



CoCoA Working Papers

# **Le droit au juge dans le « droit constitutionnel global »**

Laura Montanari

Professeur de Droit public comparé, Université de Udine,  
Département de Science juridique – DISG

ISBN 978-88-8443-863-8

# Le droit au juge

## dans le « droit constitutionnel global »

Laura Montanari\*

Professeur de Droit public comparé, Université de Udine,  
Département de Science juridique – DISG

Le droit au juge est lié à une question classique du droit constitutionnel, c'est-à-dire le binôme constitué par l'affirmation des droits fondamentaux et la prévision d'instruments de protection. La reconnaissance d'un droit est presque inutile si on ne lui assure pas de protection<sup>1</sup>. Et la modalité la plus importante de protection est l'accès au juge, comme en témoigne l'histoire du constitutionalisme à partir de l'affirmation du principe de l'*habeas corpus*.

La perspective d'analyse que je vous propose part de la considération selon laquelle, désormais, la réflexion sur les droits fondamentaux ne peut faire abstraction du « droit constitutionnel global », et en particulier des indications découlant du droit international des droits de l'homme.

J'ai décidé de mettre la locution « droit constitutionnel global » entre guillemets afin de signaler les particularités de cette thématique dans la réflexion sur le droit global<sup>2</sup>. Comme on le sait, les recherches sur le droit global ont connu un grand développement, avec des analyses qui reconstituent l'évolution historique aussi bien que les caractères actuels du phénomène<sup>3</sup>. Il faut dire que la réflexion

---

\* Cet article est une version remaniée de la communication présentée à la Journée d'étude décentralisée de l'Association Française Des Constitutionnalistes intitulée : *Du « Droit constitutionnel au juge » vers un « Droit au juge constitutionnel » ? Perspectives de droit comparé*, tenue à Aix-en-Provence, le 23 novembre 2018. Il sera publié avec les Actes de la rencontre.

La recherche qui est à la base de cet article s'insérait dans le projet du Département de Science juridique - DISG (Université de Udine) sur *Situazioni giuridiche soggettive e strumenti di tutela : assonanze e dissonanze nello spazio giuridico europeo*, coordonné par la professeure Elena D'Orlando.

<sup>1</sup> Je peux rappeler ici les réflexions du juge Gilbert GUILLAUME, *Le droit au juge : droit ou slogan ?* : <https://academiesciencesmoralesetpolitiques.fr/2011/10/24/le-droit-au-juge-droit-ou-slogan/>

<sup>2</sup> Sur la difficulté de donner une définition de « droit constitutionnel global », Roberto SCARCIGLIA, « Costituzionalismo globale, tradizioni legali e diritto comparato », *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2013, p. 441-450.

<sup>3</sup> La doctrine est désormais très développée ; on peut citer entre autres : Maria Rosaria FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, il Mulino, coll. « Saggi », 2000, p. 1-225 ; Jean-Bernard AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*,

sur le « droit constitutionnel global » est moins développée par rapport à celle d'autres secteurs qui, par leurs caractéristiques intrinsèques, sont plus adaptés à une détermination partagée à un niveau supranational de leurs règles de fonctionnement. On se réfère naturellement tant au monde économique et financier, qu'à celui de l'internet. Cependant, la thématique des droits de l'homme et celle du rôle du pouvoir judiciaire ont progressivement gagné une importance très significative, en particulier grâce – comme on le verra – au processus d'internationalisation des *bills of rights* et des mécanismes de protection. Déjà, dans son livre de 2003 sur la globalisation, Jean-Bernard Auby constatait : « Que la problématique des droits fondamentaux soit devenue globale n'a pas besoin d'être longuement démontré. »<sup>4</sup>. Plus récemment, Jaakko Husa a souligné que « [...] human rights are themselves an important part of the global legal dynamic, which pushes and animates globalisation and rights-related legal cosmopolitanism »<sup>5</sup>.

Sans aucune prétention d'aborder ici des problématiques si complexes<sup>6</sup>, je considère donc pouvoir insérer les réflexions qui suivent, dédiées au droit au juge, dans le contexte de ce que l'on peut considérer comme une aspiration au « droit constitutionnel global », dans laquelle la tentative de définir des standards communs sur le plan de la protection des droits humains constitue de toute façon un point de départ important pour s'ouvrir vers des hypothèses bien plus difficiles à imaginer comme celle des systèmes de gouvernement partagé<sup>7</sup>.

Pour en revenir au thème principal, comme j'ai anticipé, à partir de la fin de la seconde Guerre Mondiale, on a eu plusieurs conventions internationales sur les droits de l'homme (conventions

---

Montchrestien, coll. « Clef Politique », 2003, p. 1-152 ; Sabino CASSESE, *Il diritto globale*, Einaudi, coll. « Passaggi », 2009, p. 1-300 ; Jaakko HUSA, *Law and globalisation*, Elgar, 2018, coll. « Elgar Advanced Introductions », p. 1-173 et FAHEY Elaine, *Introduction to Law and Global Governance*, Elgar, 2018, p. 1-160.

<sup>4</sup> Jean-Bernard AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, cit., p. 57.

