

## HUMAN DIMENSION MEETING ON DEMOCRATIC LAWMAKING

Warsaw 2 octobre 2013

### Democratic Lawmaking , Independence of the Judiciary, Right to a fair Trial

Introducer: Mr. Yves Doutriaux, State Counsellor (member of the *Conseil d'Etat*)

Comme il est naturel la dimension humaine des engagements des Etats participants de l'OSCE embrasse de nombreux thèmes imbriqués les uns dans les autres , comme le prouve la diversité des sujets abordés chaque année aux travaux de Varsovie organisés par le BIDDH.

Les trois thèmes distincts de ce matin d'une certaine façon sont liés entre eux.

Ainsi **une loi bien faite** grâce à une préparation bien pensée par le Gouvernement et l'administration , après **une large consultation** de toutes les parties prenantes concernées de la société civile , puis votée par un Parlement élu démocratiquement présente les plus grandes chances d'être appliquée effectivement par les citoyens et les entreprises, **sous le contrôle d'une justice chargée de veiller à la bonne interprétation de cette loi à chaque cas particulier soumis à son appréciation, indépendante** de toute ingérence et devant laquelle « **toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement** »(article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales).

- I- Il convient d'abord que « **la loi soit bien faite** » , ce qui implique, avant sa délibération par le Parlement qui doit être suffisamment éclairé, **des études préalables d'impact et de larges consultations auprès des personnes les plus**

**directement intéressées** ainsi que le soulignent plusieurs engagements de l'OSCE :

- Copenhague 1990 :” *legislation adopted at the end of a public procedure and regulations will be published that being the condition for their applicability. Those texts will be **accessible to everyone** ».*
- Moscou 1991:”*Legislation will be formulated and adopted as the result of **an open process** reflecting the will of the people or through their elected representatives”.*

La « procédure publique » ouverte et transparente implique que la Loi doit être élaborée de manière concertée par une consultation la plus large possible de toutes les parties prenantes intéressées dont l'opinion doit être prise en compte préalablement par les auteurs du projet de Loi.

Pour être accessible à tous, la Loi doit être non seulement publiée mais d'abord être **rédigée de façon claire** – même pour un non-spécialiste du droit- de manière à assurer la sécurité juridique des personnes destinataires de cette Loi qui doivent connaître leurs droits et obligations sans risque d'interprétations divergentes par les administrations sources de multiplication de contentieux.

Dans un discours prononcé à Skopje en 2010 on “Recommendations on Improvement of the Law-Making Process”, l'Ambassadeur Lenarcic a cité le Chancelier Bismarck qui aurait dit que “*moins les citoyens connaissent le mode de fabrication des saucisses et des Lois, mieux ils dormiront* ». Comme M.Lenarcic, je considère que les citoyens dorment mieux s'ils ont l'assurance que les lois qui s'imposent à eux sont les meilleures possibles. Comment mieux garantir cette assurance ?

Parmi des recommandations faites lors d'un « Supplementary HD Meeting » in Vienna (6-7 novembre 2008) on « Democratic Lawmaking » auquel j'ai participé à la Hofburg , je relève : -« *the scope and procedural requirements for legislation should be stipulated in national constitutions or organic laws* »: c'est ainsi qu'en France- s'inspirant de dispositifs antérieurs existants au Royaume-Uni, au Canada, aux Etats-Unis, en Allemagne ainsi qu'au sein des Institutions européennes notamment - une loi organique de 2009 ( de niveau quasi-constitutionnel afin qu'elle s'impose non seulement à l'administration chargée de préparer les

projets de loi mais aussi au Parlement chargé de les examiner puis de les voter) prévoit que le Gouvernement doit soumettre au Parlement avec tout projet de loi- de manière à l'éclairer sur toutes les implications du projet de Loi- une **étude d'impact** de ce projet définissant :

- ses objectifs,
- les autres options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles (« option zéro » sur laquelle je reviendrai, ou recours à l'auto- régulation par les personnes intéressées, ou recours à la décentralisation plus proche des citoyens que le niveau de l'Etat central...)
- les motifs du recours à une nouvelle législation,
- l'articulation avec le droit européen, lui-même de plus en plus développé
- les modalités d'application ( trop de lois ne sont pas appliquées avant longtemps faute de décrets d'application et créent ainsi de légitimes frustrations...)
- l'évaluation des conséquences économiques, financières, sociales et environnementales, ainsi que des coûts et bénéfices financiers attendus des dispositions envisagées pour chaque catégorie de personnes physiques et morales intéressées
- les consultations préalables menées....

