



Monsieur le
Président /
President
Geert J.M. Corstens

Editorial

It is my pleasure to present the activities we have planned for 2013 in the first issue of our Newsletter for this year. Essentially, we anticipate pursuing the discussions embarked upon in 2011 with the European Court of Justice on dialogue with the supreme courts in the area of fundamental rights, while broadening it to include the European Court of Human Rights also. The European Charter on Human Rights is an opportunity for renewed dialogue as well as being an additional legal source for national judges. In this new context, the interpretation of fundamental rights by the two European Courts will probably require closer interaction with national supreme courts to develop a common, harmonised jurisprudence. Our colleague from the Finnish Supreme Court, Ms Koskelo, has already issued an invitation for us to gather in Helsinki for this first meeting in a new cooperation cycle. We offer her our sincere thanks.

We will also continue our cooperation with the European institutions, particularly with respect to the Common Portal of Jurisprudence, for which a follow-up and information meeting was held at the European Council in Brussels in December 2012. Side by side with this and pursuant to the Board's decision, a working group on the Network's online activities, the Website and the Common Portal of Jurisprudence, of which Mr Herrmann, Justice in the German Supreme Court, has been appointed Chairman, held two meetings in Paris. We look forward to receiving his report.

In this issue, you will find the statement by Lord Mance, of the United Kingdom Supreme Court, at our last Colloquium in Paris in October 2012 on the appointment of judges in the European Courts, based on his experience as a member of the Article 255 Committee of the Lisbon Treaty.

Il m'est agréable de présenter les activités que nous avons programmées pour 2013 dans la première livraison de notre lettre d'information de cette année. Nous envisageons essentiellement de poursuivre les discussions que nous avons lancées en 2011 avec la Cour de justice de l'Union européenne sur le dialogue avec les cours suprêmes dans le domaine des droits fondamentaux en l'élargissant à la Cour européenne des droits de l'Homme. La Charte européenne des droits fondamentaux est l'occasion d'un dialogue renouvelé et une source juridique supplémentaire pour le juge national. Dans ce nouveau contexte, l'interprétation des droits fondamentaux par les deux cours européennes rend sans doute nécessaire une interaction plus étroite avec les cours suprêmes nationales pour développer une jurisprudence commune et harmonieuse. Notre collègue de la cour suprême de Finlande, Mme Koskelo, a déjà lancé l'invitation de nous réunir à Helsinki pour cette première réunion d'un nouveau cycle de coopération. Nous lui exprimons notre gratitude.

Nous poursuivrons aussi notre coopération avec les institutions européennes, notamment en ce qui concerne le Portail commun de jurisprudence pour lequel une réunion de suivi et d'information a été tenue au Conseil européen à Bruxelles en décembre 2012. Parallèlement, en application de la décision du conseil d'administration, un groupe de travail sur les activités en ligne du Réseau, site Internet et Portail commun de jurisprudence, dont la présidence a été confiée à M. Herrmann, juge à la Cour suprême allemande, s'est réunie par deux fois à Paris. Nous attendons son rapport.

Vous trouverez dans ce numéro l'intervention de Lord Mance de la Cour suprême du Royaume Uni lors de notre dernier colloque à Paris en octobre 2012 sur la nomination des juges dans les cours européennes tirée de son expérience de membre du comité de l'article 255 du Traité de Lisbonne.

The nomination of judges to the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights Lord Mance (*)



La nomination des juges à la Cour de Justice de l'Union européenne et à la Cour européenne des droits de l'homme Lord Mance (*)

Introduction

1. The Court of Justice, with its unparalleled transnational power, has cemented European development. Its activity has expanded far beyond the original common market concept. The quality and expertise of its judicial membership is of great importance, in both the Court itself and its General Court with their differing workloads. So too, of course, is the quality and expertise of judges at the European Court of Human Rights with its different, though for the European Union, increasingly relevant workload.

Introduction

1. La Cour de justice, qui dispose de pouvoirs transnationaux sans pareil, a cimenté le développement de l'Europe. Son action est allée bien au-delà du concept initial d'un marché commun. La qualité et l'expertise de ses membres sont particulièrement importantes tant au sein de la Cour elle-même, qu'au sein de son Tribunal dont les charges de travail sont différentes. A l'évidence, ceci vaut également pour la qualité et l'expertise des juges de la Cour Européenne des droits de l'homme, dont la charge croissante est différente tout en étant de plus en plus pertinente pour l'Union Européenne.



2. Until recently, appointments to international courts were the closely guarded preserve of appointing states. This was particularly so with the Court of Justice when each member state of the EC (now EU) had and has the right to nominate a judge (albeit sometimes, as with Advocate Generals, the right only arises intermittently). The actual appointment had to be by common accord (i.e. unanimity) of all member states, but in practice, and so far as appears, no nominee was ever rejected. It was to a large extent also so with the European Court of Human Rights, where the practice has been for states submit a list of three to the Council of Europe, from which the Council's Assembly chose after a review of the list by a committee of members of the Assembly.

3. The risks of such systems are evident. States' choices could be influenced by political, rather than judicial considerations. Nominations might be sought and gained more for the status and emoluments attaching to European judicial office, than for judicial reasons. The national appointments procedure might not appreciate or evaluate the particular expertise that a judge in the Luxembourg or Strasbourg court would need to have or be able to acquire. The quality of that court and its decisions might be affected. The confidence of national courts, essential to the operation of the European Union and the European Convention on Human Rights, might suffer. Increased attention began to be paid by academics and practitioners to these risks(1).

The Treaty of Lisbon

4. The Treaty of Lisbon introduced a new era in the EU. Under TFEU Article 255, a panel was established to give an opinion on candidates' suitability to perform the duties of Judge or Advocate-General as the case might be, before appointment by the governments of Europe. It must comprise of seven persons chosen from among former members of the Court of Justice and the General Court, members of national supreme courts and lawyers of recognised competence, one of whom shall be proposed by the European Parliament. Such members serve for four years, renewable once only. The prescribed composition makes very clear States' interest in ensuring a judiciary capable of meeting the practical demands faced by a serving judge on the Court of Justice. Article 255 also requires the Council to establish the panel's operating rules and appoint its members, acting on the initiative of the President of the Court.

