



*Direction de la Recherche
et Documentation*

NOTE DE RECHERCHE

Possibilité et conditions d'un contrôle incident de la procédure de nomination d'un juge

[...]

- Objet:
- Étude sur la possibilité d'effectuer un contrôle incident de la procédure de nomination d'un juge afin de garantir le respect du droit fondamental à un juge légal et à un tribunal impartial.
 - Conditions procédurales et/ou matérielles, ainsi que limites du contrôle effectué.
 - Examen des conditions dans lesquelles une irrégularité dans la nomination d'un juge comporte, selon la jurisprudence nationale, une violation du droit fondamental susmentionné.

[...]

Mai 2019

[...]

SYNTHESE

1. Il ne fait pas de doute que dans la très grande majorité des 28 ordres juridiques examinés, il est possible de procéder au contrôle de la régularité de la composition d'une formation de jugement, soit de manière incidente dans le cadre d'un pourvoi, soit – plus rare – par le biais d'une procédure de révision une fois une décision rendue par cette formation devenue définitive.
2. S'agissant cependant de la portée et des modalités d'un tel contrôle exercé de façon incidente et, plus précisément, du contrôle plus ciblé de la régularité de la procédure de nomination d'un juge siégeant dans la formation, les recherches effectuées ne permettent que de dresser un tableau assez disparate et peut-être, à certains égards, lacunaire.
3. Il s'avère que le contrôle incident peut porter, d'une part, sur la régularité de la composition d'une formation de jugement en ce sens qu'est contrôlé, par exemple, le respect du nombre correct de juges dans la formation, l'absence d'un certain nombre d'incompatibilités liées à la personne d'un juge pouvant éventuellement justifier une récusation par une partie, ainsi que le respect de certaines conditions au moment du jugement telles que l'absence, dans la formation, d'un juge ayant atteint l'âge légal de la retraite ou d'un juge non professionnel ne disposant plus de domicile dans le ressort de la juridiction.
4. Plus particulièrement, le contrôle peut porter sur la question de la régularité de la désignation, au sein d'une juridiction, d'un juge ou d'une formation dans laquelle siège celui-ci. Il s'agit ainsi notamment d'irrégularités liées à l'affectation d'un juge ou à l'attribution d'une affaire dans le respect du plan de répartition des responsabilités.
5. D'autre part, dans certains États membres, le contrôle incident peut également porter sur la régularité de la procédure de nomination d'un juge. Aux fins de la présente note, ce cas de figure vise autant l'existence de la nomination en tant que telle que

le respect des exigences procédurales y afférentes. À cet égard, la présente note cherche à distinguer, premièrement, l'existence de la nomination en tant que telle, deuxièmement, les irrégularités de fond, liées notamment aux critères d'éligibilité de la personne concernée, et, troisièmement, les irrégularités de forme, portant sur des vices de procédure affectant la procédure de nomination.

6. S'agissant du contrôle incident de la régularité de la procédure de nomination d'un juge, il s'avère qu'il n'existe pas, dans la majorité des États membres examinés, de réglementation ou de jurisprudence visant précisément ce cas de figure, et qu'il semble souvent délicat de se prononcer sur les particularités qu'un ordre juridique attache éventuellement à son traitement, notamment dans le contexte plus large du contrôle de la régularité de la composition d'une formation de jugement.¹
7. Si la présente note est bien focalisée sur le contrôle incident de la procédure de nomination d'un juge, il semble néanmoins utile de tenir compte, en l'absence de données spécifiques à cet égard, des exigences relatives au cas de figure plus général du contrôle de la régularité de la composition d'une formation de jugement. En effet, il semble vraisemblable que ces exigences constitueraient le cadre dans lequel s'inscrirait, le cas échéant, le contrôle de la procédure de nomination, notamment pour ce qui est des limites procédurales.
8. Ainsi, il y a lieu, dans un premier temps, de présenter les informations relatives à l'existence ou non d'un contrôle de la régularité de la procédure de nomination d'un juge ainsi qu'à son encadrement procédural (partie I.). Dans un second temps, il convient d'examiner la portée du contrôle incident de la régularité de la procédure de nomination d'un juge dans les États membres disposant d'informations pertinentes à cet égard (partie II.).

¹ Il s'avère que dans de nombreux ordres juridiques, le contrôle incident de la désignation d'un juge au sein d'une juridiction et, le cas échéant, de la procédure de sa nomination s'insère dans le cadre plus général du contrôle incident de la régularité de la composition d'une formation de jugement.

I. EXISTENCE ET MODALITÉS PROCÉDURALES DU CONTRÔLE DE LA RÉGULARITÉ DE LA PROCÉDURE DE NOMINATION D'UN JUGE

9. La majorité des ordres juridiques de l'Union permettent le contrôle incident ou principal de la régularité de la procédure de nomination d'un juge ou, du moins, ne semblent pas s'y opposer (partie A.). Ce contrôle est effectué en vertu de certaines règles procédurales, uniformes au regard des conséquences mais divergentes au regard des modalités d'exercice (partie B.).

