérêt de la sécurité publique, de l'ordre public et de la prévention de la délinquance doivent faire l'objet d'un contrôle supplémentaire au moyen de critères ; à cet égard, les objectifs doivent être examinés avec diligence (ils doivent être pris au sérieux, et c'est ce que fait la CEDH) ; et (iii) des critères d'appréciation des mesures doivent être rigoureusement appliqués dans chaque affaire – la possibilité d'adopter des mesures moins intrusives, des garanties de bout-en-bout à chaque étape du processus, une précision suffisante des mesures, le choix de sélecteurs forts et appropriés, la définition de limites quant aux éléments qu'il est possible de collecter, d'intercepter et de communiquer, le degré de protection et les garanties existant dans l'État destinataire, l'existence d'un contrôle indépendant et d'un contrôle a posteriori, etc. Or, les affaires concernées sont très nombreuses au quotidien.

## CONCLUSION

Dans le domaine du droit, dès lors qu'il y a d'un côté un individu vulnérable et de l'autre un État puissant ayant à sa disposition des outils très efficaces, le pouvoir judiciaire doit jouer son rôle avec application. Il me semble que l'histoire a montré que la combinaison des ingrédients suivants était dangereuse : (i) un groupe (ou un individu) vulnérable ; (ii) des préjugés à l'encontre de ce groupe ; (iii) un État soutenu par le pouvoir politique ; et (iv) la possession d'outils efficaces (les technologies) par l'État. C'est pourquoi le pouvoir judiciaire doit être celui qui, finalement, fixe les limites si les deux autres branches du pouvoir ne le font pas.

Dans les États membres de l'Union européenne, les juridictions internes doivent également appliquer les règles de l'Union européenne et la jurisprudence de la CJUE, et ce de manière parfaitement synchronisée, sans créer d'insécurité juridique. La raison en est que la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de l'UE portent sur des thématiques communes, mentionnées plus haut. Certaines différences peuvent cependant être observées : le droit de l'UE est parfois beaucoup plus détaillé. Le cadre juridique de l'UE est également, entre autres, composé de directives qui contiennent des règles détaillées (et complexes) sur le commerce électronique, la protection des données, la protection des données à caractère personnel dans le cadre des communications électroniques, et sur bien d'autres sujets. La jurisprudence de la CEDH repose principalement sur une interprétation large de l'article 8. En conséquence, concrètement, une affaire peut également être tranchée à la lumière d'une interprétation plus large. Les deux approches se défendent.

Ce que nous avons dit plus haut sur la manière de trouver le juste équilibre entre dignité et protection de la vie privée d'un côté et sécurité de l'autre est également capital à cet égard. Il est ici question des deux faces d'une même réalité. Imaginons que ces questions soient appréciées à travers le seul prisme des garanties, sans prise en compte de la sécurité (qui protège aussi les libertés individuelles), l'appréciation serait faussée.

J'ajoute qu'une approche comparative est absolument nécessaire. Les juges doivent apprendre les uns des autres. Les évolutions numériques ne connaissent pas de limites. Tel n'est pas le cas des systèmes juridiques, mais une approche comparative et les orientations fournies par la CEDH (et la CJUE) nous permettront de trancher les affaires dans le même sens. Comme l'a fait observer la juge Ziemele lors de l'ouverture d'une précédente année judiciaire, l'Europe étant un espace au sein duquel des valeurs minimales sont partagées, il est important qu'au sein de cet espace juridique commun, les tribunaux aient la même approche vis-à-vis des valeurs.

Je ferai encore une remarque, tirée de ma propre expérience. À chaque fois que le monde du droit est confronté à des questions (très) complexes autres que juridiques (comme la technologie), il ne les comprend pas toujours parfaitement. Or, pour être capables de statuer, nous devons les comprendre, parfois dans les moindres détails. Nous devons donc aussi avoir des connaissances plus larges, des connaissances sur les technologies. Un juge qui conjugue une connaissance du droit et une bonne compréhension des technologies peut statuer en toute confiance.

Ce n'est cependant pas suffisant. La perception par chaque juge des effets (de ce pouvoir de contrôle) est aussi importante. C'est ce que je retiens après avoir eu à statuer sur ce type d'affaires. Cette perception comprend elle-même deux éléments : un sens de la dignité humaine et un sens de l'éthique. Il s'agit donc de valeurs, c'est-à-dire de quelque chose que la technologie, même lorsque les autorités de l'État en font un usage prudent, ne doit pas écarter. L'utilisation (abusive) des technologies peut avoir des effets irréversibles. C'est pourquoi l'appareil judiciaire de l'espace juridique européen, y compris les deux plus hautes juridictions européennes, doivent adopter une approche réfléchie et audacieuse.

4 C'est la raison pour laquelle le pouvoir judiciaire doit rester totalement indépendant. Le priver de sa liberté d'agir (ce qui n'est pas le sujet de mon discours) affaiblirait la protection des individus et les garanties collectives.

5 Dans les affaires *Weber et Saravia* et *Liberty et autres*, la CEDH a appliqué les garanties minimales énoncées dans sa jurisprudence relative aux interdictions ciblées. Cependant, compte tenu des progrès technologiques qui ont eu lieu dans l'intervalle, l'étendue de la surveillance en cause dans ces affaires aurait été beaucoup plus limitée : l'interception ciblée et l'interception en masse présentent des différences importantes. Voir *Big Brother Watch et autres c. Royaume-Uni*, n° 58170/13 et 2 autres, 25 mai 2021.

6 D'un côté de la balance, il faut mettre le but légitime poursuivi. De l'autre côté, il faut apprécier si les garanties appliquées protègent suffisamment la vie privée (et la dignité), si des mesures moins intrusives auraient pu être prises, etc.

7 *Roman Zakharov c. Russie* [GC], n° 47143/06, CEDH 2015.