A cette réunion de Vienne,j'avais rappelé(cf PC.SHDM.DEL/25/08/corr.1 4 November 2008) que « *trop de Lois tue la Loi* »- on parle souvent *d'une inflation de lois*- aux dépens des administrations incapables de les appliquer et des citoyens incapables de les connaître parce que les lois sont trop nombreuses et changeantes voire contradictoires<sup>1</sup>, sources d'insécurité juridique.

C'est la raison pour laquelle avant de faire une nouvelle loi – ce qui peut être nécessaire du fait de changements dans la société(nouveaux droits à reconnaître en faveur de certaines catégories de personnes dans le cadre de la lutte contre les discriminations de toute

---

<sup>1</sup> A titre d'exemple, dans le cadre d'un jumelage financé par l'Union européenne entre mon institution(ainsi que ses homologues de Suède et de Lituanie) et la haute cour administrative d'Ukraine, j'ai pu constater combien la justice ukrainienne et les citoyens et entreprises de ce pays étaient les victimes en quelque sorte de la profusion des lois votées par la Rada- dans le domaine de l'aide sociale en particulier- non assorties des appropriations budgétaires correspondantes dans les budgets annuels de l'Etat votés par la même Rada. D'où la frustration des citoyens, l'encombrement des tribunaux administratifs puis les condamnations prononcées par la Cour européenne de Strasbourg pour inexécution par les administrations ukrainiennes des décisions de justice

sorte, vieillissement de la population, questions déontologiques sur la vie- procréation artificielle- ou la mort assistée...), de défis nouveaux auxquels il faut répondre (menaces sur l'environnement ou la santé publique, protection des consommateurs, lutte contre la criminalité...), d'obligations européennes ou internationales qu'il faut respecter, d'un changement de gouvernement et de promesses électorales...- « **l'option zéro** » doit être considérée lors de l'étude préalable d'impact et des consultations avec les personnes intéressées. Si l'option zéro est retenue, cela signifie qu'aucune loi nouvelle ne sera édictée et que la loi ancienne restera inchangée ou que d'autres solutions seront recherchées sans changement de loi...

L'Agenda annoté de notre réunion insiste à juste titre sur **les consultations préalables** des personnes intéressées (« open process » « online » et ou « offline ») avant l'élaboration d'un projet de loi : Habermas a écrit : « *Les citoyens doivent pouvoir se concevoir comme les auteurs du droit auquel ils sont soumis* »<sup>2</sup> ; « *Seule la délibération est susceptible d'entraîner un effet de légitimation* »<sup>3</sup>.

Une loi, fruit de véritables concertations préalables, a plus de chances d'être bien appliquée par les administrations, les citoyens et les entreprises sous le contrôle des juges. Mais comment organiser ces consultations de manière à ce qu'elles ne soient pas purement formelles ? Ici encore échangeons les bonnes pratiques dont je peux donner quelques exemples :

- la Commission européenne est engagée dans un exercice de « Better Regulation » : notamment un « Green Paper », qui comprend des options soumises à une large consultation souvent électronique, puis, au vu des réponses et commentaires donnés par les parties prenantes, un « White Paper » propose au public intéressé et aux Gouvernements l'option principalement retenue par la Commission. Ce n'est qu'ensuite qu'une directive ou un règlement sera proposé. Evidemment le processus d'élaboration est ainsi plus long. Mais souvent il faut accepter de perdre apparemment du temps pour aboutir à une Loi mieux acceptée puis appliquée.