A. MÉCANISMES DE CONTRÔLE DE LA RÉGULARITÉ DE LA PROCÉDURE DE NOMINATION D'UN JUGE

1. EXISTENCE D'UN CONTRÔLE INCIDENT DE LA RÉGULARITÉ DE LA PROCÉDURE DE NOMINATION

10. Dans certains États membres, il peut être affirmé qu'il existe la possibilité de procéder au contrôle incident de la procédure de nomination d'un juge (**Allemagne, Autriche** du moins pour un juge non professionnel, **Danemark, Grèce, Irlande, Italie, Lettonie, Lituanie, Pays-Bas** et **Royaume-Uni**), la portée exacte de ce contrôle étant toutefois variable.

11. Pour ce qui est de la **Belgique**, si la possibilité d'un contrôle incident est vraisemblablement admise pour les juridictions judiciaires², des doutes quant à une telle possibilité pour les juridictions administratives ressortent d'une jurisprudence isolée du Conseil d'État (Belgique)³.

12. Dans d'autres ordres juridiques, en l'absence de précisions jurisprudentielles mais au regard notamment de la jurisprudence plus générale et de la doctrine, la possibilité d'un contrôle incident de la procédure de nomination d'un juge semble admise (**Chypre, Espagne, Estonie, Luxembourg, Portugal** et **République tchèque**) ou du moins pas entièrement exclue (**Hongrie**). En **Autriche**, le

² Voir, en ce sens, Cour de cassation (Belgique), 10 juin 1926, *Pas.*, 1927, I, p. 12.

³ Voir, notamment, Conseil d'État (Belgique), n° 179.579 du 14 février 2008.

Verfassungsgerichtshof (Cour constitutionnelle, Autriche) a expressément envisagé la possibilité d'un tel contrôle pour ce qui est d'un juge professionnel, sans pour autant trancher cette question de manière définitive.⁴

13. Dans un certain nombre d'États membres, n'ont pas pu être trouvées d'informations suffisantes pour se prononcer sur la possibilité d'un contrôle incident de la régularité de la procédure de nomination en tant que telle (**Croatie, Estonie, Finlande, Roumanie, Slovaquie, Slovénie** et **Suède**).
14. Il semble qu'il n'y ait qu'en **Bulgarie** et à **Malte** qu'un tel contrôle incident soit exclu. En effet, dans ces États, le contrôle incident de la régularité de la procédure de nomination du juge dans le cadre d'un pourvoi n'est pas de la compétence du tribunal qui doit se prononcer sur la décision adoptée avec la participation de ce juge.
15. Au même titre de la répartition des compétences juridictionnelles, en **France**, la question de la régularité de la nomination d'un juge ne peut pas faire l'objet d'un contrôle incident par une juridiction civile ou pénale, une juridiction saisie d'une telle question étant cependant tenue de la renvoyer à la juridiction administrative compétente pour l'appréciation de la légalité des actes administratifs individuels touchant à l'administration de la justice.⁵ En revanche, la question de l'affectation régulière d'un juge au sein d'une juridiction et celle de la régularité de la désignation des membres composant la juridiction peuvent faire l'objet d'un contrôle incident.
16. Enfin, il convient de relever que certaines restrictions à la possibilité d'un contrôle incident de la régularité de la procédure de nomination d'un juge peuvent s'appliquer en fonction de la branche juridictionnelle concernée. En effet, en **Allemagne** par exemple, il n'est pas possible de contester la nomination de juges non professionnels en matière de contentieux du travail.

⁴ Verfassungsgerichtshof (Cour constitutionnelle, Autriche), arrêt du 12 mars 1979, G81/78 et G88/78.

⁵ Voir, notamment, Cour de cassation (France), chambre criminelle, arrêt du 15 juin 1982, 82-91.100.

2. RÉGULARITÉ DE LA COMPOSITION D'UNE FORMATION DE JUGEMENT
ET POSSIBILITÉ DE RÉVISION D'UN JUGEMENT DÉFINITIF

17. Il semble également utile de relever que dans certains États membres, la question de la régularité de la composition d'une formation de jugement et donc, le cas échéant, de la procédure de nomination d'un juge, peut être soulevée dans le cadre d'une procédure de révision de décisions devenue définitives, notamment en **Allemagne**, au **Danemark**, en **Espagne**, en **France** (plus particulièrement en matière de contentieux administratif), en **Finlande**, en **Irlande**, en **Lituanie**, en **Pologne**, en **Roumanie**, en **Slovaquie** et en **Slovénie**.
18. S'agissant plus particulièrement de l'**Allemagne**, l'**Espagne**, la **Finlande**, la **Lituanie** et la **Pologne**, une telle possibilité est toutefois exclue à l'échéance d'une période de cinq ans à compter de la date à laquelle la décision contestée est devenue définitive et, en tout état de cause et à l'instar d'autres États membres, dans l'hypothèse où le requérant aurait pu invoquer les circonstances constitutives de l'irrégularité dans le cadre d'un pourvoi contre ladite décision. En **Roumanie**, cette possibilité est limitée à l'hypothèse où l'irrégularité a été soulevée dans le cadre d'un pourvoi et que la juridiction saisie de celui-ci a omis de statuer à cet égard.

