

La soumission des mesures provisoires aux exigences du droit à un procès équitable et la dénonciation du lien de fraternité entre le juge et l'avocat de la partie adverse ou les grandes conséquences d'une affaire sans importance

(CEDH Gde ch., 15 oct. 2009, *Micallef c/ Malte*)

Jean-Pierre Marguénaud, Professeur de la Faculté de droit et des sciences économiques de Limoges (OMIJ)

Le 1er juin 2010 est une date qui comptera dans l'histoire déjà riche et un peu mouvementée de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales plus connue sous la dénomination raccourcie et européanisée de Convention européenne des droits de l'homme. C'est en effet la date de l'entrée en vigueur du protocole n° 14 amendant le système de contrôle de la Convention dans l'espoir très relatif de permettre à la Cour européenne des droits de l'homme de faire face à l'augmentation continue de sa charge de travail, illustrée en 2009 par l'afflux de 57 100 nouvelles requêtes. Signé depuis le 13 mai 2004, ce protocole a fait longtemps antichambre car son entrée en vigueur était subordonnée à une ratification unanime que la Russie, vexée par quelques constats de violations de droits de l'homme intangibles dressés notamment dans des affaires tchéchènes, a empêchée pendant 4 longues années. Pour sauver quelques aspects de cette réforme procédurale majeure menacée d'enlisement, un protocole 14 *bis*, applicable depuis le 1er octobre 2009 à l'égard d'une dizaine d'Etats, avait même dû être adopté en désespoir de cause. Or, à la surprise presque générale, cette technique de contournement partiel de l'obstacle politique à la mise en place du mécanisme procédural censé sauver la Cour de Strasbourg de l'asphyxie à laquelle son fulgurant succès l'expose, est vite devenue sans objet. En effet, la Douma d'Etat ayant fini par jeter sa rancune dans la Moskova au début de l'année 2010, la Russie a symboliquement saisi l'occasion de l'importante Conférence sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, qui s'est tenue à Interlaken les 18 et 19 février 2010, pour procéder à la ratification officielle du protocole n° 14 et permettre son entrée en vigueur 3 mois et quelques jours plus tard. Les conditions profondément renouvelées dans lesquelles la Cour EDH examine désormais les requêtes individuelles ne peuvent pas être présentées ici en détail. Un arrêt de Grande chambre *Micallef c/ Malte* rendu le 15 novembre 2009 invite néanmoins à souligner l'ambiguïté de la plus emblématique des innovations du protocole n° 14 : celle qui s'est traduite par une modification de l'article 35, § 3, de la Convention pour y faire figurer une nouvelle condition de recevabilité des requêtes individuelles tenant à l'exigence de ce que le requérant ait subi un préjudice important. Cette notion nouvelle n'ayant pas fait l'objet de la moindre tentative de définition, il est manifeste que les rédacteurs du texte s'en sont remis à la sagesse de la Cour de Strasbourg pour qu'elle en dégage, progressivement, les critères adaptés, voire adaptables, à la gravité des défis juridiques et statistiques qu'elle aura à relever. En attendant les premiers arrêts qui entreprendront cet essentiel travail interprétatif, il est permis de se demander si le « préjudice important » qui, à première vue, semble renvoyer à ce qu'il y a de plus patrimonial au coeur du droit de la responsabilité civile, n'est pas la notion la plus contraire à l'esprit des droits de l'homme que l'on aurait pu trouver. Parmi les plus grands arrêts jamais rendus par la Cour de Strasbourg, beaucoup, en effet, se rapportent à des affaires graves voire gravissimes dans lesquelles il eut été particulièrement difficile, sinon indécent, de qualifier de préjudice important la conséquence de la violation des droits de l'homme dont se plaignait le requérant. Quel pouvait bien avoir été le préjudice important subi par un Jeffrey Dudgeon - dont le nom est attaché à l'arrêt du 22 octobre 1981 repris à son compte par la Cour suprême des USA dans sa décision *Lawrence v. Texas* du 26 juin 2003 - que personne n'avait jamais menacé de poursuites sur le fondement des textes réprimant l'homosexualité entre adultes consentants dont le seul maintien symbolique dans l'arsenal répressif lui paraissait constituer une intolérable atteinte à sa vie privée ? Sauf à admettre l'existence du préjudice de vie, quel