5. Under the operating rules, the General Secretariat of the Council acts as the panel's secretariat. Every nomination is forwarded to the panel, which may ask the nominating government for additional or other material. The panel must have a quorum of five. It must hear each candidate for a first appointment to a particular post, but we interpret the relevant rule as meaning that it cannot hear any candidate for renewal in a particular post. The hearing must take place in private and the panel's deliberations must take place in camera. The panel's opinion must set out the principal grounds on which it is based. The opinion is forwarded to the governments of the EU.

2. Jusqu'à une époque récente, les nominations aux cours internationales étaient le domaine jalousement gardé des Etats qui en avaient la charge. Ceci était particulièrement vrai pour la Cour de Justice pour laquelle chaque Etat membre de la CE (aujourd'hui UE) avait et a encore le droit de nommer un juge (même si, parfois, ce droit est intermittent, comme c'est le cas pour les avocats généraux). La nomination elle-même devait se faire d'un commun accord (i.e. à l'unanimité) entre les Etats membres, mais dans la pratique, il semblerait qu'aucune candidature n'ait jamais été refusée. De même, cette méthode s'appliquait largement à la Cour Européenne des droits de l'homme pour laquelle les Etats devaient présenter une liste de trois personnes au Conseil de l'Europe, parmi lesquelles l'Assemblée du Conseil choisissait après examen par un comité constitué de certains de ses membres.

3. Les risques liés à un tel système sont évidents : le choix des Etats pouvait être influencé par des critères politiques plutôt que judiciaires. Ces postes pouvaient être recherchés et accordés d'avantage pour des raisons de statut ou d'émoluments liés à la fonction de juge européen que pour des raisons purement judiciaires. Cette procédure de nomination nationale ne permet pas toujours d'apprécier ou d'évaluer l'expertise particulière requise pour être juge des cours du Luxembourg ou de Strasbourg, ni celles que ce dernier devrait acquérir. De ce fait, la qualité de cette cour et de ses décisions pourraient s'en trouver affectées. La confiance des tribunaux nationaux, qui est fondamentale pour le fonctionnement de l'Union Européenne et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme, pourrait en souffrir. Les universitaires comme les praticiens commencèrent donc à accorder à ces risques une attention de plus en plus grande (1).

Le Traité de Lisbonne

4. Le Traité de Lisbonne introduit une nouvelle aire dans l'UE. Au terme de l'Article 255 du TFUE, un comité fut institué afin de donner un avis sur l'adéquation des candidats à l'exercice des fonctions de juge ou d'avocat général, selon le cas, avant que les gouvernements européens ne procèdent à leur nomination. Le comité est composé de sept personnalités choisies parmi d'anciens membres de la Cour de justice et du Tribunal, des membres des juridictions nationales suprêmes et des juristes possédant des compétences notoires, dont l'un est proposé par le Parlement européen. Leur mandat est de quatre ans, renouvelable une seule fois. Cette composition imposée montre clairement que les états sont désireux de s'assurer que les juges soient à même de gérer les exigences pratiques lorsqu'ils siègeront à la Cour de Justice. L'Article 255 stipule également que le Conseil détermine les règles de fonctionnement de ce comité et en désignent les membres sur initiative du président de la Cour de justice.

5. Au terme des règles, le Secrétariat Général du conseil sert de secrétariat du comité. Toutes les candidatures sont transmises au comité. Ce dernier peut demander au gouvernement correspondant des informations ou éléments complémentaires. Le comité doit disposer d'un quorum de cinq membres. Il doit entendre chaque candidat lorsqu'il s'agit d'une première nomination à une fonction donnée ; par contre, notre interprétation de cette règle est que le comité ne peut entendre un candidat au renouvellement à un poste quelconque. L'audition du candidat est privée et les délibérations du comité se font à huis clos. L'avis du comité doit exposer les motifs principaux qui le sous-tendent. L'avis est transmis aux gouvernements de l'UE.



The panel's president may be asked to present it to them in Council.

6. The panel's chair is M. Jean-Marc Sauvé, Vice-President of the Conseil d'Etat, two former members of the Court or General Court, three members or former members of constitutional or supreme courts (including myself) and Ana Palacio, former Spanish foreign minister, nominated by the European Parliament. We commenced our activity in March 2010, and issued a first report a year later, in a full version for the governments and in a slightly edited version for the public. The editing withheld from public view any data which could throw light on the history of particular applications or the nature of particular opinions (2). Since then, journalists and others have published supposed data in that connection. I shall observe the same restraint as our first report. But both nominations and appointments are public, and, since we started our activity, there have been in the Court itself five first appointments as Judges and two as Advocate-General, together with twelve renewals as Judges and two as Advocate-General, and in the General Court six new appointments and eleven renewals.

7. The Treaty of Lisbon, like its predecessors, contains some fairly formal requirements regarding eligibility for appointment. Under article 252, appointees to the Court itself must be "persons whose independence is beyond doubt and who possess the qualifications for appointment to the highest judicial offices in their respective countries or who are jurists of recognised competence". Under article 254, appointees to the General Court must now "possess the ability required for appointment to high judicial office" (3). But Article 255 requires a more general judgment on the suitability of candidates to perform the duties required as Judge or Advocate-General in the Court of Justice.

The Article 255 panel's approach

8. In our first report, we explained how we saw our task. We obtain from the government not only its written motivation, but also the candidate's, accompanied by information about the candidates' publications and wherever possible at least one such recent publication in French or English. We may also consult other publications by the candidate. We will not take into consideration any material of an unfavourable nature which comes or is brought to our attention without questioning the candidate about their substance.

9. An important feature of the panel's practice is to enquire of each nominating state whether any national selection committee was constituted, and, if it was, of whom it consisted and what its recommendations were. No particular national process is required under the European Treaties. But the existence of an objective appointments procedure independent of executive influence may provide the panel with some assurance about the quality of a candidate.

Il est parfois demandé au président du comité de les en informer en Conseil.