8 *Weber et Saravia c. Allemagne* (déc.), n° 54934/00, CEDH 2006 XI.

9 *Gaughran c. Royaume-Uni*, n° 45245/15, 13 février 2020.

10 *Centrum för rättvisa c. Suède* [GC], n° 35252/08, 25 mai 2021..

**AUDIENCE SOLENNELLE  
DE LA COUR EUROPÉENNE  
DES DROITS DE L'HOMME  
À L'OCCASION DE L'OUVERTURE  
DE L'ANNÉE JUDICIAIRE**



## Robert Spano

**Président de la Cour européenne  
des droits de l'homme**

### ALLOCUTION D'OUVERTURE

Mesdames et Messieurs les Présidents des Cours constitutionnelles et des Cours suprêmes, Madame la Secrétaire Générale du Conseil de l'Europe, Monsieur le Président des Délégués des Ministres, Excellences, Mesdames, Messieurs,

Je vous remercie en mon nom et en celui de tous mes collègues, d'avoir bien voulu assister à cette audience solennelle de la Cour européenne des droits de l'homme. Votre présence, dans la période difficile que nous traversons, témoigne du respect et de la considération que vous portez à notre juridiction.

L'audience d'aujourd'hui revêt à mes yeux une signification particulière. En effet, en janvier de cette année, la situation sanitaire ne nous a pas permis de nous retrouver pour notre rendez-vous traditionnel. Mais je tenais absolument à ce que nous puissions nous réunir au moins une fois en 2021.

Je me réjouis d'autant plus de pouvoir compter sur votre présence que, nous le savons, la pandémie n'est pas totalement derrière nous. C'est pourquoi nous avons été contraints de limiter le nombre de participants à cet événement et je vous remercie pour votre compréhension.

Je souhaite, pour commencer mon propos, vous dire que la Cour, comme vos juridictions respectives, s'est adaptée à la situation inédite née de la crise de la COVID-19. Depuis le premier confinement et sans interruption, tous les services de la Cour ont parfaitement fonctionné. Nous avons continué à assurer notre mission. Pendant cette période, les nouvelles technologies ont démontré à quel point elles sont devenues indispensables. Elles nous ont véritablement permis de continuer à travailler, même à distance et à rendre des arrêts et des décisions.

À titre indicatif, nous avons tranché 39 190 requêtes au cours de l'année 2020, soit une légère diminution de 4 % par rapport au chiffre de 2019 où il s'élevait à 40 667. Toutefois, et c'est le point le plus important, si on examine uniquement le nombre de requêtes terminées par un arrêt rendu soit par la Grande Chambre soit par les chambres, il y en a eu 556 en 2020 et 455 en 2019, soit une augmentation de 22 %. Ceci témoigne de notre volonté de traiter en priorité les affaires les plus importantes. J'y reviendrai.

Si je dois dresser un bilan de cette période hors norme, c'est que, dans ces circonstances dramatiques, la Cour a su s'adapter. Cela a été possible grâce au dévouement des juges et du personnel de la Cour qui ont su faire face à la situation. Leur engagement a été exceptionnel et je tiens à les en remercier publiquement.

\*\*\*

L'année 2020 a été une année importante pour le système européen de protection des droits de l'homme. En effet, le processus de réforme d'Interlaken est arrivé à son terme. Le bilan est largement positif. En effet, nous avons considérablement réduit le nombre d'affaires pendantes par rapport au début du processus d'Interlaken.

Le moment est venu de passer à une autre étape. Le succès de la Cour ne peut se mesurer uniquement au nombre d'affaires traitées au cours d'une période donnée, mais aussi à la manière dont on traite les affaires les plus importantes.

Il est primordial que la Cour puisse répondre efficacement et rapidement aux nombreux défis auxquels l'Europe est confrontée en matière de droits de l'homme.

Bien sûr, la Cour va continuer de tout faire pour réduire son stock. Elle continuera de traiter les affaires les plus graves dans un délai raisonnable, conformément à sa politique de priorisation.

Mais, ces dernières années, nous avons fait le constat qu'un certain nombre d'affaires, bien qu'importantes, ne rentraient pas dans la catégorie des affaires prioritaires et n'étaient donc pas traitées avec la célérité nécessaire. Ce sont essentiellement des affaires de chambre qui ne sont pas considérées comme prioritaires, si l'on se base sur les catégories mises en place par la Cour.

Le moment est donc venu de changer de paradigme.

Nous allons, évidemment, maintenir notre politique de priorisation, qui a fait la preuve de son efficacité, notamment pour les affaires les plus graves. Mais, en même temps, nous mettons en place une nouvelle stratégie de traitement des affaires, plus ciblée, destinée à traiter ces affaires complexes et souvent sensibles que nous appelons les affaires « à impact ».

Très concrètement, il existe actuellement près de 18 000 requêtes qui ne portent pas sur le noyau dur des droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 2 ou l'article 3. Le traitement de ces affaires par la Cour prend, en moyenne, entre cinq et six ans. Même si ces affaires ne sont pas considérées comme prioritaires, cette durée n'est pas acceptable.

En effet, parmi ces requêtes, certaines soulèvent des questions très importantes pour l'État concerné comme pour le système de la Convention dans son ensemble. Elles doivent donc absolument être traitées plus rapidement. Nous avons dressé un inventaire de ces affaires et 800 environ sur 18 000 ont été identifiées comme étant des affaires « à impact ».

Les critères d'identification varient.

À titre d'exemple, la solution adoptée par la Cour est parfois susceptible d'entraîner une modification de la législation interne. Dans certains cas, l'affaire soulève des questions sociétales ou technologiques nouvelles qui n'ont jamais été abordées par la Cour. Sans vouloir parler de cas précis, il peut s'agir d'affaires liées à l'indépendance de la justice, à l'environnement, aux conséquences de la crise de la COVID-19.