- aux Etats-Unis, outre la pratique des « Hearings » et celle du « Negotiated Rulemaking Act » - toutes les parties intéressées doivent s'accorder – par exemple en vue d'une auto-régulation - après avoir débattu sous le contrôle d'un Facilitator - de nombreuses Agences

---

<sup>2</sup> In Traité de l'agir communicationnel 1987

<sup>3</sup> In Droit et démocratie 1997

fédérales pratiquent la formule « *Notice and Comment* » : le public est invité à commenter « online » les projets de réglementation pendant une période d'au moins 60 jours, l'Agence devant analyser et prendre en compte les commentaires dans le texte définitif en motivant les réponses choisies.

-au Royaume-Uni, existe un « Code on practice on Consultation » dont le respect est contrôlé par le « Better Regulation Executive » qui a un accès direct au Cabinet Office du Premier Ministre.

-en matière de développement durable et d'environnement, l'article 8 de la Convention d'Aarhus de 1998 est un modèle : « PARTICIPATION DU PUBLIC DURANT LA PHASE D'ELABORATION DE DISPOSITIONS REGLEMENTAIRES ET/OU D'INSTRUMENTS NORMATIFS JURIDIQUEMENT CONTRAIGNANTS D'APPLICATION GENERALE » :

*« Chaque Partie s'emploie à promouvoir une participation effective du public à un stade approprié - et tant que les options sont encore ouvertes -durant la phase d'élaboration par des autorités publiques des dispositions réglementaires et autres règles juridiquement contraignantes d'application générale qui peuvent avoir un effet important sur l'environnement. A cet effet, il convient de prendre les dispositions suivantes :*

*a) Fixer des délais suffisants pour permettre une participation effective;*

*b) Publier un projet de règles ou mettre celui-ci à la disposition du public par d'autres moyens; et*

*c) Donner au public la possibilité de formuler des observations, soit directement, soit par l'intermédiaire d'organes consultatifs .*

*Les résultats de la participation du public doivent être pris en compte autant que possible » .*

De ces bonnes pratiques et références , on peut retenir quelques principes directeurs:

- les informations sur lesquelles l'administration entend fonder l'élaboration du projet de loi envisagé doivent être accessibles au public intéressé

-tous les participants à la consultation doivent pouvoir commenter le projet, leurs commentaires doivent être diffusés à tous

-l'organisation de la consultation doit être impartiale et loyale sous l'égide chaque fois que nécessaire d'un « facilitateur » neutre ( extérieur à l'administration)

-des délais raisonnables doivent être garantis aux citoyens ou organismes de la société civile afin qu'ils disposent du temps nécessaire pour donner leur opinion en toute connaissance de cause

- les suites réservées à la consultation doivent être diffusées par l'administration.

L'administration doit expliquer les raisons pour lesquelles certains points de vue ne sont pas pris en considération par les auteurs du projet .

Evidemment tout ce qui a été dit ici est valide non seulement pour l'élaboration d'un projet de loi mais aussi pour tout grand projet d'intérêt public (construction d'autoroutes, de lignes de TGV , d'un aéroport etc....), sachant qu'il conviendra d'arbitrer entre l'intérêt général et les intérêts particuliers lesquels sont parfois contradictoires entre eux( association de défense de l'environnement contre usagers des transports publics...), sous le contrôle du juge.

Le recours à Internet facilite considérablement la consultation mais il faut lutter contre la « fracture numérique » qui exclut les publics vulnérables( malvoyants, personnes âgées, migrants, personnes illettrées...) en prévoyant pour ceux-ci des moyens d'accès( intermédiation par des associations etc...)

L'OSCE et le BIDDH ont mis en place des projet concret de coopération et d'assistance juridique ( Legislationline, conseil juridique à la demande d'Etats participants...).Ces échanges de bonnes pratiques entre Etats participants de l'OSCE facilités par le BIDDH , qui s'appuient sans doute sur les principes que je viens de rappeler , devraient être systématisés.