6. Le Président du Comité est M. Jean-Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'Etat, assisté de deux anciens membres de la Cour ou du Tribunal, trois membres ou anciens membres du Conseil constitutionnel ou de cours suprêmes (dont moi-même) et Ana Palacio, ancien ministre des affaires étrangères espagnol, nommée par le Parlement européen. Nos activités ont débuté en mars 2010, et nous avons présenté un rapport un an plus tard, une version intégrale étant destinée aux gouvernements et une version légèrement expurgée au public. Ceci a permis d'éviter que des données concernant l'historique d'une candidature ou la nature de certains avis ne soient exposées publiquement (2). Depuis lors, certains journalistes ou commentateurs ont publié des pseudo-informations sur le sujet. Pour ma part, je ferai preuve de la même retenue que le premier rapport mais les candidatures et nominations sont rendues publiques et, depuis que nous avons commencé nos activités, il y a eu, au sein de la Cour, cinq premières nominations à la fonction de juge et deux à celle d'avocat général ainsi que douze renouvellements de juges et deux avocats généraux, et, pour le Tribunal, six nouvelles nominations et onze renouvellements.

7. Le Traité de Lisbonne, comme ses prédécesseurs, comporte des conditions relativement formelles en matière d'éligibilité à une fonction donnée. Au terme de l'article 252, les candidats à la Cour doivent être "des personnalités offrant toutes garanties d'indépendance et réunissant les conditions requises pour l'exercice, dans leur pays respectif, les plus hautes fonctions juridictionnelles, ou qui sont juristes possédant des compétences notoire". Au terme de l'article 254, les candidats au Tribunal doivent désormais "posséder la capacité requise pour l'exercice des hautes fonctions juridictionnelles." (3). Mais l'article 255 requiert un jugement plus général sur la capacité des candidats à accomplir les fonctions de juge ou d'avocat général à la cour de justice.

L'angle du comité selon l'Article 255

8. Dans notre premier rapport, nous avons expliqué comment nous percevions notre tâche. Le gouvernement nous fournit sa propre motivation par écrit mais également celle du candidat ainsi que des informations sur les publications de ce dernier et, dans la mesure du possible, au moins une publication récente en français ou en anglais. Nous avons également la possibilité de consulter d'autres écrits du candidat. Nous ne tenons compte d'éléments défavorables qui nous parviendraient ou seraient soumis à notre attention qu'après en avoir abordé la teneur avec le candidat.

9. Une des particularités importantes de la pratique du comité consiste à demander à l'Etat qui propose un candidat si un comité de sélection a été institué et, dans ce cas, qui le composait et quelles étaient leurs recommandations. Les traités européens n'imposent aucune procédure nationale particulière en la matière. Mais l'existence d'une procédure de sélection objective et indépendante de l'influence de l'exécutif peut offrir quelques garanties au comité quant à la qualité du candidat.

In its absence, there may be nothing to redress an unfavourable view otherwise formed on the basis of the documentary material and hearing. There are signs throughout Europe that member states are becoming conscious that it is in their own interests to introduce such processes.

10. The hearing by the panel of any candidate seeing first time appointment lasts an hour. The candidate is asked to justify his or her candidature during the first ten minutes, and then to answer questions, so far as possible in either of the two languages, French and English, which are used in questioning. Other candidates nominated for renewal are considered on paper at a panel meeting. The annual report identifies specific aspects at which the panel looks under the heads: (i) juridical capabilities, (ii) professional experience, (iii) aptitude to exercise the functions of a judge, (iv) independence and impartiality and (v) linguistic capabilities and ability to work in an international environment in which different legal traditions are represented.

11. Under (i), juridical capabilities, the panel attaches relevance to an understanding of EU law; it is interested in a candidate's capacity for reflection upon the conditions and mechanisms of application of EU law, in particular in the internal systems of Member States, as well as upon the challenges currently faced by EU law. It would expect a candidate to demonstrate a basic understanding of and an appropriate ability to analyse and reflect on general questions relating to EU law. Any candidate ought on any view to be able without unreasonable delay to participate efficiently and effectively in the handling of cases in the relevant court.

12. Under (ii), professional experience, the panel has suggested that, speaking generally, it could be difficult to be satisfied with high level experience of less than 20 years in the case of a judge of the Court of Justice or advocate general or of less than 12 or more years in the case of a judge at the General Court, but that such experience could be as advocate, university professor or high functionary or of another professional nature.

13. As to (iii), aptitude, in addition to the juridical capabilities mentioned in (i), the panel will look for understanding of the role and scope of the functions of the post sought, clarity of analysis and expression, a practical grasp, as well as an ability to discuss issues in a collegiate atmosphere.

14. As to (iv), independence and impartiality, the panel will examine closely the material before it regarding the candidate's career, as well as the candidate's interview for any reserves on this score.

15. As to (v), any candidate for the Court should already master or be able without unreasonable delay to master French, the working language of the Court. The panel regards the mastery of more than one of the EU's official languages as a positive, even not determining, element, especially for the light it may throw on a candidate's ability to work in an international environment. Similarly positive elements in this connection may be the publication of texts in a language other than the candidate's maternal language, participation in international meetings, seminars or colloquies, and evidence of an understanding of the nature, principles and concerns of Member States other than his or her own.

En l'absence d'une telle procédure, il se peut que rien ne vienne contrecarrer une opinion défavorable fondée uniquement sur les écrits et l'audition du candidat et les Etats membres de l'Europe prennent peu à peu conscience qu'il est dans leur intérêt de l'instituer.

10. S'agissant d'une première nomination, l'audition du candidat par le comité dure une heure. Il est demandé au candidat de justifier sa candidature pendant les dix premières minutes, puis de répondre aux questions, si possible, dans une des langues dans lesquelles les questions sont posées : le français ou l'anglais.

L'examen des candidatures au renouvellement fait l'objet d'une réunion du comité sur demande écrite. Le rapport annuel traite d'aspects spécifiques abordés par le comité selon les chapitres suivants : (i) capacités juridiques, (ii) expérience professionnelle, (iii) aptitude à exercer les fonctions de juge, (iv) indépendance et impartialité et (v) connaissances linguistiques et capacité à travailler dans un environnement international dans lequel différentes traditions juridiques sont représentées.