pouvait bien être le préjudice important d'une Diane Pretty, qui a donné son nom au célèbre arrêt du 29 avril 2002, reprochant aux autorités de son pays d'avoir refusé de s'engager à ne pas poursuivre son mari quand il l'aurait aidée à se suicider pour échapper aux douleurs d'une atroce agonie provoquée par une maladie incurable ? Il peut en outre advenir que des événements dérisoires, qui semblent avoir été orchestrés à seule fin de démontrer la sagesse de l'adage *de minimis non curat praetor*, offrent l'occasion d'aborder des questions importantes. C'est précisément ce que montre l'affaire Micallef qui, au lieu d'aller jusque devant une Grande chambre, n'aurait très probablement pas franchi le cap de la recevabilité si elle avait été soumise au test désormais en vigueur du préjudice important.

Les faits rappellent étrangement le film « La femme du boulanger », dont tout le monde a plus ou moins entendu dire qu'il se termine sur la célèbre scène de la Pomponnette, mais dont plus personne ne se souvient qu'il commence par une dispute entre deux voisins à propos de l'ombre que les ormeaux de l'un faisait au jardin et aux épinards de l'autre. Cette fois la querelle avait pris, sinon de la hauteur, du moins de la verticalité. Elle avait en effet éclaté entre deux voisins parce que la voisine de l'appartement du dessus avait l'habitude d'étendre son linge au dessus de la cour de l'appartement du voisin du dessous. Excédé par l'ombre et l'égoutture qui lui venaient, notamment, des dessous de la femme du dessus, l'homme du dessous se mit en tête de prendre le dessus devant le tribunal. Il y parvint en effet puisqu'une injonction permanente de ne pas étendre le linge à sécher perpendiculairement à sa cour fut émise par les juridictions maltaises contre la surplombante lavandière. Cette victoire fut cependant acquise dans des conditions procédurales très équivoques et donna lieu à une bataille judiciaire si longue et si acharnée que la voisine du dessus passa de vie à trépas avant même d'en connaître l'issue nationale. C'est donc son frère qui la conduisit à son terme jusque devant la Cour constitutionnelle et qui, l'ayant définitivement perdue au motif que son recours était futile et abusif, a saisi la Cour européenne des droits de l'homme. La recevabilité même de la requête de M. Micallef se heurtait donc à un grave obstacle, indépendamment des circonstances burlesques dans lesquelles avait surgi le litige qui avait été pris tellement à coeur par sa soeur regrettée, puisque cette victime directe d'une prétendue atteinte au droit au respect des biens et au droit à un procès équitable était décédée avant d'avoir soumis une requête à la Cour. Alors en effet, il est plus difficile, selon une décision *Fairfield c/ Royaume-Uni* du 8 avril 2005, d'appliquer les principes qui permettent de maintenir, soit de la propre initiative de la Cour (cf. l'arrêt *Karner c/ Autriche*, CEDH, 24 juill. 2003, n° 40016/98, RTD civ. 2003. 764, obs. J.-P. Marguénaud ) , soit à la demande de proches quand bien même ne seraient-ils pas les plus proches (cf. décis. *Malhous c/ République tchèque* du 13 déc. 2000), une requête introduite par une personne décédée en cours de procédure européenne. Cependant, dans le prolongement de la décision *Loyen c/ France* du 5 juillet 2005 et de l'arrêt *Ressegatti c/ Suisse* du 13 juillet 2006, la Cour a estimé que M. Micallef avait qualité pour soumettre la requête à son examen puisqu'elle mettait en jeu une question importante d'intérêt général. Quelle pouvait bien être, au-delà de la dérisoire querelle de voisinage à propos du séchage du linge dans un pays méditerranéen, cette importante question d'intérêt général ? C'était celle de l'impartialité du juge, puisque, par un curieux hasard, le président de la cour d'appel qui devait donner tort à la voisine du dessus, se trouvait être le frère et l'oncle des avocats successifs du voisin du dessous. La gravité de cette allégation de partialité n'a pas convaincu les juges Costa, Jungwiert, Kovler et Fura, puisque, dans leur commune opinion dissidente se référant explicitement à l'exigence, encore hypothétique à l'époque, de la condition de préjudice important, ils ont ciselé cette formule implacable et imparable sur le plan rhétorique : « la disproportion entre la modestie des faits et ce luxe, voire cette débauche, de procédures, heurte le sens commun, alors surtout qu'il subsiste dans nombre d'Etats parties des violations graves des droits de l'homme. Notre Cour est-elle exactement faite pour cela ? ». Poser la question en ces termes, c'est y répondre tant il est évident que la Cour EDH n'a pas été instituée pour déterminer la bonne manière d'étendre la lessive. Cependant, il n'est pas tout à fait conforme aux exigences d'une société démocratique que les tribunaux soient le lieu où l'on peut laver le linge sale en famille. Les liens de fraternité entre juge et partie, qui, sans jouer sur les mots, peuvent être entendus dans un sens un peu différent de celui qui était directement en jeu dans l'affaire maltaise, sont d'une importance, voire d'une gravité, suffisantes, pour que, contrairement à l'opinion des quatre juges dissidents, la Cour ait pu être saisie, quatorze ans après le décès de la soeur du requérant, d'une « allégation d'impartialité » (qu'il eût peut-être été préférable de nommer