Pour traiter aussi efficacement que possible ces affaires « à impact », une nouvelle stratégie a donc été mise en place depuis le 1<sup>er</sup> janvier dernier. Elle repose sur trois principes qui sont, d'abord, leur identification rapide ; ensuite, leur suivi rigoureux ; et, enfin, la simplification du traitement de toutes les autres affaires qui ne sont pas « à impact ».

Je voudrais ajouter ici deux précisions. D'abord, comme le séminaire de cet après-midi l'a rappelé, pour mener à bien cette nouvelle stratégie, nous continuerons d'investir dans le domaine de l'informatique qui nous permet d'être beaucoup plus efficace. Ensuite, depuis le 1<sup>er</sup> septembre dernier et pour une période d'essai de deux ans, les affaires relevant de la compétence des comités de trois juges seront rédigées de manière nettement plus concise et ciblée. Ce nouveau format d'arrêts et de décisions rédigés sous forme courte vise à accélérer le traitement de ces affaires et par la même à réduire le stock de la Cour.

Nous sommes ici au cœur de la notion de subsidiarité qui est un des fondements de notre système de protection des droits de l'homme. Dans la très grande majorité des cas, ces affaires importantes ont été examinées par vos juridictions et vous attendez la réponse de notre Cour. Il est donc essentiel qu'elle vous parvienne rapidement. Sans une réponse rapide de notre part, la subsidiarité ne peut fonctionner. Ce sera notre défi pour les prochaines années. J'ajoute que cette année a été marquée par l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> août dernier, du Protocole n° 15, il s'agit, là aussi, d'un outil qui permettra de renforcer la subsidiarité.

Mais les défis auxquels la Cour est confrontée ne sont pas uniquement de nature organisationnelle.

\*\*\*

Mesdames, Messieurs,

Les défis auxquels est confrontée la Cour européenne, comme toutes les juridictions supérieures nationales, sont mondiaux. L'un des principaux est la révolution technologique que nous vivons, comme l'a montré le passionnant séminaire judiciaire d'aujourd'hui ; le changement climatique et les litiges environnementaux constituent un autre défi mondial, de même que la pandémie et ses conséquences sur la société.

Cependant, le sujet de mon intervention de ce soir est le défi actuel auquel nous assistons en matière d'État de droit et d'indépendance de la justice. C'est ce que la Secrétaire générale du Conseil de l'Europe a appelé le « recul démocratique »<sup>1</sup>.

L'État de droit est plus qu'un ensemble de droits procéduraux. C'est l'un des fondements d'une démocratie efficace et réelle, au cœur des valeurs fondamentales du Conseil de l'Europe et de la Cour européenne. Pourtant, il n'est pas contestable de dire que l'État de droit en Europe est aujourd'hui sous pression.

Dans l'arrêt historique *Golder contre le Royaume-Uni* de 1975, la Cour a clairement affirmé que l'État de droit est « l'un des éléments du patrimoine spirituel commun aux États membres du Conseil de l'Europe »<sup>2</sup>.

La prééminence du droit, en exigeant que le pouvoir gouvernemental soit régi par la loi et non par les caprices des hommes<sup>3</sup>, exige que les lois soient claires et pas vagues et sujettes à des abus<sup>4</sup>. L'État de droit ne permet pas d'accorder des pouvoirs illimités aux organes du gouvernement<sup>5</sup>. Les lois doivent être interprétées et appliquées par des tribunaux indépendants et impartiaux, et une fois que des tribunaux légalement constitués ont rendu des jugements définitifs et contraignants, ils ne doivent pas être remis en question<sup>6</sup>.

Ces éléments conceptuels expliquent pourquoi ce principe fondamental est un anathème pour les États autoritaires ou les régimes dictatoriaux et pourquoi l'État de droit et la démocratie vont de pair.

Comme nous le savons tous, un système judiciaire efficace, impartial et indépendant est la pierre angulaire du fonctionnement d'un système démocratique d'équilibre des pouvoirs. Les juges permettent de limiter les intérêts puissants. Ils garantissent que tous les individus, quels que soient leurs antécédents, sont traités de manière égale devant la loi.

Notre Cour dispose d'une jurisprudence bien développée concernant les concepts d'« indépendance » et d'« impartialité » des juges<sup>7</sup>. Toutefois, pour la première fois en 2020, la Grande Chambre a clarifié la portée et la signification du concept de « tribunal établi par la loi » au regard de la disposition de la Convention relative au procès équitable. Il s'agissait de l'arrêt de Grande Chambre *Guðmundur Andri Ástráðsson* contre mon propre pays, l'Islande<sup>8</sup>. Dans cet arrêt, la Cour a jugé, à l'unanimité, que l'État défendeur avait violé l'article 6 § 1 en raison de graves violations du droit national lors de la nomination d'un juge à la Cour d'appel nouvellement créée en Islande.

1 « Situation de la démocratie, des droits de l'homme et de l'État de droit en Europe », Rapport de la Secrétaire générale du Conseil de l'Europe, 2021.

2 *Golder c. Royaume-Uni* (n° 4451/70), 21 février 1975, § 3.

3 *Sinkova c. Ukraine* (n° 39496/11), 27 février 2018, § 68, *Baydar c. Royaume-Uni* (n° 55385/14), 24 avril 2018, § 39.

4 *Işikirik c. Turquie* (n° 41226/09), 14 novembre 2017, §§ 57-58.

5 *Roman Zakharov c. Russie* [GC] (n° 47143/06), 4 décembre 2015, § 230 ; *Beghal c. Royaume-Uni* (n° 4755/16), 28 février 2019, § 88.

6 *Irlande c. Royaume-Uni* (révision) (n° 5310/71), 20 mars 2018, § 122.