11. Pour le (i), capacités juridiques, le comité s'attache à la pertinence d'une compréhension du droit de l'UE; il s'intéresse à la capacité d'un candidat à réfléchir aux conditions et mécanismes d'application du droit de l'UE, en particulier selon les systèmes nationaux des Etats membres mais également dans le cadre des défis auxquels le droit de l'UE se heurte actuellement. Le comité s'attend à ce que le candidat ait une certaine compréhension des questions générales du droit de l'UE et soit capable de les analyser ou de les approfondir. Tout candidat doit être à même de participer efficacement à la gestion des affaires soumises à la Cour sans perte de temps excessive.

12. Pour le (ii), l'expérience professionnelle, le comité a suggéré qu'en termes généraux, il serait difficile de se satisfaire d'une expérience à haut niveau inférieure à 20 ans pour ce qui concerne les juges et avocats généraux de la cour de justice et inférieure à 12 ans et plus pour le Tribunal mais qu'une telle expérience pourrait être acquise en tant qu'avocat, professeur des universités, haut fonctionnaire ou autre expérience professionnelle.

13. Quant au (iii), aptitude, outre les capacités juridiques citées au (i), le comité recherchera une compréhension du rôle et de l'étendue des fonctions liées au poste pressenti, la clarté de l'analyse et de l'expression, la maîtrise de la pratique ainsi que la capacité à discuter les questions de façon collégiale.

14. Quant au (iv), indépendance et impartialité, le comité accordera une grande attention aux éléments concernant la carrière du candidat ainsi que les résultats de l'entrevue pour exprimer d'éventuelles réserves à son sujet.

15. Quant au (v), tout candidat à la Cour doit maîtriser ou pouvoir maîtriser sans délai le français, langue de travail de la Cour. Le comité estime que la maîtrise d'une ou plusieurs langues officielles de l'UE est un élément positif. Même si ce n'est pas un élément déterminant, il permet une meilleure perception de la capacité du candidat à travailler dans un environnement international. Tout aussi positif à cet égard serait la publication d'un texte dans une langue autre que la langue maternelle du candidat, sa participation à des réunions, colloques ou séminaires internationaux ainsi qu'une compréhension de la nature, des principes et des préoccupations de pays membres autres que le sien.

The scope of the panel's role

16. The panel's role and functions have obvious limits:

a. it only considers one candidate at a time. Its role is to give a positive or a negative opinion on the "suitability" of that one candidate. It does not and cannot choose between candidates;

b. so it can be no part of its role to shape the composition of the Court of Justice, or to favour any particular skill, experience or expertise; nothing in the European Treaties parallels the provisions of the Rome Statute for the International Criminal Court, specifically requiring states to give attention to the balance of skills, experience and gender on that Court; this leaves it to at best the law of averages, whether the Court gets the benefit of any particular characteristics or skills;

c. the panel is only concerned with appointments or renewals; it can do nothing about non-renewals, of which there have from time to time been some which have been attributed to political reasons.

The European Court of Human Rights

17. The European Court of Human Rights affords an interesting comparison with the Court of Justice. In some respects the Council of Europe has gone further or faster than the EU. In others it has followed and done so on a more limited basis.

18. First, Council of Europe bodies have pro-actively, and with results, addressed the question of gender balance.

They have required the three-name lists submitted by governments to contain at least one member of an under-represented sex (4); and, on 12 February 2008 the Strasbourg Court, in the first of two advisory opinions relating to the election of judges - after confirming that it was vital to the Court's authority and the quality of its decisions that any candidate must meet the Convention criteria that they "shall be of high moral character and must either possess the qualifications required for appointment to high judicial office or be jurisconsults of recognised competence" - went on to say that, provided that he or she satisfies these criteria, there is nothing to prevent the member states from taking into account other criteria or considerations such as achieving "a certain balance between the sexes or between different branches of the legal profession or within the Court" (para 42), not only when choosing between candidates on a list, but also when assessing the appropriateness of a list presented. The Council of Europe's gender requirements and admonitions have had their intended effect. Over 40% of the Court's judges are women.

19. Second, the problem of renewal of judges' mandates has also been addressed. After a long delay, Protocol No 14 to the Convention has come into force, and judges will have a single non-renewable nine year term for the future. (One can, however, have a concern about the shortness of this term - whether it gives sufficient time for suitable presidents of the court and of its chambers to emerge and hold office for any significant period.)

20. Thirdly, by Resolution CM/Res(2010)26 of 10th November 2010, the Committee of Ministers followed the EU's lead, by establishing a seven-person panel with the mandate "to advise the High Contracting Parties whether candidates for election as judges of the [ECtHR] meet the criteria stipulated in Article 21 para 1 of the [ECHR]" (para 1).

L'étendue du rôle du comité

16. Le rôle et les fonctions du comité ne sont, de toute évidence, pas sans limites :

a) Il n'examine qu'une seule candidature à la fois. Son rôle consiste à exprimer un avis favorable ou défavorable sur la pertinence de la candidature. Il ne choisit pas entre plusieurs candidats et n'est pas autorisé à le faire ;

b) Il ne peut donc, en aucun cas, influencer la composition de la Cour de justice, ni favoriser une qualité plutôt qu'une autre, pas davantage qu'une expérience ou expertise plutôt qu'une autre; rien dans les traités européens ne fait écho au Statut de Rome sur la Cour pénale internationale, qui impose spécifiquement que les Etats accordent une attention particulière à l'équilibre des qualifications, l'expérience et la répartition homme/femme au sein de cette Cour ; ce qui fait que c'est, au mieux, à la loi des moyennes de déterminer si la Cour pourra bénéficier de caractéristiques ou capacités spécifiques ;

c) le comité ne s'occupe que de nominations ou de renouvellements ; il ne peut pas intervenir dans le cadre d'un non renouvellement, ce qui arrive de temps à autre et est généralement attribué à des raisons politiques.

La Cour européenne des droits de l'homme

17. La Cour européenne des droits de l'homme permet une comparaison intéressante avec la Cour de justice. A certains égards, le Conseil de l'Europe est allé plus loin et plus vite que l'UE. A d'autres égards, il s'en est inspiré mais de façon plus limitée.