allégation de partialité) dont la portée générale est sans rapport avec la futilité des faits qui ont été l'occasion fortuite de sa formulation. Pour pouvoir se prononcer, au moins par ricochet, sur une question encore largement taboue sur le plan politique comme du point de vue juridique, la Grande chambre de la Cour EDH a dû commencer par résoudre une autre grave question, plus technique, tenant à l'applicabilité de l'article 6, § 1, de la Convention EDH consacrant le droit à un procès équitable. Techniquement, la procédure engagée contre la soeur de M. Micallef était, tous degrés de juridiction confondus par la Grande chambre, une procédure d'injonction classique. Pour pouvoir apprécier si le tribunal présidé par le proche parent des avocats de l'une des parties était impartial au regard des exigences de l'article 6, § 1, il fallait donc commencer par résoudre la question de savoir si cet article était applicable à une telle mesure provisoire. Or, la réponse que l'arrêt *Micallef* du 15 octobre 2009 lui a apportée, inaugure une « nouvelle approche » qui annonce de profonds bouleversements procéduraux.

L'article 6, § 1, est un des articles de la Convention les plus envahissants mais l'extension progressive de son champ d'application se réalise dans des conditions équivoques, et, finalement, attentatoire à la sécurité juridique, parce que ses rédacteurs ont entendu le limiter aux contestations sur des droits et obligations de caractère civil et au bien-fondé des accusations en matière pénale. La nécessité de composer avec ces critères a conduit la Cour de Strasbourg à échafauder des constructions jurisprudentielles bancales qui finissent par appeler une mise en cohérence. L'arrêt de Grande chambre *Vilho Eskelinen c/ Finlande* du 19 avril 2007 (CEDH, 19 avr. 2007, n° 63235/00, AJFP 2007. 246, note A. Fitte-Duval ¹ ; AJDA 2007. 1360, note F. Rolin ² ; RFDA 2007. 1031, note G. Gonzalez ³ ; JCP G 2007. I. 182, n° 3, obs. F. Sudre ; GACEDH, 5e éd. Puf, 2009, n° 22) qui a rectifié la solution de l'arrêt *Pellegrin c/ France* (CEDH, 8 déc. 1999, n° 28541/95, D. 2000. 181, obs. J.-F. Renucci ⁴) pour assouplir et clarifier le critère de soumission du contentieux de la fonction publique au volet civil de l'article 6, est un parfait d'exemple d'arrêt procédant à ce type de revirement technique de jurisprudence. L'arrêt *Micallef* aura le même rôle à l'égard des mesures provisoires. Jusqu'alors en effet, de telles mesures, au nombre desquelles figurent l'injonction, avaient été exclues du champ d'application de l'article 6 parce que, en principe, elles ne permettent pas de décider sur des droits et obligations de caractère civil (cf. décisis. *Wiot c/ France* du 15 mars 2001). Or, sensible à l'existence d'un large consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe quant à l'applicabilité de l'article 6 aux mesures provisoires ; fortement impressionnée par l'arrêt *Denilauler c/ Couchet Frères* du 21 mai 1980 par lequel la CJCE a jugé que de telles mesures doivent s'entourer de garanties d'équité de la procédure, la Cour de Strasbourg s'est persuadée de la nécessité de faire évoluer sa jurisprudence.