B. CONSÉQUENCES ET MODALITÉS PROCÉDURALES DU CONTRÔLE

1. CONSÉQUENCES PROCÉDURALES DE L'EXISTENCE D'UNE
IRRÉGULARITÉ

19. Dans **l'ensemble des ordres juridiques** examinés, dès lors qu'une irrégularité liée à la composition d'une formation de jugement ou à la désignation ou la nomination d'un juge est retenue conformément aux critères pertinents en vertu du droit national, la conséquence est systématiquement soit l'annulation soit – dans de rares cas – l'inexistence de la décision rendue par la formation de jugement affectée par cette irrégularité.

2. CONTRÔLE D'OFFICE OU UNIQUEMENT SUR INVOCATION PAR LES PARTIES

20. Au regard des informations disponibles, la question d'une irrégularité affectant la composition d'une formation de jugement ou, le cas échéant, la procédure de nomination d'un juge, peut faire l'objet d'un contrôle d'office au **Danemark**, en **Hongrie**, en **Lettonie**, en **Pologne**, au **Portugal**, en **Slovénie** et en **Suède**, une telle approche n'étant du moins pas exclue en **Finlande**, aux **Pays-Bas**, en **République tchèque** et en **Roumanie**. En **Belgique**, le contrôle d'office d'une décision de nomination serait envisagé, selon la Cour de cassation (Belgique), dans toutes les matières en ce qui concerne les juges du fond et, en ce que qui la concerne elle-même, en matière pénale, à l'exclusion des matières civile, sociale et commerciale.
21. En revanche, une irrégularité affectant la composition d'une formation de jugement doit obligatoirement être invoquée à l'appui d'un moyen en **Allemagne**, en **Autriche**, en **Espagne**, en **Estonie**, en **Italie** et en **Slovaquie** (depuis 2016), dans le respect des conditions procédurales générales prévues à cet effet.
22. Dans certains États membres, les approches diffèrent en fonction des branches juridictionnelles concernées. Ainsi, en **France**, le contrôle d'office d'une telle irrégularité est possible en matière de contentieux administratif, alors qu'elle doit être invoquée en matière de contentieux civil et n'est invocable pour la première fois en cassation qu'en matière de contentieux pénal. En **Grèce**, le contrôle d'office est possible en matière de contentieux administratif et pénal, l'irrégularité devant être invoquée en matière de contentieux civil.

3. POSSIBILITÉ DE FORCLUSION

23. Dans certains ordres juridiques, le moyen tiré de l'irrégularité de la composition d'une formation de jugement peut faire l'objet d'une forclusion. Ainsi, en **Allemagne**, en matière pénale, le moyen en cassation tiré de l'irrégularité de la

composition d'une formation de jugement ne peut être soulevé lorsque le requérant a été informé préalablement de la composition de la juridiction du fond et aurait eu la possibilité de contester la régularité devant les juges du fond. Par ailleurs, l'irrégularité invoquée doit avoir existé au moment de la dernière audience ou, en cas de procédure écrite, du dernier délibéré au sein de la formation de jugement.

24. De façon similaire, notamment en **France** (pour le contentieux civil) et en **Espagne**, une telle irrégularité doit être invoquée dès qu'elle est connue par les parties, l'invocation tardive pouvant être qualifiée de fraude procédurale.

4. OBLIGATION D'ÉTABLIR L'INCIDENCE DE L'IRRÉGULARITÉ SUR LA DÉCISION EN CAUSE

25. Dans certains ordres juridiques, le moyen tiré de l'irrégularité de la composition d'une formation de jugement revêt une importance particulière (ou « absolue ») dans la mesure où, contrairement aux règles générales en matière de pourvoi, il n'est pas nécessaire pour une partie d'établir que cette irrégularité a eu une incidence sur la décision contestée. Par conséquent, la simple constatation de l'irrégularité emporte l'annulation de la décision. Tel est notamment le cas en **Allemagne**, en **Estonie**, en **Hongrie**, en **Lituanie**, en **Slovénie** et dans certains cas au **Danemark**, ainsi que vraisemblablement en **Finlande** et en **Roumanie**.
26. En revanche, l'incidence de l'irrégularité sur la décision contestée doit en principe être établie en **Autriche**. Si tel est également le cas en **Suède**, il semble exister une présomption en faveur de l'existence d'une telle incidence dès lors que l'irrégularité concerne la composition d'une formation de jugement. Par ailleurs, dans certains cas, il semble que l'examen de l'affaire concernée par une juridiction supérieure soit susceptible de remédier à l'irrégularité.

II. LA PORTÉE DU CONTRÔLE INCIDENT DE LA RÉGULARITÉ DE LA PROCÉDURE DE NOMINATION D'UN JUGE

27. L'examen des critères pertinents aux fins du contrôle incident de la régularité de la procédure de nomination d'un juge laisse apparaître deux approches divergentes au sein des États membres (partie A.), l'importance accordée soit aux droits fondamentaux soit au principe de sécurité juridique se reflétant en fonction de l'approche favorisée dans ces derniers (partie B.).