## **II- Le contrôle de l'exécution de la Loi doit être assuré par une justice indépendante :**

L'indépendance de la justice figure parmi les engagements des Etats participants ( Helsinki 2008, Moscow 1991). Au-delà du principe de la séparation des pouvoirs et de la garantie de l'indépendance de la Justice qui figurent dans toutes nos Constitutions , il faut s'interroger sur le caractère effectif de l'indépendance de la justice : le diable étant dans les « détails », il faut vérifier le mode de formation, de sélection et de promotion des juges, de l'évaluation de leurs performances- quelles sont les bonnes statistiques à rechercher lorsqu'il s'agit d'évaluer le fonctionnement des juridictions, préalable nécessaire au vote des crédits budgétaires par le Parlement- , l'organisation de la gestion des tribunaux et les conditions de leur financement et de rémunérations des juges....

Le principe devrait être que les tribunaux doivent **pouvoir « s’auto- gouverner »** sans ingérence des autres branches de l’Etat (Exécutif et législatif)<sup>4</sup>, sans influence non plus des intérêts privés ou partisans. Les juges doivent pouvoir juger sans recevoir d’instruction de quiconque, sans être manipulés, sans être assujettis à la corruption, d’où l’importance d’une rémunération suffisante des juges.

Il y a plusieurs modes de garanties de l’indépendance des juges. La sélection des juges peut procéder de l’élection( par exemple dans certains cas aux Etats-Unis) ou de la nomination par des conseils indépendants de juges ( par exemple en France le Conseil supérieur de la magistrature).Une fois recrutés, les juges peuvent bénéficier d’une nomination à un poste déterminé pour une longue période ( inamovibilité) , ce qui leur assure la plus grande liberté pour juger les affaires qui leur sont soumises en interprétant la loi applicable, dont on a dit plus haut qu’idéalement cette loi doit être « accessible » et de « bonne qualité »après étude préalable et large consultation. L’inamovibilité permet aux juges de prendre des décisions- le plus souvent collégalement- en toute liberté , même si ces jugements sont susceptibles d’être impopulaires ou d’aller à l’encontre d’intérêts puissants.

Les Etats participants de l’OSCE ont opté pour des systèmes variables en ce qui concerne le contrôle exercé par les juges sur le pouvoir législatif : la Cour suprême des Etats-Unis peut déclarer inconstitutionnelle une loi adoptée par le Congrès des années après son adoption à l’occasion d’un contentieux né de son application. Revenant sur la tradition issue de la révolution française de 1789 selon laquelle la Loi étant « souveraine » elle ne pouvait être contestée, la France vient également , depuis la révision constitutionnelle de 2008, d’établir une possibilité pour le justiciable de contester la constitutionnalité de la loi qui lui est appliquée à l’occasion d’un contentieux , qui sera alors suspendu pour permettre un examen dans des délais brefs de cette « question prioritaire de constitutionnalité ». Mais l’accès à notre Conseil constitutionnel n’est pas direct et est « filtré » par l’une de nos deux cours suprêmes ( le Conseil d’Etat ou la Cour de cassation) chargée de vérifier le caractère sérieux de la question posée.

L’Etat de droit (“Rule of law”) signifie que tout citoyen doit pouvoir accéder à un juge afin de contester toute décision du Gouvernement ou de n’importe quelle administration qui lui fait grief en affectant ses droits et intérêts. Toute limitation à ce droit d’accès au juge viole

---

<sup>4</sup> Une partie de ce qui suit vient d’une intervention que j’ai faite à Astana – Décembre 2012-en présence du Premier ministre du Kazakhstan à l’invitation de l’US Chamber of Commerce in Kazakhstan et de la Commission européenne.

l'Etat de droit. C'est ainsi qu'en France désormais les personnes emprisonnées et condamnées peuvent contester devant les tribunaux des mesures qualifiées auparavant de « mesures d'ordre intérieur » prises par le directeur d'une prison lorsqu'elles estiment que ces mesures affectent excessivement leurs droits issus par exemple de la Convention européenne des droit de l'homme ( droit à disposer d'une cellule individuelle, de pouvoir être visité par sa famille, la responsabilité de l'Etat pouvant être mise en cause en cas de violences commises par un autre prisonnier ou de tentative de suicide facilitée du fait d'un défaut de surveillance...).