Aussi, l'arrêt *Micallef*, estimant qu'il ne se justifie plus de considérer automatiquement que les procédures d'injonction ne sont pas déterminantes pour des droits ou obligations de caractère civil, consacre-t-il une nouvelle approche. Elle consiste à placer désormais les mesures provisoires dans le champ d'application de l'article 6, § 1, à deux conditions et sous une importante réserve. La première condition est que le droit en jeu, tant dans la procédure au principal que dans la procédure d'injonction, soit de caractère civil au sens européen autonome de cette notion. L'exigence du caractère civil au regard des deux phases de la procédure rend d'ailleurs cette condition tellement restrictive que les juges Rozakis, Tulkens et Kalaydjieva ont formulé une opinion séparée pour la critiquer. L'autre condition est, en revanche, beaucoup plus souple. Elle permet, en effet, d'appliquer l'article 6 chaque fois que, après avoir examiné de près la nature, l'objet, le but et les effets de la mesure provisoire en question, on pourra considérer qu'elle est déterminante pour le droit ou l'obligation de caractère civil en jeu, indépendamment de la durée pendant laquelle elle a été en vigueur. Quant à la réserve, admise dans des cas exceptionnels, elle s'appuie sur une distinction entre les garanties inaliénables que sont l'indépendance et l'impartialité du tribunal d'un côté, et, de l'autre, les autres garanties qu'il peut se révéler impossible de respecter dans l'immédiat et qui ne peuvent s'appliquer, elles, que dans la mesure où le permettent la nature et le but de la procédure provisoire considérée. Même mesurée, cette nouvelle approche, est de grande importance. Elle contribue tout d'abord à un renforcement général des mesures provisoires puisqu'elle accorde à celles qui sont ordonnées par les juridictions internes un intérêt redoublé qui fait écho à celui que l'arrêt de Grande chambre *Mamatkoulov et Askarov c/ Turquie* du 4 février 2005 et l'arrêt *Paladi c/ Moldavie* du 10 mars 2009 ont reconnu à celles qui sont

indiquées par la Cour de Strasbourg elle-même en début de procédure européenne. Elle marque peut-être, mais surtout, l'amorce d'un alignement de l'interprétation de l'article 6 de la Convention EDH sur l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui ne devait entrer en vigueur que un mois et demi après l'arrêt *Micallef*, mais dont la Cour de Strasbourg observait déjà, au paragraphe 32 dudit arrêt, qu'il ne limite pas, lui, le droit à un procès équitable aux contestations sur des droits et obligations de caractère civil ou accusations en matière pénale et ne renvoie pas non plus à des décisions relatives à de telles contestations. Il appartiendra, en outre, aux grands maîtres du droit processuel d'apprécier concrètement les retombées que l'arrêt *Micallef* pourrait avoir sur chaque type de mesures provisoires qui sont ordonnées par les juges français. Même si la France a été rangée au nombre des Etats qui ont contribué à dégager un large consensus quant à l'applicabilité de l'article 6 aux mesures provisoires, on pourrait, par exemple, se demander dans quelle mesure la nouvelle approche de l'arrêt *Micallef* pourrait remettre en question la solution retenue dans l'affaire *Wiot* (préc.) relative à la durée d'une procédure de référé. Toujours est-il que les conditions de la nouvelle approche étaient remplies dans l'affaire maltaise qui portait en substance sur l'usage par des voisins des droits de propriété. En conséquence, la Cour de Strasbourg a pu aborder frontalement la question de la garantie d'impartialité du tribunal qu'il est désormais indispensable de respecter dans une procédure mettant en place des mesures provisoires.