A. LES CRITÈRES PERTINENTS AUX FINS DU CONTRÔLE INCIDENT DE LA RÉGULARITÉ DE LA PROCÉDURE DE NOMINATION D'UN JUGE

28. Parmi les ordres juridiques pour lesquels il peut être affirmé que la possibilité d'un contrôle incident de la procédure de nomination d'un juge existe, deux approches sont à distinguer, l'une, a priori majoritaire, visant à ne sanctionner en principe que l'absence de nomination en tant que telle, les irrégularités de fond et, le cas échéant, les irrégularités de forme d'une gravité particulière (1.), l'autre, a priori minoritaire, permettant de sanctionner également l'ensemble des irrégularité de forme (2.).

1. APPROCHE MAJORITAIRE : CONTRÔLE RESTREINT

a) PRINCIPE : ABSENCE DE NOMINATION ET IRRÉGULARITÉS DE FOND

29. Dans la majorité des États membres dans lesquels des informations pertinentes relatives à un contrôle incident de la procédure de nomination d'un juge ont pu être trouvées, il apparaît que ce contrôle n'a en principe qu'une portée restreinte. En effet, il semble en principe limité au contrôle de l'existence d'une nomination en tant que telle ainsi que, en principe, des irrégularités de fond liées au non-respect des critères d'éligibilité.

30. Aux **Pays-Bas**, le contrôle semble être limité à la vérification de l'existence d'une nomination du juge en tant que telle, conformément au droit national.⁶ De façon similaire, en **Lettonie**, il importe de vérifier si les personnes composant une formation de jugement ont été nommées et confirmées conformément à la réglementation applicable et, par conséquent, si ces personnes sont effectivement des juges.
31. En l'absence de jurisprudence pertinente concernant spécifiquement la nomination d'un juge dans ces deux États membres, il ne semble toutefois pas possible de se prononcer définitivement sur la portée exacte de ce contrôle.
32. En **Allemagne**, il importe en principe de vérifier, d'une part, si la nomination du juge en tant que telle est valide et, d'autre part, si la personne dispose effectivement des qualifications pour être nommée. S'agissant d'un juge professionnel, il importe ainsi plus particulièrement de vérifier si celui-ci s'est vu remettre son document de nomination, s'agissant d'un juge non professionnel, celui-ci doit notamment avoir prêté serment conformément à la réglementation applicable.⁷ Une approche similaire prévaut vraisemblablement en **Italie** où, au titre d'une violation des règles portant sur la nomination et sur les autres conditions de capacité d'un juge, il y a lieu de retenir notamment les irrégularités liées au fait qu'une décision ait été rendue par une personne n'étant pas investie de la fonction exercée. Bien qu'il n'existe pas de jurisprudence précise à cet égard, il semble que le contrôle exercé en **Pologne** porte du moins sur l'existence de la nomination en tant que telle.
33. Dans ce contexte, il apparaît que dans certains États membres, le principe du « juge de fait » ou « fonctionnaire de fait » peut jouer un rôle en vue de limiter l'impact

⁶ Voir, notamment, Hoge Raad (Cour suprême, Pays-Bas), arrêt du 13 avril 2018, 17/04820.

⁷ Voir, notamment, Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice, Allemagne), arrêt du 22 mai 2003, 4 StR 21/03, et ordonnance du 26 avril 2005, X ZB 17/04.

d'une irrégularité affectant la nomination d'un magistrat sur les procédures juridictionnelles auxquelles celui-ci a participé.⁸

34. À cet égard, le droit du **Royaume-Uni** présente certaines particularités dans la mesure où la portée du contrôle apparaît encore plus limitée que dans les ordres juridiques susmentionnés. En effet, selon la jurisprudence, les actes d'un juge demeurent en principe valides même si la nomination de celui-ci est invalide. En effet, afin de garantir notamment la sécurité juridique et la confiance du public dans le système juridique ainsi que d'éviter la survenance de différends concernant la procédure de nomination d'un juge, le principe du « juge de fait » s'applique notamment à la situation dans laquelle la nomination ou l'élection d'un juge est irrégulière en raison de circonstances, inconnues du public, comme le non-respect des critères d'éligibilité, le défaut de pouvoir de nomination/d'élection de l'entité responsable pour celle-ci, ou un vice ou une irrégularité relative à l'exercice de pouvoir de nomination/d'élection.⁹ Dans une autre décision, il a été estimé que quelles que soient les circonstances de nomination d'un juge, ce qui importe est l'exercice par celui-ci des fonctions du juge dûment et conformément à la loi (« *it is the office that matters, not the incumbent* »).¹⁰
35. Par conséquent, un jugement rendu par un juge dont la nomination est entachée d'une irrégularité reste en principe valide, à la condition toutefois que la solution juridique adoptée par ce juge ne soit pas erronée. Il est donc intéressant de noter que la jurisprudence du **Royaume-Uni** attache manifestement plus d'importance à la solution au fond qu'à la régularité de la nomination/de l'élection du juge concerné.

⁸ Si cette approche ne constitue a priori pas un critère de contrôle à proprement parler mais plutôt une manière de pallier certaines conséquences attachées à l'existence d'une irrégularité, il semble néanmoins pertinent – du moins aux fins de la présente note – de l'inclure au titre de la portée du contrôle.