<sup>5</sup> Jaakko HUSA, *Law and globalisation*, cit., p. 72. Il faut ajouter que, dans le même livre, Jaakko Husa met en évidence les problématiques que met maintenant en question le rôle des droits humains dans l'espace global : « It would be an exaggeration to claim that international human rights law would have lost its potency, in any case ; we can see that the idea of universally binding human rights is in retreat » : p. 74.

<sup>6</sup> Voir Neil WALKER, *Intimation of Global Law*, Cambridge University Press, coll. « Global Law Series », 2015.

<sup>7</sup> Je ne peux que réaffirmer la difficulté du développement de la réflexion sur ce sujet, en renvoyant à Roberto SCARCIGLIA, *Costituzionalismo globale, tradizioni legali e diritto comparato*, cit. ; voir aussi Martin BELOV (dir.), *Global Constitutionalism and its Challenges to Westphalian Constitutionalism Law*, Hart Publishing, coll. « European Academy of Legal Theory Monograph Series », 2018, dans lequel est soulignée la complexité d'adapter les catégorisations classiques au nouveau contexte global, v. en particulier Martin BELOV, « The Challenges to Westphalian Constitutional Geometry in the Age of Supranational Constitutionalism, Global Governance and Information Revolution », *ibid.*, p. 13 et s. ; Sabino CASSESE, *Oltre lo Stato. Verso una costituzione globale?*, Editoriale Scientifica, coll. « Lezioni magistrali », 2009, p. 1-80.

universelles ou régionales, générales ou sectorielles), qui ont conduit à une vaste réflexion sur le plan théorique (en plus, bien sûr, d'un renforcement de la protection des droits sur le plan pratique)<sup>8</sup>.

Toutefois, le binôme que j'ai évoqué auparavant implique qu'au niveau international/global est en train de se développer également une réflexion sur le rôle du juge comme garant des droits de la personne, et donc une réflexion sur le droit au juge, sur l'indépendance des juges et ainsi de suite...

A mon avis, il y a deux chemins de recherche possibles : i. d'un côté, on peut considérer les juges internationaux, pour examiner leurs caractéristiques, les garanties d'indépendance, l'accès des particuliers à ces juges<sup>9</sup>; ii. de l'autre – et c'est la voie que je veux suivre – on peut concentrer son attention sur les juges nationaux et sur les garanties juridictionnelles au niveau national, afin de les analyser à la lumière des indications données par les documents internationaux (traités mais aussi instruments de *soft law*)<sup>10</sup>.

Ilya un processus circulaire, en vertu duquel les principes issus du développement du constitutionalisme étatique ont été transposés au niveau international pour ensuite refluer dans les États grâce à l'application des traités et surtout grâce à l'œuvre des juges internationaux. La comparaison avec les standards définis au niveau global peut nous aider à vérifier si le droit au juge est effectivement respecté ; de plus, la possibilité, prévue par certains traités, de saisir une cour internationale (comme dans le cas de la Cour de Strasbourg) garantit aux particuliers un moyen supplémentaire pour vérifier, dans les cas concrets, cette effectivité<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup>En ce qui concerne en particulier le rapport entre le droit international des droits de l'homme et le droit global, voir : Alyson BRISK, *Globalisation and Human Rights*, University of California Press, 2002 ; pour une réflexion critique sur l'évolution plus récente, voir András SAJÓ, Sergio GIULIANO, « Is the Decline of Globalization the End of Human Rights (as we Believe to Know Them)? », *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2017, p. 491 ss.

<sup>9</sup> On peut citer, à titre d'exemple, les recherches développées par le Centre international de recherche « PluriCourts » - *Centre for the Study of the Legitimate Roles of the Judiciary in the Global Order* - de l'Université d'Oslo ; mais aussi Roberto TONIATTI, « L'indipendenza dei giudici sovranazionali ed internazionali », *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, p. 1733-1753; Amin VON BOGDANDY, Ingo VENZKE, « In Whose Name? An Investigation of International Courts' Public Authority and Its Democratic Justification », *The European Journal of International Law*, Vol. 23, No. 1, 2012, p. 7-41 et ID., « On the Functions of International Courts: An Appraisal in Light of Their Burgeoning Public Authority », *Leiden Journal of International Law*, Vol. 26, No. 1, 2013, p. 49-72.

<sup>10</sup>Les deux chemins de recherche en réalité sont connectés : la difficulté de garantir au niveau national l'indépendance des juges, et donc l'effective garantie des droits de l'homme, confirme l'importance des systèmes de protection supranationaux et internationaux.

<sup>11</sup>Le procès circulaire décrit dans le texte manifeste la connexion des procès de transformation du droit international et du droit constitutionnel dans l'espace global, procès strictement connectés avec la réflexion sur le droit constitutionnel global. Voir l'analyse de Raffaele BIFULCO, « La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito », *Rivista AIC*, No. 4, 2014.

La contribution est organisée en deux parties : dans la première, j'examinerai les indications présentes dans les traités internationaux et dans d'autres documents internationaux (I) ; dans la seconde, j'approfondirai le contenu du droit au juge, et en particulier la connexion avec le droit au juge indépendant (II).

Evidemment, je ne peux pas analyser toutes les questions, mais je donnerai quelques indications à titre d'exemple.