7 *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal* [GC] (nos 55391/13, 57728/13 et 74041/13), 6 novembre 2018, §§ 144-150.

8 *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande*[GC] (n° 26374/18), 1er décembre 2020.

Le pouvoir judiciaire est donc une composante essentielle des sociétés démocratiques et une institution clé qui doit être protégée.

L'indépendance judiciaire a des composantes de jure et de facto. En ce qui concerne l'indépendance de jure, la loi elle-même doit prévoir des garanties concernant les activités judiciaires et notamment en matière de recrutement, de nomination jusqu'à l'âge de la retraite, de promotion, d'inamovibilité, de formation, d'immunité judiciaire, de discipline, de rémunération et de financement du pouvoir judiciaire.

Mais l'indépendance de jure, c'est-à-dire l'indépendance du pouvoir judiciaire inscrite dans la législation, ne suffit pas à garantir ni à assurer l'indépendance du pouvoir judiciaire. Ce qui est également nécessaire, et peut-être même plus crucial, c'est l'indépendance de facto. Concrètement, cela signifie que la portée de l'obligation de l'État d'assurer un procès devant un « tribunal indépendant et impartial », conformément à l'article 6 § 1 de la Convention, ne se limite pas au pouvoir judiciaire. Elle implique également l'obligation pour l'exécutif, le législatif et toute autre autorité de l'État, quel que soit son niveau, de respecter et de se conformer aux jugements et décisions des tribunaux, même s'ils ne sont pas d'accord avec eux. En particulier, les attaques ad hominem à l'encontre de certains juges pour leurs décisions ou les tentatives de pression sur le pouvoir judiciaire pour obtenir des résultats politiquement acceptables ne sont pas acceptables dans une démocratie régie par l'État de droit.

\*\*\*

La Cour de Strasbourg n'est pas la seule à avoir été aux prises avec des questions cruciales d'État de droit au cours des dernières années. La Cour de justice de l'Union européenne a rendu un certain nombre d'arrêts importants sur l'indépendance de la justice. Pourquoi est-ce que j'évoque cela ?

C'est en raison de la relation symbiotique entre Strasbourg et Luxembourg sur cette question. Le noyau jurisprudentiel de nombreux arrêts de la Cour de Luxembourg repose sur la jurisprudence de Strasbourg, et la jurisprudence de Strasbourg repose elle-même sur les décisions de la Cour de Luxembourg.

L'élément important à souligner ici est la nette symétrie des valeurs entre les deux systèmes. C'est le cas malgré les différences procédurales entre les affaires portées devant chaque Cour européenne. Pourtant, les deux systèmes sont manifestement complémentaires et se renforcent mutuellement. Cette symétrie est un élément conceptuel important, commun aux deux systèmes, qui facilite le nécessaire dialogue judiciaire entre les deux Cours.

Il est essentiel que les Cours de Strasbourg et de Luxembourg continuent à développer et à renforcer leur dialogue jurisprudentiel permanent dans ce domaine. Mais le cadre actuel n'est pas suffisant. Comme nous le savons tous, des négociations sont en cours sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme qui, à mon avis, sont d'une grande importance pour rapprocher les deux systèmes et répondre à la crise actuelle de l'État de droit.

\*\*\*

Il est de coutume que le Président de la Cour, lors de l'audience solennelle, mette en exergue un ou deux des arrêts les plus importants de la Cour rendus au cours de l'année écoulée. En 2020, la Grande Chambre de la Cour a rendu dix arrêts et deux décisions et son deuxième avis consultatif au titre du Protocole n° 16 de la Convention. J'ai déjà cité l'affaire relative à la Cour d'appel islandaise.

Je voudrais maintenant mentionner deux affaires importantes de Grande Chambre qui reflètent les tragédies humaines liées à la migration. Les récents événements en Afghanistan ont montré comment les plaintes relatives aux droits de l'homme liées aux migrations pourraient caractériser encore plus des litiges nationaux et internationaux dans les années à venir.

La première affaire que je voudrais évoquer est l'arrêt *N.D. et N.T. c. Espagne* de Grande Chambre de février 2020. Cette affaire porte sur le renvoi immédiat et forcé d'étrangers à partir d'une frontière terrestre, suite à une tentative de franchissement non autorisé par des migrants. En août 2014, un groupe de plusieurs centaines de migrants subsahariens, dont les requérants, tenta d'entrer en Espagne en escaladant les barrières entourant la ville de Melilla. Ayant escaladé les clôtures, ils furent arrêtés par des membres de la Garde civile, qui les renvoyèrent de l'autre côté de la frontière. La Grande Chambre a conclu, entre autres, à la non-violation de l'interdiction des expulsions collectives.

L'arrêt a mis en place un test à deux niveaux pour évaluer l'étendue de la protection à accorder, en vertu de cette disposition, aux personnes qui franchissent une frontière terrestre de manière non autorisée, en profitant délibérément de leur grand nombre et en faisant usage de la force. La Grande Chambre a toutefois souligné que le constat de non-violation dans cette affaire ne remettait pas en cause l'obligation qu'ont les États contractants de protéger leurs frontières d'une manière conforme aux garanties de la Convention et, en particulier, à l'obligation de non-refoulement.