⁹ Court of Appeal (England & Wales) [Cour d'appel (Angleterre et pays de Galles), Royaume-Uni], *Fawdry & Co (A Firm) v Murfitt v Lord Chancellor's Department* [2002] EWCA Civ 643, et *Edgar John Coppard v HM Customs and Excise* [2003] EWCA Civ 511.

¹⁰ Court of Appeal (England & Wales) [Cour d'appel (Angleterre et pays de Galles), Royaume-Uni], *In Re James (An Insolvent)* [1977] 1 Ch. 41, 65/6.

36. En outre, il importe de relever dans ce contexte qu'en **France**, les effets reconnus par la Cour de cassation (France) en matière pénale à l'annulation d'une décision de nomination par le juge administratif diffèrent en fonction de la gravité de l'irrégularité l'affectant. En effet, lorsque la nomination a été annulée au motif d'une simple erreur de droit¹¹, le magistrat concerné doit être regardé comme légalement investi de ses fonctions tant que sa nomination n'a pas été annulée, l'annulation n'ayant ainsi pas d'effet rétroactif.¹²
37. Enfin, s'agissant d'une irrégularité dans la procédure de désignation d'un juge au sein d'une formation de jugement, il semble utile de relever qu'en **Espagne**, une telle irrégularité peut en principe être justifiée sur la base de critères objectifs, raisonnables et non arbitraires au regard des circonstances de l'espèce, plus particulièrement les besoins du service, notamment au regard de la charge de travail.¹³ En outre, il est possible de prendre en compte la composition de l'ensemble de la formation de jugement concernée, le changement d'un juge rapporteur n'ayant ainsi, par exemple, pas d'incidence dès lors que le juge initialement désigné demeure membre de la formation.¹⁴

b) EXCEPTION : GRAVITÉ PARTICULIÈRE DE L'IRRÉGULARITÉ
DE FORME

38. Dans un certain nombre d'États, il apparaît néanmoins qu'une irrégularité de forme dans la procédure de nomination d'un juge peut avoir une incidence sur une décision prise par celui-ci, dès lors que cette irrégularité est d'une gravité particulière. Il convient de rappeler que l'absence d'informations relatives aux autres États

¹¹ Le motif d'annulation doit reposer sur des considérations extrinsèques au décret de nomination, sanctionnant par exemple la violation d'une disposition du statut général de la fonction publique sans être issu de la violation de règles régissant l'organisation judiciaire.

¹² Cour de cassation (France), chambre criminelle, arrêt du 31 mars 1993, n° 93-80126.

¹³ Tribunal Constitucional (Cour constitutionnelle, Espagne), arrêt 238/1998, du 15 décembre 1998 ; Tribunal Supremo (Cour suprême), arrêt 556/2006, du 31 mai 2006.

¹⁴ Tribunal Supremo (Cour suprême), arrêt 875/1996, du 10 décembre 1996.

membres n'implique pas nécessairement qu'une telle irrégularité ne serait en aucun cas retenue aux fins de l'annulation d'une décision juridictionnelle.

39. En **Allemagne**, s'agissant du contrôle de la régularité de la composition d'une formation de jugement, le contrôle est limité à l'existence d'une irrégularité de forme « qualifiée », à savoir, grave ou évidente, fondée sur une opinion juridique inacceptable, la composition devant ainsi être qualifiée d'« arbitraire ». Une simple erreur procédurale n'est donc pas suffisante, il doit s'agir d'une irrégularité fondée sur des considérations incompréhensibles, intenable ou étrangères au bon traitement de la question.¹⁵
40. S'agissant plus spécifiquement du cas d'une irrégularité affectant la procédure de nomination d'un juge, l'irrégularité doit être d'une gravité telle que la composition de la formation de jugement doit apparaître comme ayant fait l'objet, dans le cas d'espèce, d'une manipulation.¹⁶ Sans jamais avoir eu l'occasion de constater l'existence d'une telle circonstance, le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice, Allemagne) a néanmoins précisé que lorsque la réglementation en matière d'organisation judiciaire prévoit l'élection d'un juge par une commission, le siège de ce juge pourrait être considéré comme étant manipulé uniquement dans l'hypothèse où cette élection ne peut être qualifiée d'élection au sens juridique.¹⁷
41. Dans ce contexte, il sera précisé qu'en **Autriche**, s'agissant de juges non professionnels siégeant en matière pénale, une irrégularité liée à la désignation d'un tel juge contrairement à l'ordre prévu par la liste prévue à cet égard n'entraîne la

¹⁵ Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice, Allemagne), ordonnance du 29 avril 2004, V ZB 46/03.

¹⁶ Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle fédérale, Allemagne), ordonnance du 27 octobre 1996, 2 BvR 1375/96.