## **I. Les documents internationaux**

Je crois qu'il peut être utile de recenser les principaux instruments internationaux sur la protection des droits de l'homme pour vérifier les références au droit au juge. Le point de départ est sans aucun doute la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. Comme on le sait, ce document n'a pas de caractère contraignant, mais il offre un cadre des droits partagé à l'échelon global. Ensuite, je considérerai les deux Pactes de 1966 et les Chartes régionales des droits de l'homme, qui ont pour finalité – entre autres – d'assurer le respect des droits prévus par la Déclaration.

Avant de commencer l'analyse, je dois anticiper le fait que la lecture de l'ensemble des conventions internationales ne donne pas un cadre uniforme, parce que dans plusieurs cas il n'y a pas une reconnaissance expresse du droit au juge. Toutefois, sur le plan interprétatif, grâce aussi à la jurisprudence, on peut le construire.

Je commence donc avec la Déclaration universelle qui, dans son article 8, prévoit que « Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi. »<sup>12</sup>. La connexion entre l'affirmation des droits fondamentaux et leur protection juridictionnelle est ici évidente. Les éléments essentiels sont au nombre de deux : le droit au recours effectif et les juridictions nationales compétentes. Cette seconde indication nous rappelle la question du droit au « juge naturel », c'est-à-dire un juge dont la juridiction et la compétence sont définies par la loi de manière abstraite et avant la réalisation du fait. Cette règle, à son tour, est liée au principe de

---

<sup>12</sup> Voir Olivier LE BOT, «Le droit au recours comme garantie des droit fondamentaux : l'article 8 de la Déclaration universelle des Droits de l'homme», *CRDF*, No. 7, 2009, p. 107-116.

l'indépendance des juges, que la Déclaration affirme dans une autre disposition. En effet, selon l'article 10, « Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».

Devant une affirmation si claire, on s'attend à une confirmation dans les traités internationaux (universels/régionaux) qui ont suivi. Mais si on considère les deux Pactes de 1966, le cadre est plus nuancé. L'article 2 du Pacte sur les droits civils et politiques, après l'affirmation de l'engagement des États parties à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans la convention, prévoit dans l'alinéa 3 que « Les États parties au présent Pacte s'engagent à : a) Garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés *disposera d'un recours utile*, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles; b) Garantir que l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative, ou toute autre autorité compétente selon la législation de l'Etat, statuera sur les droits de la personne qui forme le recours et *développer les possibilités de recours juridictionnel* » (Italiques ajoutés). Le Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels ne présente aucune référence au droit au juge ou au droit à un recours effectif. On connaît les difficultés pour arriver à considérer les droits économiques et sociaux comme droits directement applicables, et ceci s'est manifesté aussi au niveau international. Il faut donc souligner que dans le Pacte sur les droits civils et politiques la protection des droits est assurée par l'introduction d'un « recours utile », sans préciser l'autorité qui doit être saisie, tandis qu'il y a seulement un souhait de « développer les possibilités de recours juridictionnel ». Les dispositions de l'article 14, quant à elles, sont plus précises, en prévoyant que « 1. Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil [...] ». L'article poursuit en précisant les caractéristiques du « procès équitable » et les garanties en matière pénale.

Le même dédoublement entre des prévisions générales « vagues », quant à la désignation du destinataire des recours, et d'autres articles plus précis sur le droit au procès équitable se retrouve aussi dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH). L'article 13 affirme que « Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ». L'élément clé est le « recours effectif », comme l'est, pour le Pacte,

le « recours utile ». Je reviendrai plus loin sur ce point, mais je peux anticiper que ces dispositions mettent l'accent sur l'aspect « substantiel » de l'accès à la justice<sup>13</sup>, au-delà de l'identification de l'autorité compétente. Pour en revenir à la Convention, il faut remarquer que dans l'article 6, sur le procès équitable, on retrouve toutes les garanties de caractère procédural et surtout, pour ce qui m'intéresse le plus, la définition des caractéristiques essentielles du juge : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle [...] » (art. 6.1). Il faut signaler que les deux dispositions sont dotées d'autonomie, tandis que quelquefois la vérification de la violation de l'article 6 absorbe celle de l'article 13.

Une solution plutôt similaire à celle de la Déclaration de 1948 est présente dans la Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969 qui, dans son article 25 dédié à la « protection judiciaire », prévoit que « 1. Toute personne a droit à un recours simple et rapide, ou à tout autre recours effectif devant les juges et tribunaux compétents, destiné à la protéger contre tous actes violant ses droits fondamentaux reconnus par la Constitution, par la loi ou par la présente Convention, lors même que ces violations auraient été commises par des personnes agissant dans l'exercice de fonctions officielles. »<sup>14</sup> D'ailleurs, les travaux préparatoires de la Déclaration universelle témoignent du rôle joué par les pays de l'Amérique Latine lors de l'adoption de l'article 8 sur le droit au juge. En effet, une disposition analogue avait déjà été introduite dans la Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme adoptée à Bogota, en Colombie, en 1948<sup>15</sup>.

Si on considère la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, on trouve une disposition « intermédiaire » : l'article 7 prévoit que « 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue. Ce droit comprend : a. le droit de saisir les juridictions nationales compétentes de tout acte violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus et garantis par les conventions, les lois, règlements et coutumes en vigueur ;[...] ». Le droit de saisir les juridictions nationales est inséré dans l'article qui

---

<sup>13</sup> Voir sur cette définition Janneke H.J.H. GERARDS, Lize R. GLAS, « Acces to justice in the European Convention on Human Rights system », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 35, No. 1, 2017, p. 11-30.