La deuxième affaire est la décision *M.N. et autres c. Belgique* de mai 2020. Les requérants, un couple syrien et leurs deux enfants mineurs, se sont rendus à Beyrouth où ils ont introduit des demandes de visa de courte durée auprès de l'ambassade de Belgique afin de leur permettre de se rendre en Belgique pour y demander l'asile. Leurs demandes ont été traitées et refusées par l'Office des étrangers en Belgique et les demandes introduites devant les tribunaux belges n'ont pas abouti. Les requérants se plaignent que le refus de leur accorder un visa les a exposés à un risque de mauvais traitements pour lequel ils ne disposent pas d'un recours effectif. La Grande Chambre a déclaré la requête irrecevable, estimant que les requérants ne relevaient pas de la compétence de la Belgique. La décision a examiné la question de savoir si un État exerce un contrôle et une autorité, et donc sa juridiction, sur des personnes qui déposent des demandes de visa dans des ambassades ou consulats à l'étranger. En clair, ces affaires ont constitué un véritable défi pour la Cour, qui a dû trouver un équilibre entre le droit souverain de l'État de contrôler l'entrée sur son territoire et les droits individuels de personnes se trouvant dans des situations souvent précaires.

\*\*\*

Mesdames et messieurs,

Ces jugements ont été rendus en 2020. Logiquement, je devrais attendre notre prochaine rencontre, en janvier, pour évoquer la jurisprudence de l'année 2021. Cependant, l'actualité m'oblige à mentionner, dès à présent, une affaire rendue cette année et dont l'impact, pour reprendre un mot que j'ai déjà utilisé aujourd'hui, a été considérable en Europe et bien au-delà.

Il s'agit, évidemment, de l'arrêt *Vavříčka et autres c. République tchèque*, concernant la vaccination obligatoire des enfants contre des maladies infantiles bien connues. Dans cette affaire, notre Cour a rappelé que la vaccination obligatoire constituait une ingérence dans le droit au respect de la vie privée. Toutefois, elle a considéré que la politique de vaccination des enfants en République tchèque poursuivait les objectifs légitimes de protection de la santé et des droits d'autrui. Cette politique était conforme à l'intérêt supérieur des enfants qui est au centre de notre attention. La Cour n'a donc pas constaté de violation de la Convention européenne des droits de l'homme et a conclu que les mesures adoptées étaient nécessaires dans une société démocratique.

Il est intéressant de voir que, dans cet arrêt, notre Cour s'est notamment référée, pour justifier sa position, à la notion de solidarité sociale pour le bénéfice des plus vulnérables.

\*\*\*

Mesdames et Messieurs,

Le moment est venu de céder la parole à notre invitée d'honneur. Ce soir, nous accueillons une présidente de Cour suprême.

Madame la Présidente Dineke de Groot,

Vous venez d'un pays, le Royaume des Pays-Bas, qui a toujours soutenu la Cour. Mais ce n'est pas la seule raison de votre présence.

Dans votre discours d'installation comme Présidente de la Cour de cassation, en 2020, vous avez choisi de parler des valeurs qui vous sont chères : la confiance des citoyens dans la justice ; l'État de droit.

Vous avez d'ailleurs fait expressément référence au Conseil de l'Europe et aux principes que défend notre Cour. Votre personnalité et la profondeur de votre propos nous ont donné envie de vous entendre ce soir.

Madame la Présidente de la Cour de cassation des Pays-Bas, Chère Dineke de Groot,

Nous sommes heureux de pouvoir vous écouter maintenant.



## Dineke de Groot

**Présidente de la Cour suprême  
de cassation des Pays-Bas**

### UNE CHOSE DE BEAUTÉ EST UNE JOIE ÉTERNELLE

« Une chose de beauté est une joie éternelle : Son charme s'accroît ; jamais elle ne rentrera dans le néant ; (...) » John Keats, *Endymion*, 1818

Monsieur le Président de la Cour européenne des droits de l'homme, Mesdames et Messieurs les membres de la Cour, Excellences, Mesdames et Messieurs,

Je suis très honorée d'avoir été invitée en tant que Présidente de la Cour suprême des Pays-Bas – et que citoyenne européenne – à participer à cette audience solennelle de la Cour européenne des droits de l'homme (« la CEDH ») et d'avoir ainsi l'occasion de m'adresser à vous. J'aimerais vous faire part de quelques observations sur le dialogue judiciaire, la critique, la beauté et la joie, vus sous l'angle de la protection des droits de l'homme dans le cadre de l'état de droit.

La Convention européenne des droits de l'homme (« la Convention ») et la jurisprudence de la CEDH revêtent une importance capitale pour l'État de droit européen, axé sur les droits de l'homme et la démocratie. L'approche dynamique de la CEDH, qui interprète la Convention et ses Protocoles à la lumière des conditions de vie actuelles<sup>1</sup>, est une source d'inspiration pour le juge national. Elle le guide lorsqu'il doit garantir le respect des droits de l'homme dans des affaires individuelles, dans l'intérêt de la paix et du bien-être de la société européenne. Les citoyens et les entreprises n'auraient que faire de droits de l'homme qui ne seraient garantis que sur le papier et ne seraient ni concrets ni effectifs. Il est essentiel que ces droits soient spontanément respectés au sein des systèmes internes et si d'aventure ils ne le sont pas, il doit être possible de les faire respecter. À travers cette approche duale, qui consiste à favoriser le respect spontané des droits tout en exigeant que des garanties procédurales et matérielles soient en place pour les faire respecter, la CEDH montre la voie à suivre en Europe parce qu'elle conçoit la Convention comme un instrument vivant dans le cadre de l'état de droit. En général, nous parlons de ce système de protection comme d'un système juste ou comme d'un bon système. Aujourd'hui, à l'occasion de cette audience solennelle, je voudrais aussi insister sur sa beauté et sur la joie qui en émane.