18. Tout d'abord, les organes du Conseil de l'Europe ont, de façon proactive, et avec de bons résultats, abordé la question de l'équilibre hommes/femmes. Ils ont exigé que la liste de trois noms fournie par les gouvernements comporte au moins un représentant du sexe (4) sous-représenté ; et, le 12 février 2008, la Cour de Strasbourg, dans le premier des deux avis consultatifs relatifs à l'élection des juges - après avoir confirmé qu'il était vital pour l'autorité et la qualité des décisions de la Cour que tout candidat respecte les critères de la Convention exigeant qu'ils jouissent "de la plus haute considération morale et réunissent les conditions requises pour l'exercice de hautes fonctions judiciaires ou être des jurisconsultes possédant une compétence" - ajoute que si tel est le cas, rien n'empêche les Etats membres de tenir compte d'autres critères ou considérations lorsqu'ils choisissent parmi les candidats d'une liste ou lorsqu'ils examinent la pertinence d'une liste de candidats ; il s'agit, par exemple, de "l'obtention d'un certain équilibre homme/femme ou entre les branches des professions juridiques ou, même, au sein de la cour" (para 42). Les exigences et les admonitions du Conseil de l'Europe ont porté leurs fruits. En effet, plus de 40% des magistrats de la Cour sont des femmes.

19. Deuxièmement, le problème du renouvellement des mandats a également été étudié. Le Protocol Nr 14 de la Convention a fini par entrer en vigueur avec beaucoup de retard. Il prévoit que les magistrats ne disposent, à l'avenir, que d'un seul mandat de neuf ans, non-renouvelable.

(On peut, toutefois, s'inquiéter de la brièveté de ce mandat - et se demander s'il est suffisamment long pour permettre aux présidents comme aux chambres d'émerger et d'occuper leurs fonctions pendant une période significative).

20. Troisièmement, par la Résolution CM/Res(2010)26 du 10 Novembre 2010, le Comité des Ministres a suivi l'exemple de l'UE, en instituant un panel consultatif composé de sept personnes chargées de "formuler à l'intention des Hautes Parties contractantes des avis sur la question de savoir si les candidats à l'élection à la fonction de juge à la Cour européenne des droits de l'homme remplissent les critères

Its members are to be “chosen from among members of the highest national courts, former judges of international courts, including the ECtHR and other lawyers of recognised competence, who shall serve in their personal capacity”, with the further provision that “The composition of the panel shall be geographically and gender balanced”. In fact, it consists in five men, including the former President of the ECtHR, Lucius Wildhaber, and two women. So too does the Article 255 panel, a feature I only mention now that Strasbourg has repeated it!

21. Fourthly, the Committee of Ministers at their meeting on 28-29 March 2012 issued Guidelines on the selection of candidates for the post of judge at the European Court of Human Rights, accompanied by a detailed Explanatory Memorandum (5). These address selection procedures at national level for such candidates. The criteria specified include the basic requirements of high moral character, and the qualifications for high judicial office or capacity of a juriconsult of recognised competence, as well as knowledge of the national legal system(s) and of public international law, with practical legal experience also being “desirable”. Further, “as an absolute minimum”, they require proficiency in one of the two official languages of the Court, with the addition that candidates “should also possess at least a passive knowledge of the other”.

22. More radical are the stated criteria relating to the national procedure for eliciting applications. This must

a. be “stable and established in advance through codification or established administrative practice” and made public,

b. involve a widely available public call for applications and, if necessary, further positive steps to ensure a sufficient number of good applicants,

c. if it involves proposals by third parties, include safeguards to ensure that suitable candidates are not put off and that all applicants are considered fairly and impartially,

Further, there should be a balanced, expert and impartial recommending body, which could seek relevant information from outside sources, and should interview all serious candidates (or, if numbers so require, draw up and interview all those on a shortlist) using a standardised format and testing linguistic ability. Finally, any departure by the final decision-maker from this body’s recommendation should be justified by reference to the criteria for the establishment of lists of candidates.

Differences between the Luxembourg and Strasbourg panels

23. The panels introduced in respect of the Luxembourg and Strasbourg Courts have differently phrased functions. The article 255 panel gives “an opinion on candidates’ suitability to perform the duties of Judge and Advocate-General of the Court of Justice and the General Court”. This, according to the language, involves considering both whether the formal requirements of articles 253 and 254 are satisfied and generally whether a candidate is suitable. The Strasbourg panel’s “mandate” is defined (by Resolution CM/Res(2010)26 establishing) as being simply to advise Council of Europe states “whether candidates for election as judges of the [ECtHR] meet the criteria stipulated in Article 21 para 1”.

prévus par l’article 21§1, de la Convention européenne des droits de l’homme. Ses membres sont “choisis parmi les membres des juridictions nationales suprêmes, les anciens juges des juridictions internationales, y compris la CEDH et autres juristes possédant des compétences reconnues, qui siègeront en leur qualité personnelle”, il est en outre prévu que “ La composition du Panel soit équilibrée du point de vue géographique et de la parité hommes-femmes. ”. Dans les faits, il est composé de cinq hommes, y compris l’ancien Président de la CEDH, Lucius Wildhaber, et de deux femmes. C’est également le cas pour le comité au terme de l’Article 255, particularité que je souligne uniquement parce que Strasbourg la copie !

21. Quatrièmement, le Comité des Ministres a, lors de la réunion des 28-29 mars 2012 publié les lignes directrices concernant la sélection des candidats au poste de juge à la CEDH, accompagnées d’une note explicative détaillée (5). Ces documents traitent des procédures de sélection à l’échelon national. Parmi les critères exigés : jouir de la plus haute considération morale, réunir les conditions requises pour l’exercice de hautes fonctions judiciaires ou présenter des capacités de juriconsulte notoire ainsi qu’une connaissance des systèmes légaux nationaux comme du droit public international, une expérience pratique étant également “souhaitable”. De plus, les candidats doivent « au minimum », maîtriser une des deux langues officielles de la cour et devraient pour le moins, “posséder une connaissance passive d’une autre langue ”.

22. Les critères requis en matière d’appel à candidature sont encore plus radicaux. Ils doivent :

a) être “stable et établie par avance par la codification ou la pratique administrative” et largement rendus publics,

b) impliquer un appel à candidatures largement diffusé dans le public et, si nécessaire, que des mesures appropriées soient prises pour s’assurer qu’il y ait un nombre suffisant de bons postulants,

c) si les postulants sont proposés par des tierces parties, mettre en place des garde-fous pour s’assurer que toutes les candidatures appropriées soient examinées de manière équitable et impartiale et que les postulants ne soient pas dissuadés ou empêchés de se porter candidats.