<sup>14</sup> Les autres alinéas de l'article 25 disposent : « 2. Les Etats parties s'engagent: a. à garantir que l'autorité compétente prévue par le système juridique de l'Etat statuera sur les droits de toute personne qui introduit un tel recours; b. à accroître les possibilités de recours judiciaire; c. à garantir que les autorités compétentes exécuteront toute décision prononcée sur le recours ».

<sup>15</sup> Voir l'art. XVIII « Toute personne peut recourir aux tribunaux pour faire valoir ses droits. De même, il doit exister une procédure simple et rapide qui permette à la justice de la protéger contre les actes de l'autorité violant, à son préjudice, certains droits fondamentaux reconnus par la constitution ».

définit en général les droits relatifs au procès équitable, mais en tout cas l'alinéa cité confirme la centralité du droit d'accès au juge<sup>16</sup>.

Dans les conventions sectorielles aussi, on trouve des références au droit au juge, mais principalement à l'intérieur des dispositions de caractère spécifique. Je peux citer à titre d'exemple : l'article 18 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille de 1990, selon lequel « Les travailleurs migrants et les membres de leur famille ont les mêmes droits devant les tribunaux que les ressortissants de l'État considéré. Ils ont droit à ce que leur cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre eux, soit des contestations sur leurs droits et obligations de caractère civil » ; l'article 37 de la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989, « Les États parties veillent à ce que : d) Les enfants privés de liberté aient le droit d'avoir rapidement accès à l'assistance juridique ou à toute autre assistance appropriée, ainsi que le droit de contester la légalité de leur privation de liberté devant un tribunal ou une autre autorité compétente, indépendante et impartiale, et à ce qu'une décision rapide soit prise en la matière » ; plus générale est la formulation de l'article 13 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées de 2006, expressément dédié à l'accès à la justice « 1. Les États Parties assurent l'accès effectif des personnes handicapées à la justice, sur la base de l'égalité avec les autres, [...] »<sup>17</sup>.

Pour les documents de *soft law* je peux rappeler la résolution 2003/39 de la Commission pour les droits de l'homme des Nations Unies, dédiée à l'« Intégrité de l'appareil judiciaire » où l'on peut lire que « 1. *Reiterates* that every person is entitled, in full equality, to a fair and public hearing by an

---

<sup>16</sup>Le texte intégral de l'article 7 dispose : « 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue. Ce droit comprend: a. le droit de saisir les juridictions nationales compétentes de tout acte violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus et garantis par les conventions, les lois, règlements et coutumes en vigueur; b. le droit à la présomption d'innocence, jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie par une juridiction compétente; c. le droit à la défense, y compris celui de se faire assister par un défenseur de son choix; d. le droit d'être jugé dans un délai raisonnable par une juridiction impartiale. 2. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui ne constituait pas, au moment où elle a eu lieu, une infraction légalement punissable. Aucune peine ne peut être infligée si elle n'a pas été prévue au moment où l'infraction a été commise. La peine est personnelle et ne peut frapper que le délinquant ». Il faut souligner l'absence d'une référence explicite à l'indépendance de l'autorité judiciaire, il parle exclusivement de « juridiction impartiale ».

<sup>17</sup> Article 13 Accès à la justice : « 1. Les États Parties assurent l'accès effectif des personnes handicapées à la justice, sur la base de l'égalité avec les autres, y compris par le biais d'aménagements procéduraux et d'aménagements en fonction de l'âge, afin de faciliter leur participation effective, directe ou indirecte, notamment en tant que témoins, à toutes les procédures judiciaires, y compris au stade de l'enquête et aux autres stades préliminaires. 2. Afin d'aider à assurer l'accès effectif des personnes handicapées à la justice, les États Parties favorisent une formation appropriée des personnels concourant à l'administration de la justice, y compris les personnels de police et les personnels pénitentiaires ».

independent and impartial tribunal, in the determination of his/her rights and obligations and of any criminal charge against him/her ; 2. *Also reiterates* that everyone has the right to be tried by ordinary courts or tribunals using established legal procedures and that tribunals that do not use such duly established procedures of the legal process shall not be created to displace the jurisdiction belonging to the ordinary courts or judicial tribunals ; 3. *Further reiterates* that everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law. »<sup>18</sup>

Enfin, comme dernier exemple – bien que dans un contexte très différent – je prendrai celui de l’article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne, sur le « Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial », qui prévoit dans son 1<sup>er</sup> alinéa : « 1. Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l’Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. »<sup>19</sup>