J'ai pris conscience de l'importance de la Convention pour l'évolution et l'application du droit interne pendant mes études de droit aux Pays-Bas, mais aussi plus tard, lorsque j'ai continué mes études à la faculté de droit de Vienne, en Autriche, peu avant de commencer ma carrière de juge aux Pays-Bas. C'était en 1989, l'année de la chute du mur de Berlin. Un professeur viennois avait organisé un séminaire d'un week-end dans un château quelque peu délabré qui avait appartenu aux Habsbourg. Nous avons parlé de la Convention sous tous ses aspects, y compris de l'importance de son article 1 pour notre pratique en tant que professionnels du droit : « Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention ». Il était aussi important pour mon éducation juridique d'étudier la Convention

dans un pays d'Europe centrale alors que je l'avais d'abord découverte aux Pays-Bas, où la culture juridique avait alors une orientation plutôt atlantique. Il me semble important, pour que nous ayons toujours une compréhension commune de nos cultures juridiques en Europe, que les étudiants en droit et professionnels du droit européens aient accès à des programmes d'échange. À 24 ans, après avoir toujours vécu aux Pays-Bas, c'est-à-dire dans une société en paix, ouverte et basée sur la confiance, je me suis aperçue que vivre dans une telle société était un beau privilège qui n'allait pas de soi. J'en ai pris conscience en réalisant, par exemple, que pour l'Autriche, le traité d'État de 1955 avait aussi été, d'une certaine manière, une façon d'échapper à la perspective d'être une société fermée vivant derrière le rideau de fer. J'ai un souvenir très vivant de la joie intense qui a déferlé sur la ville de Vienne en 1989, lors de l'ouverture des frontières avec les pays voisins. La libre circulation des peuples européens entre des pays aux frontières ouvertes est une source d'enrichissement culturel pour nous tous.

Depuis 1989, l'approche fondée sur les droits de l'homme incarnée par la Convention, qui constitue une dimension importante de l'état de droit, a continué de se diffuser sur le continent européen. Aujourd'hui, plus de 30 ans plus tard, la protection des droits de l'homme par les autorités nationales demeure indispensable pour préserver la paix et la tolérance dans nos pays. L'idée que le dialogue judiciaire est nécessaire pour que les juridictions nationales et internationales puissent jouer ce rôle protecteur a déjà été longuement défendue dans les discours prononcés à l'occasion des audiences solennelles des dernières années, par exemple par le Président Pérez de los Cobos Orihuel, Président du Tribunal constitutionnel espagnol (2015), par le Président Lenaerts, Président de la Cour de justice de l'Union européenne (2018), et par le juge Clarke, Président de la Cour suprême irlandaise (2020). Comme eux, je suis convaincue qu'un dialogue judiciaire constructif et responsable entre juridictions nationales et internationales est un bon moyen d'assurer une protection effective des droits de l'homme.

Je pense que le dialogue judiciaire peut aussi aider les tribunaux à répondre aux critiques que suscitent les exigences relatives à la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans le cadre de l'état de droit. Ces critiques au sujet des exigences que la Convention impose aux États et aux professionnels du droit au nom de cette protection sont omniprésentes, y compris dans mon pays.

Il me semble qu'aux Pays-Bas, l'appareil judiciaire applique en général la Convention de bonne foi, conformément à l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Tout juge, dans chacune des affaires dont il a à connaître, est capable d'appliquer la Convention. Selon l'article 93 de la Constitution néerlandaise, les dispositions de traités internationaux comme la Convention dont le contenu peut être considéré comme « généralement contraignant » ont force obligatoire après leur publication, exactement comme s'il s'agissait de lois nationales. Selon l'article 94 de la Constitution, une loi interne ne doit pas être appliquée dès lors qu'elle n'est pas compatible avec les dispositions généralement contraignantes d'un traité international. En d'autres termes, d'après la Constitution néerlandaise, la loi nationale doit être interprétée à la lumière des traités et accords internationaux de protection des droits de l'homme auxquels les Pays-Bas sont partie. En conséquence, après la ratification de la Convention par les Pays-Bas, les acquis de la jurisprudence de la CEDH relative aux droits consacrés par la Convention sont devenus un canon herméneutique pour les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire néerlandais. Ce canon a fait et continue de faire la preuve de sa capacité à permettre aux juges néerlandais d'appliquer le droit national dans le respect des droits de l'homme. Si les articles 93 et 94 de la Constitution obligeaient à codifier ce canon dans la législation nationale, la tâche serait énorme pour le législateur. À travers son approche de la Convention et de ce canon, la Cour suprême des Pays-Bas entend permettre une application effective des droits humains dans une affaire donnée. Aux Pays-Bas, l'examen critique de la jurisprudence des tribunaux est vu comme quelque chose d'utile, comme un instrument supplémentaire. S'assurer que les commentaires critiques auxquels une décision de justice a pu donner lieu ont bien été pris en compte dans les débats judiciaires dans une affaire donnée fait partie de nos mécanismes de contrôle.

<sup>1</sup> CEDH, *Tyrer c. Royaume-Uni* (n° 5856/72), 25 avril 1978, § 31 ; CEDH, *Airey c. Irlande* (n° 6289/73), 9 octobre 1979, § 26 ; CEDH, *Vo c. France* (GC) (n° 53924/00), 8 juillet 2004, § 82 ; CEDH, *Hass c. Suisse* (n° 31322/07), 20 janvier 2011, § 55.

Les critiques formulées contre les exigences découlant de la protection des droits de l'homme et des libertés dans le cadre de l'état de droit sont parfois directement liées à la Convention ou aux tribunaux.