En outre, l’organe chargé de recommander les candidats doit être équilibré, expert et impartial ; il peut rechercher des informations pertinentes auprès de sources extérieures (ou, si le nombre le justifie, interroger et rencontrer les candidats sélectionnés dans un premier temps (“short list”) en appliquant un format standard et en faisant passer des épreuves linguistiques. Pour finir, tout écart du décideur final par rapport à la recommandation du panel doit être motivée à la lumière des critères de références s’appliquant à l’établissement des listes.

Différences entre les comités du Luxembourg et de Strasbourg

23. Les panels institués au sein des Cours du Luxembourg et de Strasbourg ont des fonctions qui sont formulées différemment. Le comité selon l’article 255 donne “un avis sur la capacité du candidat à accomplir les fonctions de juge ou avocat général de la cour de justice et du Tribunal ”. Cette formulation implique d’examiner si les conditions des articles 253 et 254 sont remplies et de dire en termes généraux si le candidat convient au poste. Le mandat du panel de Strasbourg est défini (dans la Résolution CM/Res(2010)26) comme étant seulement consultatif auprès des états du Conseil de l’Europe afin de déterminer “si les candidats à l’élection au poste de juge de la CEDH satisfont aux critères prévus à l’Article 21 para 1”.

This involves on its face looking simply at the question whether the candidates are “of high moral character and possess the qualifications required for appointment to high judicial office or [are] jurists of recognised competence”. However, the Strasbourg panel’s operating rules (set out in the same Resolution) go on to refer to its role as being to “assess the suitability of candidates”. So the role of the two panels may well be identical, despite the different phraseology.

24. The operating rules of the Strasbourg panel do however differ from those of the article 255 panel in two important respects. First, the Strasbourg panel’s procedure is basically written, with members transmitting their views to the chair in writing, and meetings only being held where deemed necessary. It may seek further information from nominating states, and in exceptional circumstances may when necessary have a meeting in camera with representatives of that state. The exclusion of provision for interviews or even, save exceptionally, meetings, seems to have arisen from financial considerations. The panel’s proceedings are, like the EU panel’s, confidential.

25. Second, the Strasbourg panel’s advice on a list is given in the first instance only to the State putting forward that list. That State therefore appears at this stage to be free of the peer pressure from other States which might otherwise influence it to withdraw any candidate(s) in respect of whom the panel’s advice was unfavourable. After the list has been further scrutinised by a Council of Europe Assembly’s election sub-committee and the list is being considered by the full Assembly, Resolution CM/Res(2010)26 requires the panel’s advice to be given to all Council of Europe States, but only on a confidential basis.

26. That brings me to a more fundamental difference between the current systems in relation to the Luxembourg and Strasbourg Courts. As noted above, EU appointments can only be made by the governments of Europe by unanimity. If the panel gives an unfavourable opinion on suitability, it may be unlikely that the governments of Europe would arrive at a contrary view. In Strasbourg, however, the matter goes from the panel to the Assembly’s election committee, and then to the whole Assembly. Political canvassing of or bargaining among members of the legal affairs committee and of members or groups members in the Assembly is by no means unknown. But, putting aside the improbable event of some clear and fundamental error or misapprehension on the part of the Strasbourg panel, one would have expected the panel’s assessment of the legal merits and suitability of any candidate to prove the last word. The Strasbourg Court and its image in the eyes of the jurisdictions and public it serves are matters of great importance and sensitivity. Yet, according to a recent article in *Europäische Grundrechte* (6) the Assembly in June 2012 elected a judge in respect of whom the panel and election committee had both issued unfavourable assessments. This appears to have occurred without any debate in the Assembly, whether public or in camera, in which any reasons for over-ruling the views of the panel and sub-committee might have been aired (7). However, I note that, on later elections of different judges in early October 2012, the Council of Europe issued a press release which actually stated the election sub-committee’s recommendations, as well as declassifying the details of the Assembly’s voting (which on this occasion followed the sub-committee’s recommendations). Whatever the background to this innovation, it must be seen as a positive step, and certainly shows how fast moving the area is.

Ceci revient à s’assurer que les candidats jouissent « d’une haute considération morale et réunissent les conditions requises pour l’exercice de hautes fonctions judiciaires ou présenter des capacités de juriste notoire ». Cependant, les règles de fonctionnement du panel de Strasbourg (qui figurent dans la même résolution) font ensuite référence à son rôle comme consistant à « évaluer l’adéquation des candidats ». Les rôles des deux panels sont donc peut-être identiques malgré une phraséologie différente.

24. Cependant, les règles de fonctionnement du panel de Strasbourg diffèrent de celles qui s’appliquent au comité selon l’article 255 à deux égards. Pour commencer, la procédure du panel de Strasbourg est, avant tout, écrite : ses membres transmettent leurs avis au président par écrit et ils ne se réunissent que lorsqu’ils le jugent utile. Il peut demander des informations complémentaires aux Etats membres et, dans des cas exceptionnels, se réunir à huis clos avec les représentants dudit Etat membre. Il semble que l’exclusion d’une possible entrevue ou, même, à de rares exceptions près, d’une réunion du panel, résultent de considérations financières. La procédure, comme pour le comité de l’UE est confidentielle.

25. Deuxièmement, le panel de Strasbourg donne son avis sur la liste uniquement à l’Etat qui l’a présentée. L’Etat en question semble donc, à ce stade, protégé de la pression de ses pairs d’autres Etats éventuellement désireux de leur voir retirer une ou plusieurs candidatures qui auraient fait l’objet d’un avis défavorable du panel. Une fois la liste examinée plus avant par un sous-comité électoral de l’Assemblée du Conseil de l’Europe, puis par l’Assemblée en plénière, la Résolution CM/Res(2010)26 prévoit que l’avis du panel soit transmis à tous les membres du Conseil de l’Europe, à titre confidentiel.