Comme j’ai anticipé au début, il est évident que les formulations présentes dans les documents internationaux ne sont pas homogènes et ne prévoient pas le même niveau de protection. Par conséquent, c’est seulement d’une lecture globale que l’on peut tirer la conclusion de l’affirmation générale du « droit au juge ». Dans cette perspective, un rôle fondamental a été joué par la jurisprudence des cours internationales. L’exemple le plus probant est celui de la Cour de Strasbourg. Comme je l’ai rappelé, ni l’article 6 ni l’article 13 ne prévoient expressément le droit au juge, mais la Cour l’a consacré par voie interprétative. Il faut citer le célèbre arrêt *Golder contre Royaume-Uni* de 1975 dans lequel la Grande Chambre en analysant l’article 6 relève que « [...] l’article 6 par. 1 (art. 6-1) ne proclame pas en termes exprès un droit d’accès aux tribunaux. Il énonce des droits distincts mais dérivant de la même idée fondamentale et qui, réunis, constituent un droit unique dont il ne donne pas la définition précise, au sens étroit de ces mots » (p. 28). Il incombe donc à la Cour « de rechercher, par voie d’interprétation, si l’accès aux tribunaux constitue un élément ou aspect de ce

---

<sup>18</sup> UN Commission on Human Rights, *Commission on Human Rights Resolution 2003/39: Integrity of the Judicial System*, 23 April 2003, E/CN.4/RES/2003/39: <https://www.refworld.org/docid/43f313360.html> .

<sup>19</sup>L’article 47, dans son intégralité, dispose : « Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l’Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article.

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter.

Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l’effectivité de l’accès à la justice ».

Voir sur les systèmes européens : Agence des droits fondamentaux de l’Union européenne, Conseil de l’Europe, en association avec le Greffe de la Cour européenne des droits de l’homme, *Manuel de droit européen en matière d’accès à la justice*, 2016.

droit » (p. 28). Selon la Cour «[...] on ne comprendrait pas que l'article 6 par. 1 (art. 6-1) décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité : *l'accès au juge*. Équité, publicité et célérité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès » (Italiques ajoutées)(p. 35). À la fin, la Cour arrive à la conclusion que « l'article 6 par. 1 (art. 6-1) garantit à chacun le droit à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil. Il consacre de la sorte le 'droit à un tribunal', dont le droit d'accès, à savoir le droit de saisir le tribunal en matière civile, ne constitue qu'un aspect » (p. 36)<sup>20</sup>. C'est-à-dire qu'il consacre le droit au juge. Plus simple a été le parcours de la Cour interaméricaine des droits de l'homme qui, grâce à l'article 25 de la Convention a considéré le droit à la « protection judiciaire » comme un « pilier de l'État de droit ». On peut lire dans ses décisions que « [...] Cette disposition relative au droit au recours effectif devant les juges ou les tribunaux nationaux compétents constitue un des piliers fondamentaux, non seulement de la Convention américaine, mais aussi de l'État de droit même dans une société démocratique au sens de la Convention »<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> CourEDH, Cour Plénière, 21 février 1975, Requête n° 4451/70, *Golder contre Royaume-Uni* ; très intéressante, en sens inverse, l'opinion du juge Fitzmaurice, selon lequel « Il me faut cependant conclure qu'un droit d'accès - qu'on le veuille ou non, si j'ose dire - ne saurait être dégagé de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) par implication, sauf au moyen d'une méthode d'interprétation qui ne me paraît pas saine, ni conforme à l'intérêt bien compris du droit international des traités. Si le droit d'accès ne trouve point place dans l'article 6 par. 1 (art. 6-1), il ne trouve manifestement place à aucun endroit de la Convention. Il s'agit sans doute d'une grave lacune que l'on devrait réparer, mais c'est là une tâche dont il appartient aux États contractants de s'acquitter et à la Cour de les saisir sans chercher à l'accomplir elle-même » (p. 48). Voir l'analyse de Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE, «Droit au juge, accès à la justice européenne», *Pouvoirs*, Vol. 1, No. 96, 2001, p. 123-141, qui reconnaît que « [...]il est donc admis désormais que l'article 6.1 de la CEDH fonde un droit très général d'accès à la justice [...] » : p. 125.

Au sujet du procès civil, Federico Gambini écrivait que «naturalmente, come chiarito ormai da tempo dalla giurisprudenza europea non si comprenderebbero la garanzia di procedura accordate dall'art. 6 alle parti di un'azione civile se tale disposizione non proteggesse, anzitutto, ciò che soltanto permette di beneficiarne: l'accesso al giudice»: Federico GAMBINI, «6 Diritto ad un equo processo», in BARTOLE Sergio, DE SENA Pasquale, ZAGREBELSKY Vladimiro, *Commentario alla Cedu*, CEDAM, coll. «Breviaria Iuris», 2012, p. 172-258, en particulier p. 175.

<sup>21</sup> Voir Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n. 13: protección judicial*, 2017; in particulier CourIDH, 3 novembre 1997, *Castillo Páez vs. Perú*, Fondo, Serie C, No. 34, p.t 82. En général Diego FREEDMAN, Shunko ROJAS, «Artículo 25. Protección Judicial», in ALONSO REGUEIRA Enrique M. (dir.), *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho argentino*, La Ley, 2013, p. 443-462.

## II. Le droit au juge indépendant

J'aborde maintenant la seconde question, c'est-à-dire les aspects de fond. Si l'on peut donc reconnaître en général l'affirmation du droit au juge, il est nécessaire toutefois de vérifier le contenu de ce droit. Je veux mettre en évidence deux éléments qui émergent des documents internationaux :

- A. le premier concerne l'effectivité des garanties assurées aux particuliers ;
- B. le second concerne les caractéristiques de l'autorité appelée à intervenir, c'est-à-dire les caractéristiques du juge.