La dignité et la liberté humaines sont l'essence même de l'approche fondée sur les droits de l'homme appliquée par les juges, tout comme elles sont l'essence même de la Convention<sup>2</sup>. Les tribunaux internes doivent faire de leur mieux pour appliquer la Convention et garantir, au minimum, la protection qu'elle exige d'après l'interprétation qu'en fait la CEDH. S'ils agissent ainsi, ils contribuent à l'instauration de conditions suffisamment équitables pour que la CEDH joue un rôle subsidiaire sur les plans procédural et matériel. Un dialogue digne de ce nom entre juridictions fait naturellement partie de ces conditions équitables. Ce dialogue peut avoir lieu au niveau de la doctrine, à travers le traitement des affaires individuelles et à travers la motivation figurant dans les décisions de justice. La plateforme de partage des connaissances mise à la disposition des membres du Réseau des cours supérieures par la CEDH peut être utile au traitement des affaires, par exemple parce qu'elle facilite la participation des pays aux activités de droit comparé de la CEDH. Pour illustrer la manière dont la motivation d'une décision peut permettre un dialogue, on peut citer une décision récemment rendue aux Pays-Bas concernant le point d'équilibre entre la liberté d'expression et le délit d'insulte collective dans une affaire impliquant un homme politique néerlandais. Dans cette affaire, la chambre pénale de la Cour suprême des Pays-Bas s'en est tenue à sa pratique habituelle, qui consiste à intégrer avec méthode la jurisprudence de la CEDH dans la législation et la jurisprudence internes<sup>3</sup>.

Le traitement des affaires et la motivation des décisions sont les instruments d'un dialogue judiciaire constructif. Parallèlement, ils peuvent aussi être des moyens de répondre aux critiques visant les obligations de protection des droits de l'homme et des libertés imposées par l'état de droit. Les contributions nationales aux activités de droit comparé de la CEDH dans le cadre du traitement des affaires peuvent par exemple être utilisées pour garantir l'équité procédurale et matérielle ou encore pour garantir que les décisions sont correctement motivées, ce qui facilite l'acceptation de l'interprétation que la CEDH fait de la Convention.

Il arrive même que les critiques puissent se traduire par une amélioration de la protection des droits de l'homme. Vous n'êtes pas sans savoir que l'énorme retard accumulé par la CEDH dans le traitement des affaires était très critiqué ces dernières années. Or, la CEDH a réalisé des progrès considérables sur ce plan depuis l'entrée en vigueur du Protocole n° 11. Elle a mis au point l'approche qu'il propose et qui s'est révélée efficace en coopération avec les partenaires concernés. Ce succès remarquable est encore plus louable si l'on tient compte des difficultés financières de la CEDH. Lorsqu'il s'est agi de réduire le nombre d'affaires en souffrance, elle a su prendre en compte l'environnement dans lequel elle travaille comme elle le fait lorsqu'elle traite une affaire et rend un arrêt dans une affaire individuelle.

Pour paraphraser John Keats, les observations critiques sur le travail des tribunaux, et en particulier sur les arrêts rendus par la CEDH à l'encontre des États, ne « rentreront jamais dans le néant ».

Je saisis avec plaisir l'occasion de me trouver ici parmi vous pour partager ce discours entre les langues anglaise et française.

La critique ne rentrera donc jamais dans le néant. Elle est un élément naturel de la tâche commune des cours nationales et internationales, qui est de promouvoir une approche efficace en ce qui concerne la protection des droits de l'homme dans la société européenne. J'ai commencé ce discours en citant les premiers vers du célèbre poème de John Keats, « A thing of beauty is a joy forever », une chose de beauté est une joie éternelle. Il existe à première vue une différence importante entre Keats et la CEDH : l'âge. Keats est décédé à l'âge de 25 ans. Dans deux mois, la CEDH fêtera son 71<sup>e</sup> anniversaire, en bonne santé.

À y regarder de plus près, on peut aussi percevoir quelques similarités intéressantes entre la CEDH et le poète Keats. Par exemple, au moment de sa création, une œuvre peut être fortement critiquée, mais être ardemment défendue par des gens qui en perçoivent la philosophie fondamentale, comme Byron et Shelley dans le cas de Keats. En outre, après quelque temps, l'importance de l'œuvre créée est reconnue plus largement, et son influence dans le contexte national et international s'accroît énormément. Keats a essayé de matérialiser l'expérience de la beauté dans un poème romantique, présumant que chacun et chacune ressentirait la joie de l'expérience de la beauté pendant le reste de sa vie. Il a été critiqué par des gens qui avaient adopté une autre approche du rôle de la notion romantique traditionnelle dans une littérature qui devenait de plus en plus d'inspiration rationnelle.

En appliquant la Convention, le juge est parfois confronté au dilemme suivant : comment des pensées et sentiments sur les notions de dignité et de liberté humaines peuvent-ils en pratique être transposés dans la loi ? Comment la dignité et la liberté humaines peuvent-elles être accessibles et efficaces pour l'individu ?

Peut-être avez-vous déjà à l'esprit vos propres exemples d'arrêts de la CEDH dans lesquels des pensées et sentiments sur la dignité et la liberté humaines sont transposés en droits et obligations découlant de droits de l'homme. Permettez-moi de mentionner un seul phénomène, à savoir l'obligation des autorités nationales d'encourager les citoyens à avoir réellement confiance dans le respect et la préservation de ces droits et obligations.

La confiance est un exemple typique d'une chose de beauté qui est une joie éternelle, et simultanément d'une chose dont la matérialisation en droits et obligations est un défi au quotidien. En ce qui concerne la confiance, dans toutes nos juridictions, nous sommes familiarisés avec le rôle du juge visant à promouvoir la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables, sur la base de la jurisprudence constante et exemplaire de la CEDH<sup>4</sup>. Cela nécessite notamment que le juge qui rend la justice se montre intègre, compétent, attentif et bienveillant, et que l'État lui permette réellement de travailler ainsi.