¹⁷ Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice, Allemagne), ordonnance du 26 avril 2005, X ZB 17/04, et arrêt du 14 octobre 1975, 1 StR 108/75. Voir également Bundesverwaltungsgericht (Cour administrative fédérale, Allemagne), arrêt du 21 juin 1988, 9 C 141/86.

nullité du jugement qu'à la condition qu'un tel changement soit de nature arbitraire.¹⁸

42. Toujours dans le contexte d'une irrégularité affectant la désignation d'un juge au sein d'une formation, en **Espagne**, une telle irrégularité peut donner lieu à l'annulation d'une décision adoptée par cette dernière dès lors que cette désignation a une incidence sur l'impartialité du juge concerné, dans la mesure où la partie au litige est privée, dans le cas d'espèce, de sa possibilité de récuser ce juge¹⁹, ou encore si cette désignation implique une altération arbitraire de la formation de jugement²⁰.
43. Par ailleurs, il s'avère que la gravité de l'irrégularité peut également avoir un impact sur l'application du principe du « juge de fait » ou « fonctionnaire de fait ».
44. Ainsi, au **Royaume-Uni**, l'application du principe du « juge de fait » trouve sa limite en ce qui concerne les personnes ayant siégé dans une formation de jugement tout en étant conscientes de leur manque de compétence à cet égard (« *usurpers* »). Dans le cadre d'une mise en balance du principe de la sécurité juridique, d'une part, et de celui de l'administration de la justice par un tribunal « honnête » et impartial, d'autre part, l'application du principe du « juge de fait » trouve une limite dans la partialité du juge concerné.²¹ Il importe de souligner qu'une personne convaincue de son aptitude à siéger en tant que juge sans pour autant prendre les mesures appropriées pour le vérifier n'est pas, de ce fait, un « *usurper* ». Il est donc intéressant de retenir le caractère « subjectif » de cette approche.

¹⁸ Oberster Gerichtshof (Cour suprême, Autriche), décisions du 22 janvier 2007, 15Os48/06g e.a., ainsi que du 15 février 2005, 14Os100/04 e.a.

¹⁹ Tribunal Constitucional (Cour constitutionnelle, Espagne), arrêt 164/2008, du 15 décembre 1998.

²⁰ Tribunal Constitucional (Cour constitutionnelle, Espagne), arrêt 152/2015, du 6 juillet 2015.

²¹ Court of Appeal (England & Wales) [Cour d'appel (Angleterre et pays de Galles), Royaume-Uni], *Fawdry & Co (A Firm) v Murfitt v Lord Chancellor's Department* [2002] EWCA Civ 643, et *Edgar John Coppard v HM Customs and Excise* [2003] EWCA Civ 511.

45. Il importe également de relever qu'en **France**, de façon certaine en matière de contentieux pénal, lorsque la nomination d'un magistrat a été déclarée inexistante au motif d'une gravité particulière par le Conseil d'État (France), la décision rendue avec la participation de ce juge peut être annulée même si elle a été rendue avant la décision du juge administratif. Le principe du « fonctionnaire de fait » ne trouve ainsi pas à s'appliquer. Une telle gravité de l'irrégularité entache les nominations pour ordre, à savoir celles destinées à donner un titre à un magistrat sans que celui-ci occupe effectivement la fonction, par exemple pour pouvoir ensuite immédiatement le nommer à un autre poste qui requiert ce titre.²²

2. APPROCHE MINORITAIRE : CONTRÔLE DES IRRÉGULARITÉS DE FOND ET DE FORME

46. Dans d'autres États membres, une approche moins restrictive semble prévaloir, la simple méconnaissance du cadre juridique applicable à la nomination semblant être suffisante pour justifier l'annulation d'une décision rendue avec la participation du juge concerné.

47. Ainsi, en **Belgique**, du moins au regard de la pratique des juridictions judiciaires (Cour de cassation, Belgique) en matière de contrôle de la désignation d'un juge, la simple méconnaissance du cadre juridique applicable à la composition d'une formation de jugement est suffisante pour justifier l'annulation d'une décision prise par cette dernière. Plus particulièrement, le contrôle n'est pas limité aux irrégularités manifestes dont l'acte pourrait être affecté.²³ Au vu de la réglementation belge qui permet un contrôle incident de l'ensemble des actes tant réglementaires qu'individuels, et notamment des actes d'organisation judiciaire tels qu'une décision de nomination d'un juge, cette approche large s'appliquerait vraisemblablement en cas de contrôle incident d'une telle décision et de la procédure y afférente. Il importe cependant de souligner qu'il n'existe pas jurisprudence précise à cet égard.

²² Cour de cassation (France), chambre criminelle, arrêt du 4 juin 1981, n° 80-92232.

²³ Voir, en ce sens, Cour de cassation (Belgique), arrêt n° C.09.0130 du 4 novembre 2011.