### *A. L'effectivité des garanties assurées aux particuliers*

La Déclaration de 1948, tout comme les autres documents internationaux, demande aux États d'assurer aux particuliers « un recours effectif ». Il s'agit d'un élément essentiel pour la protection des droits qui ne peut être séparé du droit au juge. Les systèmes internationaux de protection des droits de l'homme sont confrontés à des expériences nationales très différentes et donc ils doivent mettre l'accent sur l'effectivité de la protection des droits, au-delà des solutions techniques utilisées. A cet égard, la CEDH est un exemple intéressant. Comme on l'a vu, l'article 13 prévoit un droit de recours devant une « instance nationale », sans la nécessité qu'elle soit une « instance judiciaire », même si le « Manuel de droit européen en matière d'accès à la justice » souligne le rôle de l'autorité judiciaire, en précisant que « les recours judiciaires offrent de solides garanties d'indépendance, d'accès à la procédure pour la victime et sa famille et d'exécution des décisions d'indemnisation, conformes à ce qu'exige l'article 13 »<sup>22</sup>.

La question est donc d'identifier le contenu substantiel du « recours effectif », quelle que soit l'autorité appelée à décider, mais en tout cas aussi quand elle est le juge.

Je peux citer l'interprétation que la Cour interaméricaine offre de l'article 25 de la Convention dédié à la « protection judiciaire » : « En interprétant le texte de l'article 25 de la Convention, la Cour a affirmé, dans d'autres occasions, que l'obligation de l'État d'assurer un recours judiciaire ne se réduit pas à la seule existence des tribunaux ou des procédures formelles ou à la possibilité de recourir aux tribunaux. Mais l'État a plutôt le devoir d'adopter toutes les mesures positives pour garantir que les

---

<sup>22</sup> Voir Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, Conseil de l'Europe, en association avec le Greffe de la Cour européenne des droits de l'homme, *Manuel de droit européen en matière d'accès à la justice*, cit., p. 110.

recours qu'il fournit à travers le système judiciaire sont 'vraiment des moyens effectifs pour établir s'il y a eu ou non une violation des droits de l'homme et pour fournir une réparation' »<sup>23</sup>.

Dans la jurisprudence européenne, la réflexion sur le droit au recours effectif prévu par l'article 13 a été, au moins dans une première période, négligée à cause du rôle prépondérant joué par l'article 6 sur le procès équitable. Toutefois, à partir de la décision *Kudla contre Pologne* de 2000, selon la doctrine, une nouvelle démarche est apparue, qui donne un rôle autonome à la garantie prévue par l'article 13. En l'espèce, la Cour a vérifié l'absence d'un recours qui permette au requérant de contester la violation du droit à un procès dans un délai raisonnable. Selon la Cour, « La fréquence croissante de ses constats de violation à cet égard a récemment amené la Cour à attirer l'attention sur le 'danger important' que la 'lenteur excessive de la justice' représente pour l'État de droit dans les ordres juridiques nationaux 'lorsque les justiciables ne disposent, à cet égard, d'aucune voie de recours interne' » (p.t 148) ; par conséquent « [Dans ces conditions], la Cour perçoit à présent la nécessité d'examiner le grief fondé par le requérant sur l'article 13 considéré isolément, nonobstant le fait qu'elle a déjà conclu à la violation de l'article 6 § 1 pour manquement à l'obligation d'assurer à l'intéressé un procès dans un délai raisonnable » (p.t 149)<sup>24</sup>. Une fois définie l'autonomie des griefs fondés sur l'article 13, la Cour a pu définir les éléments qui intègrent la garantie du droit au recours effectif, dans la perspective que le recours soit « effectif en pratique comme en droit »<sup>25</sup>.

La jurisprudence des Cours internationales offre un cadre très riche des paramètres pour vérifier les aspects substantiels de la garantie du droit au juge. Je me limite à quelques exemples. Un des problèmes les plus considérables est celui des coûts de la justice. Dans cette perspective, la réglementation de l'aide juridictionnelle fait partie intégrante du droit au juge, parce qu'elle conditionne la possibilité d'une action en justice<sup>26</sup>. Un autre aspect pertinent est la lenteur des procès.

---

<sup>23</sup> Voir Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n. 13: protección judicial*, 2017, en particulier, la citation dans le texte est tirée de CourIDH, 14 octobre 2014, *Los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 284, p.t 165.

<sup>24</sup> Voir Benoît DELAUNAY, « Le droit au juge et à un recours effectif selon la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (article 13) », *Zbornikradova Pravnogfakulteta u Splitu*, god. 52, 1/2015, p. 1.- 9, en particulier p. 3 et Martin KULJER, « Effective Remedies as a Fundamental Rights », intervention au *Seminar on human rights and access to justice in the EU*, 28-29 April 2014, Barcelona, Escuela Judicial Española & European Judicial Training Network (<https://www.doccity.com/it/effective-remedies-as-fundamental-rights/2529430/>).

<sup>25</sup> Voir Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, Conseil de l'Europe, en association avec le Greffe de la Cour européenne des droits de l'homme, *Manuel de droit européen en matière d'accès à la justice*, cit., p. 106.