Ce rôle demande de plus que les juges se comportent comme des magistrats courageux et conscients, même si le résultat du travail judiciaire déplaît au parlement ou au gouvernement. Sur la place du pouvoir judiciaire par rapport aux trois pouvoirs, la CEDH a dit en 2020, dans l'affaire *Gudmundur Andri Ástráðsson c. Islande* : « (...) une certaine interaction entre les trois pouvoirs est non seulement inévitable mais aussi nécessaire pourvu qu'aucun d'eux n'empiète indûment sur les fonctions et compétences des autres »<sup>5</sup>. En fait, dans l'esprit, la séparation des trois pouvoirs est depuis des siècles affaire de distribution des compétences. Le mot « distribution » illustre un point important dont on entend peu parler, à savoir que chaque pouvoir, qu'il soit de nature législative, exécutive ou judiciaire, ne peut pas garantir l'état de droit seul, par ses propres moyens. Il est nécessaire que chacun et chacune accepte que la mission consistant à rendre la justice est une compétence partagée. En exerçant ses compétences dans le cadre des trois pouvoirs, on partage le terrain du respect de la dignité et de la liberté humaines, un terrain souverain que personne ne peut occuper dans son intérêt propre sans perdre sa position dans l'état de droit. Toute méconnaissance de cette réalité mène tôt ou tard à une impasse, au détriment de la paix et du bien, comme l'histoire l'a montré à plusieurs reprises.

Aujourd'hui on entend davantage parler de menaces concrètes pour la préservation des droits de l'homme, comme la crise sanitaire liée au coronavirus, la crise climatique, la cybercriminalité ou la mafia de la drogue. Ces thèmes ne sont pas moins importants pour la préservation de la protection des droits de l'homme à notre époque que le thème de l'état de droit. Par exemple, dans le contexte de la mafia de la drogue, il y a aux Pays-Bas un débat remarquable concernant la confiance dans un procès équitable. On s'interroge notamment sur la question de savoir si un suspect peut conserver son plein droit de contester la fiabilité d'un témoin principal par requêtes détaillées demandant l'audition d'autres témoins et d'experts, quand ce suspect invoque systématiquement son droit de se

<sup>2</sup> CEDH, *Pretty c. Royaume-Uni* (n° 2346/02), 29 avril 2002, § 65.

<sup>3</sup> Hoge Raad, 6 juillet 2021, [ECLI:NL:HR:2021:1036](https://www.ecliv.nl/HR:2021:1036).

<sup>4</sup> Voir par exemple CEDH, *Micallef c. Malte* (GC) (n° 26374/18), 15 octobre 2009, § 98.

<sup>5</sup> CEDH (GC) *Gudmundur Andri Ástráðsson c. Islande* (n° 26374/18), 1<sup>er</sup> décembre 2020, § 215.

taire tandis qu'il est soupçonné de diriger une organisation criminelle, impliquée dans le trafic de drogue et dans des assassinats<sup>6</sup>. Un argument fréquemment avancé contre le maintien de ce plein droit de contestation est que la recherche de la vérité et la justice sont perturbées par une tactique dilatoire. Les juges ont, dès les procès de Nuremberg en 1946 mais aussi récemment, en 2020, dans le procès de l'attentat de Charlie Hebdo<sup>7</sup>, illustré clairement que tout suspect a droit à un procès équitable. Dans la jurisprudence de la CEDH, l'article 17 sur l'interdiction de l'abus de droit a une portée négative et ne saurait être interprété a contrario comme privant une personne physique du droit à un procès équitable<sup>8</sup>. Il ne faut pas oublier que les règles de l'application de la Convention doivent garantir les droits de l'homme aux nombreux citoyens qui ont vraiment besoin de sa protection et qui n'ont aucune intention d'en abuser. Cependant, la Convention et son application dynamique par la CEDH donnent ensemble aux juridictions nationales des possibilités de trouver des solutions justes dans une situation où la préservation de la protection des droits de l'homme dans l'intérêt général doit être soigneusement mise en balance avec l'étendue exacte des droits et garanties individuels. Le cas échéant, il s'ensuit que le juge examine et explique dans quelle mesure des pensées et sentiments, qu'ils soient ou non compréhensibles, sont compatibles avec le respect des droits de l'homme reconnus et garantis par la Convention, et s'ils peuvent légalement restreindre ces droits. Et n'oublions pas que cette tâche incombe avant tout aux juridictions nationales. La CEDH a publiquement choisi une conception plus précise du principe de subsidiarité. Elle transforme ses jugements dans une direction tendant à exiger des garanties procédurales et matérielles de la juridiction nationale plutôt que de procéder à l'évaluation approfondie de cette juridiction.

La transformation de l'application de la Convention en tenant compte des besoins actuels des personnes est en plein essor. Je souhaite que tous et toutes, nous remarquions la beauté et la joie de la Convention et la diffusions dans la vie quotidienne et que la Convention ne rentre jamais dans le néant.

Je vous remercie de votre attention.

## PHOTOS



6 Pieter van der Kruis (oud-strafrechtadvocaat/ancien avocat de la défense), *Richt systeem van strafrecht in op de nieuwe werkelijkheid* [Modelez le système de droit pénal autour de la nouvelle réalité], NRC Handelsblad, 10 août 2021.

7 Emmanuel Laurentin, Antoine Mégie, Florence Sturm, François Bouça, *Que nous a raconté le procès des attentats de janvier 2015 ?*, France Culture, Le temps du débat d'été (depuis environ la minute 27).

8 Cour européenne des droits de l'homme, Guide sur l'article 17 de la Convention – Interdiction de l'abus de droit, mis à jour au 31 août 2020, § 57.



## ANCIENS DIALOGUES ENTRE JUGES

- Dialogue entre juges - 2020
- Dialogue entre juges - 2019
- Dialogue entre juges - 2018
- Dialogue entre juges - 2017
- Dialogue entre juges - 2016
- Dialogue entre juges - 2015
- Dialogue entre juges - 2014
- Dialogue entre juges - 2013
- Dialogue entre juges - 2012
- Dialogue entre juges - 2011
- Dialogue entre juges - 2010
- Dialogue entre juges - 2009
- Dialogue entre juges - 2008
- Dialogue entre juges - 2007
- Dialogue entre juges - 2006
- Dialogue entre juges - 2005