26. Ceci m’amène à une différence plus fondamentale entre les systèmes des Cours du Luxembourg et de Strasbourg. Comme indiqué plus haut, les nominations au sein de l’UE ne peuvent se faire que par les gouvernements européens et à l’unanimité. Si l’avis du comité est défavorable, il serait peu probable que les gouvernements européens aboutissent à un point de vue différent. A Strasbourg, cependant, la question est transmise à la sous-commission électorale de l’Assemblée puis, à l’Assemblée plénière. Le démarchage électoral ou la négociation entre membres de la commission des affaires juridiques et les différents groupes au sein de l’Assemblée sont loin d’être rares. Mais, si on exclut la survenue improbable d’une évidente et grossière erreur de jugement ou d’un malentendu de la part du panel de Strasbourg, on aurait pu attendre que le jugement porté par le panel sur les qualités juridiques et autres d’un candidat serait définitif. La Cour de Strasbourg et son image aux yeux des juridictions comme du public au service duquel elle œuvre sont d’une grande importance et sensibilité. Cependant, d’après un récent article du *Europäische Grundrechte* (6), en juin 2012, l’Assemblée a malgré tout élu un juge au sujet duquel tant le panel que le sous-comité avaient émis un avis défavorable. Il semblerait qu’il n’y ait pas eu de débat au sein de l’Assemblée, qu’il soit public ou à huis clos, durant lequel les raisons de l’Assemblée de passer outre les avis des panels et sous-comité auraient été exposées.(7) Néanmoins, j’ai noté qu’après l’élection de plusieurs juges début octobre 2012, le Conseil de l’Europe a publié un communiqué exposant les recommandations du sous-comité, parallèlement à une déclassification du détail des votes de l’Assemblée, qui, en l’occurrence, avaient suivi les recommandations du sous-comité. Quel que soit le fond de cette innovation, ceci doit être perçu comme un pas dans la bonne direction et montre, à l’évidence, combien cette question évolue actuellement.

Initiatives to expand the Article 255 panel's role

27. Recently, there have been initiatives that may expand the role of the Article 255 panel. To relieve the pressure on the over-worked General Court, the Court of Justice on 7 April 2011, issued its own proposal to the Commission for an enlargement of the General Court by at least 12 judges from its present size of 27 judges. The Court raised the possibility that the additional judges would enable the creation of specialised chambers within the General Court. The Council and Commission both reacted positively to the initiative. The Commission has taken up not only the idea of specialised chambers within the General Court itself, but also the important question how any new judges should be chosen. It proposed either an extension of the national principle, giving each state in turn a chance to appoint, or a modified system whereby six new judges would be chosen in that way, but the other six would be selected from among candidates to be put forward by states, upon an opinion received from the article 255 panel stating an order of merit for the candidates whose suitability is confirmed, having regard to the judicial qualifications required to sit in one of the specialised chambers to be established by the General Court. This would, self-evidently, represent an important increment in the role and work of the panel. However, I understand that it is not clear that the Council, in the present era of economic austerity, is keen on the resource implications, or that any steps will therefore be taken, at least in the short term, to pursue this proposal.

28. A second initiative may follow from the need, if the EU adheres to the European Convention on Human Rights, for it to present a list of three persons, from which one would be chosen by the Council of Europe's Assembly as the EU judge on the European Court of Human Rights. It is possible that the Article 255 panel, or its members, might be given a role in this regard. But that too remains to be seen. It is certainly not part of the panel's role to seek any different or expanded mandate. We are kept quite busy as it is.

Conclusion

29. Sir David Edward, former UK judge on the former Court, once described the EU Court as the Cinderella of inter-governmental conferences, when it came to thinking how it should be structure and work (8).

Whether or not anything comes of these particular initiatives, the development of the Article 255 panel and its Strasbourg sister must be seen as promising steps towards a recognition of the need to ensure and to demonstrate the quality of the judges who sit on the Luxembourg and Strasbourg Courts. It has been, rather faintly, suggested that the introduction of the panels might have a chilling effect on applications. I would be surprised if that were so, when the panel's reports to governments remain confidential. At a national level, at least in the UK, it is now axiomatic that the most senior practitioners apply and are interviewed for appointment or promotion; and there is no shortage of candidates.

30. Moreover, even if there is any chilling effect, it is certainly outweighed by the advantages of an objective assessment. That this should take place is ultimately in States' own interests. It is certainly in the interests of all who use and are affected by the jurisprudence of the Luxembourg and Strasbourg Courts. Public confidence in the workings of the Courts is critical to both the EU and the Convention systems. Nationally, it is also in all our interests to ensure that our national systems of selection and nomination are open, objective, fair and efficient.

Initiatives visant à étendre le rôle du panel au terme de l'Article 255

27. Récemment, certaines initiatives visant à étendre le rôle du comité au terme de l'Article 255 ont vu le jour. Afin d'alléger la charge de travail très lourde du Tribunal, le 7 avril 2011, la Cour de justice a présenté une proposition d'élargissement du Tribunal à la Commission à un minimum de douze juges supplémentaires par rapport aux 27 juges existants. La Cour a émis l'idée que ces juges supplémentaires permettraient la création de chambres spécialisées au sein du Tribunal. Le Conseil et la Commission ont tous deux réagi favorablement à cette initiative. La Commission étudie non seulement la création de chambres spécialisées au sein du Tribunal mais également l'importante question du mode de sélection de ses juges. Elle a proposé soit une extension du principe national selon lequel chaque Etat dispose par rotation du droit de nommer un juge, soit un nouveau système où six nouveaux juges seraient nommés ainsi, tandis que les six juges restants seraient choisis parmi les candidats présentés par les Etats sur avis du comité de l'article 255; ce dernier ayant hiérarchisé les mérites des différents candidats confirmés à l'aune des qualifications juridiques requises pour exercer des fonctions au sein de la future chambre spécialisée du Tribunal. De toute évidence, ceci entraînerait une augmentation conséquente du rôle et des tâches du comité. Ceci dit, en cette période d'austérité économique, le Conseil hésite au vue des implications financières et il n'est pas certain, au moins à court terme, qu'il souhaite favoriser la proposition.