<sup>26</sup> Je renvoie à la communication de Laurence GAY, « Le droit à l'aide juridictionnelle, composante du droit au juge en droit comparé » présentée à la Journée d'étude décentralisée de l'Association Française Des Constitutionnalistes

En ce cas la Cour interaméricaine a pris en considération la jurisprudence de Strasbourg pour identifier les éléments d'évaluation de la durée des procédures (en particulier la complexité de l'affaire, le comportement du plaignant et le comportement des autorités compétentes)<sup>27</sup>. Enfin, on peut citer aussi la question de l'exécution des décisions. La justice ne peut pas être considérée comme effective si les décisions ne sont pas respectées.

## ***B. Les caractéristiques du juge***

Enfin, il y a un dernier aspect que je souhaite mettre en évidence, à savoir la centralité que la réflexion sur les caractéristiques du juge est parvenue à atteindre au niveau global. En commentant l'article 8 de la Déclaration de 1948, qui présente la définition la plus pertinente du droit au juge (« Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi »), le professeur Oliver le Bot signale l'importance du fait que « l'organe compétent pour assurer la défense des droits fondamentaux doit être un organe juridictionnel [...] car le demandeur bénéficie de l'assurance que sa plainte sera examinée avec toutes les garanties qui s'attachent à l'intervention d'un organe de cette nature. »<sup>28</sup>

Comme on l'a vu, toutes les dispositions sur le procès équitable ou sur le droit de saisir le juge font référence au « tribunal indépendant et impartial » (art. 10 de la Déclaration de 1948 ; art. 6 de la CEDH ; art. 8 de la Convention américaine et art. 26 de la Charte africaine). C'est à propos de la CEDH que Jean-Bernard Auby – en citant une phrase de Mireille Delmas-Marty – affirme que « l'harmonisation est plutôt faible dans les affaires qui touchent à la morale et à la religion, et plutôt forte quand il s'agit de protéger l'autorité et l'impartialité de la justice. »<sup>29</sup>

Ces derniers aspects, que je peux résumer dans le sens de « droit au juge comme droit au juge indépendant », ont fait l'objet d'un riche approfondissement sur le plan global. C'est un exemple

---

intitulée : *Du « Droit constitutionnel au juge » vers un « Droit au juge constitutionnel » ? Perspectives de droit comparé*, Aix-en-Provence, 23 novembre 2018.

<sup>27</sup> Voir María Graciela CORTÁZAR, « Las garantías judiciales. Análisis a partir de los estándares de la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos », *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, Vol. II, 2012, p. 65–79, en particulier p. 72.

<sup>28</sup> Voir Olivier LE BOT, « Le droit au recours comme garantie des droits fondamentaux : l'article 8 de la Déclaration universelle des Droits de l'homme », cit., p. 110.

<sup>29</sup> Jean-Bernard AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, cit., p. 58.

intéressant du processus circulaire que j'ai signalé au début de ma contribution. La réflexion sur l'indépendance des juges s'est développée, non sans difficultés, au niveau national ; puis ce principe a été reconnu dans les constitutions des États et enfin, dans les années plus récentes, dans les conventions internationales. Le débat s'est donc développé aussi au niveau global, comme le témoigne l'élaboration de plusieurs instruments de *soft law*.

Je peux donner à titre d'exemple, pour synthétiser, le premier rapport publié en 1995 par le « Rapporteur spécial sur l'indépendance des juges et des avocats des Nations Unies », Param Kumaraswamy (qui reprend les considérations exprimées dix ans auparavant par Laxmi Mall Singhvi dans sa communication à la sous-commission sur la prévention de la discrimination et sur la protection des minorités) selon lequel « l'analyse historique et les caractères contemporaines des fonctions judiciaires et de la machine de la justice montrent la reconnaissance au niveau global du rôle spécial du pouvoir judiciaire. Les principes de l'impartialité et de l'indépendance sont la marque du fondement logique et de la légitimité de la fonction judiciaire dans tous les États. Les concepts d'impartialité et d'indépendance du pouvoir judiciaire doivent être aussi bien des attributs individuels que des conditions institutionnelles. Ce ne sont pas de vagues et nébuleuses idées, mais plutôt des concepts précis dans le droit national et international. Leur absence conduit au déni de justice et rend douteuse la crédibilité du procès judiciaire. Il est nécessaire d'insister sur le fait que l'impartialité et l'indépendance du pouvoir judiciaire constituent un droit humain des usagers de la justice plutôt qu'un privilège du pouvoir judiciaire dans son propre intérêt. » (p.t 75)<sup>30</sup>. De plus, les principes d'indépendance et d'impartialité sont qualifiés de « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », selon les dispositions de l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice. Ces affirmations impliquent la nécessité de définir les garanties que les États doivent assurer au juge. Il n'est pas possible de citer ici tous les documents qui ont été approuvés au niveau international pour établir des standards communs. On peut reprendre la distinction classique entre indépendance externe, par rapport aux autres pouvoirs de l'Etat, et indépendance interne, par rapport au « corps des magistrats ». En ce qui concerne la première question, plusieurs aspects ont été pris en considération, qu'on peut rassembler autour de trois éléments principaux : l'accès à la fonction judiciaire, l'exercice de la fonction judiciaire et la responsabilité<sup>31</sup>. Pour l'indépendance interne, l'évaluation est plus casuistique parce qu'elle est liée à l'organisation de la justice de chaque pays<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup>Voir Rapport du 1995, p.t 34 (E/CN.4/Sub.2/1985/18 and Add.1-6).