Le contrôle exercé par la Cour européenne des droits de l'homme ou , pour ce qui concerne l'application dans les Etats membres de l'UE du droit de l'Union européenne, par la Cour européenne de justice a eu un effet important sur la jurisprudence développée par les juridictions nationales puisque les jurisprudences européennes s'imposent aux Etats, aux administrations et aux tribunaux nationaux. A cet égard, les juridictions des Etats entretiennent une sorte de dialogue constant avec les juges des cours européennes par le jeu des questions préjudicielles posées à la Cour de justice de l'UE ou –demain- par la possibilité de poser des questions à la Cour européenne des droits de l'homme lorsque le nouveau protocole n°16 adopté par le conseil des ministres du Conseil de l'Europe du 10 juillet 2013 entrera en vigueur. Ce dialogue des juges peut faire l'objet d'échanges de bonnes pratiques entre juges nationaux à l'instar du très fructueux jumelage financé par l'UE dans le cadre de son « partenariat oriental » entre mon institution, le Conseil d'Etat , associée aux cours administratives supérieures de Lituanie et de Suède, d'une part, et la cour administrative supérieure d'Ukraine (VASU) , d'autre part. Ce jumelage ,qui vient de s'achever après deux années de missions d'expertises , de visites d'études et de formations, a permis notamment d'échanger –avec le soutien du bureau du coordonnateur de projets de l'OSCE à Kiev- sur nos interprétations respectives de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'accès aux juges (art 6) ou de liberté d'association(art 11) , de liberté de religion et de conscience(art 9) .... Ainsi, pour les Etats membres du Conseil de l'Europe, c'est-à-dire un nombre considérable d'Etats participants de l'OSCE, les engagements politiques pris dans le cadre de l'OSCE prennent une forme juridiquement contraignante par le contrôle exercé par les juges sous le contrôle des cours européennes. Mais les Etats participants , qui ne sont pas parties à ce stade au Conseil de l'Europe , sont évidemment également engagés par les déclarations politiquement contraignantes prises dans le cadre de l'OSCE depuis la charte d'Helsinki, lesquelles doivent également inspirer leurs législations internes et la jurisprudence de leur tribunaux dans le respect de leur indépendance, d'autant

que la rédaction du pacte des droits civils et politiques de l'ONU signé par la quasi-totalité des Etats participants est souvent assez proche de celle de la Convention européenne des droits de l'homme et des engagements politiques pris dans le cadre de l'OSCE..

Au coeur de l'Etat de droit, il y a donc l'accès pour le justiciable à un tribunal indépendant .Encore faut-il que ce « tribunal indépendant » , chargé d'interpréter la loi et de l'appliquer à chaque situation spécifique soumise à son appréciation , puisse contribuer au développement par les cours suprêmes de chaque Etat d'une jurisprudence cohérente et prévisible – même si évidemment elle est susceptible d'évolutions afin de tenir compte de l'évolution de la société et du droit notamment européen- de manière à protéger la sécurité juridique des justiciables y compris des entreprises. On voit ici le lien entre une jurisprudence transparente – donc accessible et publiée -et cohérente développée par des tribunaux indépendants – conforme à l'Etat de droit- et l'attractivité internationale des Etats comme lieu d'accueil des investisseurs internationaux : ainsi la dimension économique de l'OSCE ( la deuxième corbeille) rejoint sa dimension humaine( la 3<sup>ème</sup> corbeille).C'était le sens de mon intervention à Astana en décembre 2010, le Kazakhstan étant éminemment désireux d'accueillir des investisseurs étrangers pour développer ses ressources minières et énergétiques.

Si les juges doivent être indépendants, ils doivent aussi être impartiaux subjectivement et objectivement : une affaire ne doit jamais être « préjugée » sans considération de ses mérites au vu des mémoires échangés entre les parties au jugement et des observations orales émises lors de l'audience publique. L'impartialité objective des juges doit « éclater aux yeux » du justiciable en ce sens qu'elle doit non seulement être effective mais aussi « apparente » selon le fameux principe dégagé par Lord Chief Justice Hewart (1924) -selon lequel « *Not only must Justice be done; it must also be seen to be done* ».Un tribunal doit non seulement être impartial mais en outre donner l'apparence d'être impartial.