48. En **Irlande**, d'une part, une décision portant condamnation pénale a été annulée par la High Court (Haute Cour, Irlande) au motif d'une nomination irrégulière du juge l'ayant rendue, celui-ci n'ayant pas satisfait aux exigences minimales pour sa nomination, en l'occurrence une activité préalable en tant qu'avocat pendant une certaine période.²⁴
49. S'agissant, d'autre part, plus particulièrement d'une affaire concernant l'irrégularité du maintien en fonction d'un juge pénal et la tentative inconstitutionnelle du législateur irlandais de valider rétroactivement l'ensemble des actes rendus par ce juge, des condamnations rendues par ce juge ont été annulées par la High Court (Haute Cour, Irlande), ce qui a été confirmée en appel par la Supreme Court (Cour suprême, Irlande), au motif, en substance, d'une violation du droit à un procès équitable, ce droit englobant le droit d'être jugé par un juge nommé conformément aux dispositions constitutionnelles applicables.²⁵ Une approche différente, favorisant la sécurité juridique au regard du grand nombre d'actes rendus par le juge en cause, n'a été formulée que dans une opinion dissidente de la Supreme Court (Cour suprême, Irlande).
50. Par ailleurs, en **Lituanie**, s'agissant également du maintien de la nomination d'un juge par décret présidentiel, l'Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême, Lituanie) a annulé un jugement rendu par une juridiction inférieure au motif d'une irrégularité dans la désignation du juge concerné, celui-ci ayant siégé dans une affaire qui ne figurait pas parmi celles faisant l'objet de la prolongation du mandat.²⁶ L'argument tiré du fait que le juge en cause avait été nommé pour cause d'empêchement d'un juge siégeant a expressément été rejeté. Il ne semble ressortir ni de la doctrine ni de la jurisprudence qu'un certain degré de gravité de l'irrégularité soit exigé aux fins

²⁴ High Court (Haute Cour, Irlande), *The State (Walshe) v. Murphy* [1981] IR 275.

²⁵ Supreme Court (Cour suprême, Irlande), *Shelly v. District Justice Mahon* [1990] 1 IR 36 ; voir également *Glavin v. Governor of Mountjoy Prison* [1991] 2 IR 421.

²⁶ *Aukščiausiasis Teismas* (Cour suprême, Lituanie), arrêt du 21 mars 2007, n° 3K-3-117/2007.

du contrôle exercé, une simple méconnaissance du cadre juridique applicable à la nomination étant suffisante.

51. Une approche large semble également favorisée en **Grèce**, où toute irrégularité liée au non-respect des dispositions relatives à la composition d'une juridiction est en principe susceptible d'entraîner l'annulation de la décision sous pourvoi. En l'absence de jurisprudence précise à cet égard, la doctrine estime que ceci vaut également pour les irrégularités affectant la procédure de nomination des juges.
52. Enfin, une approche similaire semble prévaloir en **Hongrie**, dans la mesure où il semble possible de contester toute violation des règles procédurales relative à la composition de la formation judiciaire dès lors que celle-ci peut être identifiée sans qu'il soit nécessaire de procéder à un examen approfondi du cadre tant juridique et factuel du cas d'espèce.

B. DROITS FONDAMENTAUX ET SÉCURITÉ JURIDIQUE

53. Il semble difficile de tirer des conclusions d'ordre général pour ce qui est de l'articulation, au regard notamment du principe de sécurité juridique, entre l'irrégularité retenue au titre du contrôle effectué, d'une part, et une éventuelle atteinte à un droit fondamental, d'autre part.
54. En effet, dans certains États membres, il n'y a pas lieu d'avoir recours à un droit fondamental dès lors que seul le respect des règles procédurales fait l'objet du contrôle. Tel est par exemple le cas aux **Pays-Bas**, où l'absence de nomination d'un juge impliquerait la simple méconnaissance des règles relatives à l'organisation judiciaire entraînant la nullité de la décision contestée.
55. Il apparaît néanmoins de manière évidente que dans de nombreux ordres juridiques, le contrôle effectué au titre de la régularité de la composition d'une formation de jugement et, le cas échéant, de la procédure de nomination d'un juge vise à garantir soit le droit au juge légal (notamment en **Allemagne**, en **Belgique**, en **Grèce** et, en substance, en **Irlande**) soit le droit d'être jugé par un juge impartial (notamment en **Espagne**, en **Lettonie** et en **Slovénie**). Par conséquent, l'appréciation d'une

irrégularité susceptible de justifier l'annulation d'une décision conformément aux exigences présentées ci-dessus implique l'appréciation d'une violation effective d'un tel droit.

56. S'agissant de l'approche minoritaire et des États membres favorisant, en substance, le principe de légalité, notamment en **Belgique**, il semble ressortir de la jurisprudence de la Cour de cassation (Belgique) que toute violation des règles procédurales concernant la composition d'une formation de jugement emporte *per se* la violation du droit au juge légal. Par conséquent, le respect du droit au juge légal semble couvrir l'ensemble du cadre d'organisation judiciaire en matière de nomination d'un juge. Concernant l'**Irlande**, la Supreme Court (Cour suprême, Irlande) a précisé, s'agissant notamment des exigences constitutionnelles de nomination d'un juge, qu'il n'existe rien de plus fondamental dans un État démocratique que l'administration de la justice devant un tribunal compétent établi par une loi respectant elle-même la Constitution.²⁷
57. En revanche, s'agissant de l'approche majoritaire, il semble que, outre les hypothèses de l'absence de nomination et d'une irrégularité de fond telle que l'absence de respect des conditions d'éligibilité d'une personne, seule une irrégularité de forme d'une gravité particulière puisse être constitutive d'une violation d'un droit fondamental. À cet égard, il semble que cette gravité dans l'irrégularité affectant la composition d'une formation de jugement doive comporter un élément qui pourrait être qualifié, en substance, de frauduleux (en **Allemagne** et, dans le contexte des juges non professionnels, en **Autriche** : caractère arbitraire ou manipulé de la composition ; au **Royaume-Uni** : le juge en tant que « *usurper* » ; en **Espagne** : privation d'une partie de la possibilité de récuser un juge ou altération arbitraire de la formation de jugement ; en **France**, mais indépendamment du contexte des droits fondamentaux : nominations pour ordre).