<sup>31</sup> Je me permets de citer ici Laura MONTANARI, « Spunti per una riflessione sull'indipendenza del Giudiziario nell'epoca della globalizzazione », *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Vol. VIII, 2017, p. 405-438.

<sup>32</sup>Voir Joost SILLLEN, « The concept of 'internal judicial independence' in the case law of the European Court of Human Rights », *European Constitutional Law Review*, Vol. 15, No. 1, p. 104-133.

Il est indéniable que l'on a assisté à un processus de définition de standards généraux qui se sont progressivement diffusés au niveau global. Ce processus est principalement lié aux phénomènes des transitions constitutionnelles et de la démocratisation, qui donnent à l'application de critères de conditionnalité démocratique. L'exemple plus connu est celui des pays de l'Europe de l'Est après la chute du mur de Berlin. Le désir d'accéder au « club européen » (Conseil de l'Europe et Union européenne) a conduit ces pays à adapter leurs nouvelles constitutions à une série de critères fixée à l'extérieur, critères liés notamment à l'indépendance de la magistrature. Mais la même démarche s'est développée aussi dans d'autres régions, sous l'effet de l'action de plusieurs sujets qui opèrent au niveau global. Prenons par exemple le cas de la Banque Mondiale qui, pour aider les pays en développement, demande elle aussi le respect d'une série de paramètres ; et la garantie de l'indépendance du pouvoir judiciaire fait partie des éléments-clés du principe du *rule of law*<sup>33</sup>. En conséquence, des solutions similaires se sont diffusées aussi en Amérique Latine et en Afrique.

La difficulté est celle de définir ces paramètres. Les éléments qui sont utilisés pour décliner l'indépendance en fait sont principalement tirés de l'expérience des démocraties occidentales. Ils sont donc le résultat d'une longue et complexe évolution historique, qui n'est pas partagée par les pays destinataires des « transplants constitutionnels ». Un exemple intéressant selon moi est celui de l'émergence du rôle des Conseils de justice (c'est le nom utilisé pour désigner les organismes indépendants sur le modèle des Conseils supérieurs de la magistrature italienne et française) qui, dans les documents internationaux et supranationaux, sont considérés comme essentiels pour garantir l'indépendance des juges. Il s'agit d'une solution élaborée dans les pays de l'Europe de l'Ouest à la fin de la seconde Guerre Mondiale qui, grâce au processus circulaire que j'ai mentionné à plusieurs reprises, s'est maintenant diffusée à un niveau global. Cependant, cette solution n'a pas manqué de susciter des contestations. Au niveau européen, il a été signalé que le fait d'imposer un Conseil de justice comme garant de l'indépendance des juges n'a pas pris en considération la tradition des pays de l'Est et surtout les particularités de l'expérience socialiste qu'ils ont vécue<sup>34</sup>. Des considérations similaires ont été développées également en relation à d'autres expériences, comme celles de

---

<sup>33</sup>Voir Roberto LAVER, « The World Bank and Judicial Reform: Overcoming “Blind Spots” in the Approach to Judicial Independence », *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 22, 2012, p. 183-238.

<sup>34</sup>Un approche très critique a été développée par Michal BOBEK, David KOSAŘ, « Global Solutions, Local Damages: A Critical Study in Judicial Councils in Central and Eastern Europe », *German Law Journal*, Vol. 15, No. 07, 2014, p. 1257-1292.

l'Amérique Latine. Dans ce cas-là, la création des Conseils de justice n'a pas forcément amélioré non plus l'indépendance de la magistrature<sup>35</sup>.

Les contestations que j'ai rappelées concernent seulement un aspect, mais elles illustrent bien la difficulté à élaborer des critères communs qui ne soient pas considérés comme l'expression d'une « forme moderne de colonialisme ». Cependant, malgré ces difficultés, on ne doit pas sous-estimer selon moi la recherche de standards communs en relation à la définition du « droit au juge ». La réflexion en cours au niveau global, qui implique non seulement les organisations internationales mais aussi les associations de juges qui opèrent dans les différents continents, est certainement un moyen de renforcer le lien entre l'affirmation des droits fondamentaux et la définition des instruments, de préférence juridictionnels, de leur garantie. Les interventions critiques offrent aussi l'opportunité d'améliorer les solutions pour renforcer l'indépendance du pouvoir judiciaire, qui est essentielle pour garantir l'individu contre les abus du pouvoir et donc pour garantir le respect des droits fondamentaux.

J'aimerais terminer cette contribution en espérant que ma réflexion aura démontré que, lorsque l'on aborde les questions classiques du droit constitutionnel, il est également nécessaire d'aller au-delà des frontières nationales, à travers une comparaison non seulement horizontale avec les autres États, mais aussi verticale en considérant la réflexion qui se développe au niveau global.

---

<sup>35</sup>Voir Linn HAMMERGREN, « Do Judicial Council Further Judicial reform? Lessons from Latin America », Carnegie Endowment for International Peace, Working Papers, No. 28, 2002, p. 1-44, [law.wisc.edu/gls/lhdjc.pdf](http://law.wisc.edu/gls/lhdjc.pdf)