Après avoir rappelé que l'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris et qu'elle peut s'apprécier soit d'une manière subjective, en tenant compte de la conviction personnelle et du comportement de tel juge, soit d'une manière objective, accordant une importance certaine aux apparences et au célèbre adage anglais « *justice must not only be done, it must also be seen to be done* », la Cour considère que la composition du tribunal, qui avait fini par valider l'injonction émise contre la soeur de M. Micallef, « n'était pas de nature à garantir son impartialité et n'avait pas satisfait aux exigences de la Convention en matière d'impartialité objective ». Si une conclusion aussi implacable - débouchant, par 11 voix contre 6, sur un constat de violation de l'article 6, § 1, - a pu être tirée, c'est parce que le droit maltais de l'époque ne reconnaissait pas que, dans un petit pays où l'on rencontre couramment des familles entières de praticiens du droit, le lien de fraternité entre un juge et un avocat constituait un problème et donc un motif de récusation. En droit français, il ne devrait pas y avoir pareil « problème » puisque la récusation d'un juge peut être demandée si lui-même ou son conjoint est parent ou allié de l'une des parties ou de son conjoint jusqu'au quatrième degré inclusivement grâce à l'article 111-6 du code de l'organisation judiciaire ; lequel néanmoins n'envisage pas directement le lien de parenté ou d'alliance entre le juge et l'avocat d'une des parties. L'arrêt *Micallef* pourrait donc, en tant que de besoin, aider à préciser que les exigences d'impartialité doivent, y compris à l'égard des mesures provisoires, prendre en compte ces liens entre le juge et les avocats. Néanmoins, l'essentiel est ailleurs. L'essentiel est que le lien de fraternité, dont l'existence pose un problème spécifique au regard de l'exigence d'impartialité dans la mesure où il est plus fort et plus stable que l'amitié notoire reléguée à la fin de la liste de l'article 111-6, ne relie pas seulement ceux qui ont juridiquement le même père et/ou la même mère. Il existe en effet des liens de fraternité qui ne découlent pas de la loi mais du serment. Il peut donc y avoir tout aussi bien défaut d'impartialité objective lorsque le juge qui a prêté serment à son entrée en fonction est liée par un autre serment à l'égard d'un frère ou d'une soeur, partie, ou avocat d'une des parties au litige qu'il doit trancher, qui appartient à la même obédience que lui. Peut-être, dès lors, peut-on comprendre pourquoi tant d'efforts sont déployés pour accréditer l'idée suivant laquelle l'affaire *Micallef* est une affaire de querelle de voisinage dérisoire, que le bon sens aurait commandé de ne jamais soumettre à la Cour EDH. En réalité, la question sous-jacente que certains voudraient peut-être empêcher de voir est une question d'une extrême gravité : celle posée par le recteur Serge Guinchard dans la 5e édition de son Précis Dalloz de droit processuel (p. 858), de savoir si l'appartenance philosophique à une obédience maçonnique peut constituer un vice de partialité. Dans la mesure, et seulement dans la mesure, où le juge serait lié par un serment de solidarité ou d'assistance à l'égard d'une partie ou d'un avocat de la même obédience et se trouverait ainsi en proie à un conflit de loyautés, on ne conçoit pas comment la réponse pourrait être négative. Aussi, faut-il se demander si l'arrêt de Grande chambre *Micallef c/ Malte* du 15 octobre 2009, qui a apporté à la jurisprudence relative aux mesures provisoires la cohérence qui lui manquait, n'a pas créé une nouvelle ambiguïté qu'il

faudra bien dissiper un jour, en rendant une solution stigmatisant les liens de fraternité entre le juge et l'avocat qui n'est pas conciliable avec l'affirmation, par sa décision *Salaman c/ Royaume-Uni* du 15 juin 2000, suivant laquelle l'appartenance d'un juge à la franc-maçonnerie n'est pas, en soi, une raison de douter de l'impartialité du tribunal lorsqu'un autre franc-maçon est partie au litige.

Mots clés :

DROIT ET LIBERTE FONDAMENTAUX * Procès équitable * Tribunal impartial et indépendant * Composition * Juge et avocat * Fratrie * Champ d'application * Mesure provisoire * Cour européenne des droits de l'homme * Recevabilité des requêtes * Préjudice important * Intérêt général

RTD Civ. © Editions Dalloz 2010