Mais ce n'est pas tout, le libre accès au juge implique aussi que le jugement doit être rendu dans « un délai raisonnable » , ce délai tenant compte évidemment du comportement respectif des parties au procès , parfois responsable des délais, et de la complexité de l'affaire soumise à l'appréciation des juges. Sous l'effet de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la responsabilité des Etats parties du Conseil de l'Europe peut être mise en cause en cas de retard déraisonnable, ce qui incite nos tribunaux à veiller au respect des délais sans que cela se fasse au mépris de la qualité des jugements rendus. D'où l'importance donnée aux statistiques relatives aux délais dans lesquels les jugements sont rendus à chaque

niveau de juridiction ( 1<sup>ère</sup> instance, appel, cassation), en tant qu'indicateurs parmi d'autres de la « performance » des juridictions nationales.

Enfin l'accès au juge repose aussi sur les avocats : les justiciables doivent pouvoir faire appel à des avocats indépendants, qualifiés et organisés dans le cadre de barreaux ( « bar associations »).C'est ainsi qu'en France une décision récente du Conseil constitutionnel prévoit que désormais toute personne en garde à vue a le droit de faire appel à un avocat dès après la première heure de sa détention. Les justiciables démunis doivent pouvoir bénéficier de l'aide judiciaire ( « legal aid »), les étrangers d'une interprétation dans une langue qu'ils comprennent.

Parmi les parties au procès équitable, il faut dire aussi un mot du procureur, dont une certaine autonomie au regard du Gouvernement doit être assurée, et qui doit représenter les intérêts de la société dans son ensemble notamment lorsque les victimes d'un crime ou d'un délit ne déposent pas de plainte .A cet égard en France, sous l'effet notamment de la jurisprudence de Strasbourg, le mode de nomination et de promotion du procureur a fait l'objet de réformes récentes afin que son autonomie jusque là insuffisante par rapport à l'exécutif soit mieux garantie. Mais il semble que des progrès supplémentaires aient encore été réalisés.

Enfin il n'est pas tout d'avoir accès à un tribunal indépendant et impartial, encore faut-il – ce qui peut paraître évident mais ne l'est pas toujours- que son jugement soit exécuté( « enforced »).En dépit de certaines réformes récemment intervenues, les juges administratifs ukrainiens par exemple, dont j'ai parlé plus haut , nous ont demandé notre expertise afin de proposer des changements légaux de manière à les aider à faire face à un problème sérieux de non-exécution massive de nombreux jugements portant condamnation de l'Etat ou d'autres administrations à payer des sommes d'argent à des justiciables( aides sociales, pensions dues à des fonctionnaires, taxes exigées indûment et payées par des entreprises...).L'accumulation de dettes ainsi impayées par les administration à la suite de jugements instaure le doute du public à l'encontre de juges estimés peu capables de faire respecter leurs jugements.

Ainsi le risque est que les citoyens- devenus par la force des choses sceptiques voire cyniques- tendent à se détourner de la justice, se découragent, ne croient plus en leurs institutions et ne participent plus aux scrutins, que les entreprises n'investissent plus...On le voit l'inexécution des jugements conduit à une sorte de cercle infernal qui éloigne des exigences de l'Etat de droit et est susceptible d'emporter des effets sur l'ensemble de la société.

L'observation d'audiences publiques des tribunaux d'Etats participants( je me souviens que des officiers en droits de l'homme juristes en étaient chargés par des missions de terrain de l'OSCE par exemple au Kosovo ou en Bosnie) permet de s'assurer que nos Etats veillent bien au respect de l'Etat de droit au sein de leurs juridictions et que les juges eux-mêmes disposent des moyens légaux et budgétaires de manière à ce que leur indépendance soit garantie afin qu'ils puissent assumer leur mission fondamentale au cœur de l'Etat de droit qui est de veiller à l'application de la loi en garantissant l'accès libre des citoyens à un tribunal impartial et sans préjugés.