²⁷ Supreme Court (Cour suprême, Irlande), *Shelly v. District Justice Mahon* [1990] 1 IR 36, per Mr. Justice Walsh.

58. Cette approche semble être justifiée par une volonté de faire prévaloir le principe de sécurité juridique. À cet égard, il convient de relever qu'en **Allemagne**, le Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle fédérale, Allemagne) a eu l'occasion de préciser que nonobstant son importance fondamentale pour les justiciables, le droit au juge légal, tel que consacré par la Constitution allemande, ne vise en principe qu'à prévenir le risque d'une manipulation des institutions juridictionnelles, en soulignant expressément qu'une telle restriction se justifie au regard de la sécurité juridique.²⁸
59. Dans ce contexte, il convient de noter que dans la jurisprudence du **Royaume-Uni** appliquant le principe du « juge de fait », cette démarche est justifiée notamment au regard de l'article 6 de la CEDH, dans la mesure où ce principe est censé protéger toute personne ayant introduit un recours devant un tribunal en le considérant comme un tribunal dûment constitué, et que ce principe vise à préserver la célérité, la sécurité juridique, la stabilité et la confiance du public dans le système juridictionnel.
60. Enfin, il sera observé qu'en **République tchèque**, dans le cadre d'un contrôle principal de l'affectation d'un juge au Nejvyšší soud (Cour suprême, République tchèque) ayant abouti à l'annulation de cette affectation pour vice de procédure, l'Ústavní soud (Cour constitutionnelle, République tchèque) a décidé de maintenir les décisions rendues par la chambre dans laquelle siégeait le juge en cause, en donnant priorité aux principes de la protection de la confiance légitime des citoyens dans le droit et protection de la bonne foi.²⁹

²⁸ Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle fédérale, Allemagne), ordonnance du 27 octobre 1996, 2 BvR 1375/96 ; voir également Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice, Allemagne), ordonnance du 26 avril 2005, X ZB 17/04.

²⁹ Ústavní soud (Cour constitutionnelle, République tchèque), arrêt du 12 décembre 2006, n° Pl. ÚS 17/06-2.

CONCLUSION

61. Il peut être affirmé que dans la grande majorité des États membres examinés, un contrôle de la régularité de la procédure de nomination d'un juge dans le cadre d'une affaire est possible ou, du moins, n'est pas exclu de plein droit.
62. Si dans de nombreux États membres, ce contrôle est a priori limité au contrôle de l'existence de la nomination en tant que telle et, le cas échéant, à l'absence d'irrégularités de fond liées aux exigences d'éligibilité de la personne concernée, il apparaît néanmoins qu'une irrégularité de forme affectant la procédure de nomination d'un juge peut faire l'objet d'un contrôle incident dès lors que cette irrégularité est d'une gravité particulière. Il semble que cette gravité doive, en substance, se traduire par un élément qui pourrait être qualifiée, en substance, de frauduleux.
63. Ce n'est que dans un nombre restreint d'États membres que toute méconnaissance du cadre juridique applicable à la composition d'une formation de jugement, et donc autant une irrégularité de fond que de forme sans condition de gravité particulière, semble pouvoir justifier l'annulation d'une décision prise par cette dernière. Cependant, il importe de relever qu'il n'existe que très peu de jurisprudence précise à cet égard et que cette conclusion, qui se fonde notamment sur l'application de règles plus générales, demeure, en partie, hypothétique.
64. Cette différence d'approche se reflète dans les conditions dans lesquelles une irrégularité dans la nomination d'un juge comporte, dans les différents États membres, une violation du droit au juge légal ou au droit d'être jugé par un juge impartial. En effet, le seuil retenu aux fins de l'appréciation d'une irrégularité correspond généralement à celui de la violation d'un tel droit. Il peut ainsi varier entre la méconnaissance de toute règle d'organisation judiciaire en matière de nomination d'un juge et le caractère manipulé d'une formation de jugement, voire la présence d'un juge étant conscient de son manque d'aptitude à exercer cette fonction.

65. S'agissant des modalités procédurales d'un contrôle incident de la régularité de la composition d'une formation de jugement et, le cas échéant, de la procédure de nomination d'un juge, l'ensemble des ordres juridiques de l'Union disposant d'informations sur ce point sanctionnent une irrégularité retenue à cet égard soit par l'annulation soit – dans de rares cas – par l'inexistence de la décision rendue par la formation de jugement affectée par cette irrégularité.
66. Un certain nombre d'États membres qualifient la question de la régularité de la composition d'une formation de jugement comme moyen de pourvoi privilégié, notamment au regard de l'absence de nécessité d'établir l'incidence de l'irrégularité sur la décision contestée.
67. Enfin, si de nombreux États membres permettent un contrôle d'office de cette question, une telle approche n'est pas systématique.

[...]