28. Une seconde initiative pourrait voir le jour si l'UE adhère à la Convention européenne des droits de l'homme, du fait de la nécessité de présenter une liste de trois personnes parmi lesquelles l'Assemblée du Conseil de l'Europe choisirait un candidat pour siéger en son nom à la CEDH. Il se peut que le comité au terme de l'Article 255, ou ses membres, se voient octroyer un rôle à cet égard. Mais, cela aussi, reste à voir. Il n'entre pas dans les attributions du comité de chercher à modifier ou à étendre son mandat. Nous avons déjà suffisamment à faire en l'état.

Conclusion

29. Sir David Edward, ancien juge anglais de l'ancienne Cour, décrit un jour la Cour européenne comme la cendrillon des conférences intergouvernementales lorsque l'on pense à son fonctionnement et à sa structure (8).

Que ces diverses initiatives aboutissent ou non, le développement du comité de l'article 255 ainsi que de son parent Strasbourgeois doit être perçu comme des signes encourageants vers la reconnaissance de la nécessité de s'assurer et de démontrer la qualité des juges qui siègent au sein des Cours du Luxembourg et de Strasbourg. Il a été suggéré sans grande conviction que l'introduction de ces comités ne refroidisse les ardeurs des candidats potentiels. Cela m'étonnerait fort dans la mesure où les rapports adressés aux gouvernements demeurent confidentiels. A l'échelon national, tout au moins au Royaume Uni, il relève de l'axiome que la plupart des praticiens aguerris se présentent et soient reçus en vue de nominations ou promotions; et les candidats ne manquent guère.

30. De plus, même si les ardeurs sont refroidies, cela est largement compensé par les avantages d'une évaluation objective. En définitive, cela ne pourrait que servir les intérêts des Etats. En tout état de cause, cela sert les intérêts de ceux qui utilisent ou sont affectés par la jurisprudence des Cours du Luxembourg et de Strasbourg. La confiance du public en la façon dont les cours fonctionnent est critique tant pour l'UE que pour le système basé sur la Convention. A l'échelon national également, il est dans notre intérêt que les systèmes nationaux de sélection et de nomination soient transparents, objectifs, équitables et efficaces.

(*) © Lord Mance

(1) 1[1] See e.g. the *Interrights Report of May 2993, Opinion N° 5 (2003) of the Consultative Council of European Judges on the law and practice of judicial appointments to the European court of human rights, the Burgh House Principles, issued by a study group of the International Law Association in 2004, and the paper given by Paul Mahoney (now Judge Mahoney in the European Court of Human Rights) at a Lancaster House conference in October 2008.*

(2) *We have taken the view that European Union law requires this: Case C-28/08 Commission v Bavarian Lager Co Ltd.*

(3) *The word "high" is new, and an appropriate recognition of the importance of that Court.*

(4). *Resolution 1366 (2004), Recommendation 1649 (2004) and Resolutions 1426 (2005) and 1627 (2008), declare that that single-sex lists are not acceptable, where the opposite sex is under-represented (meaning made up less than 40% of the Court) or unless exceptional circumstances exist (as where, despite all necessary steps, an appropriate candidate of the relevant sex cannot be identified). Recommendation 1649 (2004) and Resolution 1426 (2005) also address national selection processes. The first invites open calls for candidates with human rights experience and sufficient knowledge of at least one of the two official languages through the specialised press, and in the second the Assembly "strongly urges the governments of member states which have still not done so, to set up – without delay – appropriate national selection procedures to ensure that the authority and credibility of the Court are not put at risk by ad hoc and politicised processes in the nomination of candidates. Furthermore, "it invites the governments of member states to ensure that the selection bodies/panels (and those advising on selection) are themselves as gender-balanced as possible."*

(5) *Documents CM(2012)40 and addendum.*

(6) *Mehr Transparenz für die Wahrung professioneller Qualität bei den Richter-Wahlen zum EGMR EuGRZ 2012, 486, by Norbert Peter Engel.*

(7) *The internet at <http://assembly.coe.int/Documents/Records/2012/E/1206261000E.htm> shows that a UK member of the Assembly, Lord Tomlinson, tried to refer to the election sub-committee report showing who that committee had selected, but was ruled out of order by the Assembly's President on the ground that the document was confidential.*

(8) *Oral evidence given by Sir David Edward to the House of Lords European Union Select Committee reporting on the Lisbon Treaty: see The Treaty of Lisbon: an Impact Assessment 10th Report of Session 2007-2008 HL Paper 62-II, Volume II, S38 Q134.*

(*) © Lord Mance

(1) *Ref e.g. the Interrights Report of May 2993, Opinion N° 5 (2003) du Conseil Consultatif des juges Européens sur le droit et la pratique relatives aux nominations à la Cour Européenne des droits de l'homme, les Principes de Burgh House , publié par un groupe d'étude de la International Law Association en 2004, et l'exposé présenté par Paul Mahoney (aujourd'hui Juge Mahoney à la Cour Européenne des droits de l'homme) lors de la conférence de Lancaster House en octobre 2008.*

(2) *Nous avons estimé que le droit de l'Union Européenne le prévoit : Aff. C-28/08 Commission v Bavarian Lager Co Ltd.*

(3) *Le terme "hautes" est nouveau, et reconnaît, comme il se doit l'importance de cette Cour.*

(4). *La Résolution 1366 (2004), la Recommandation 1649 (2004) et les Résolutions 1426 (2005) et 1627 (2008), stipulent que les listes ne comportant qu'un seul sexe ne sont pas acceptables, lorsque les femmes sont sous -représentées (au sens de moins de 40% de la Cour) ou à moins de circonstances exceptionnelles (par ex lorsque, malgré des mesures adéquates, il n'est pas possible d'identifier un candidat approprié de ce sexe). La Recommandation 1649 (2004) et la Résolution 1426 (2005) traitent également du processus de sélection national. La première lance, par le biais de la presse spécialisée, un appel à candidatures de personnes disposant d'une expérience en matière de droits de l'homme et maîtrisant au moins une des deux langues officielles ; et la seconde "invite les gouvernements des états membres qui ne l'auraient pas encore fait, à mettre en place – sans tarder – des procédures nationales de sélection afin de garantir que l'autorité et la crédibilité de la cour ne soient pas menacées du fait de procédures politiques, au cas par cas appliquées à la nomination des juges. En outre, "elle invite les gouvernements des états membres à s'assurer que les organes de sélection (et ceux qui les conseillent) respectent, eux-mêmes, l'équilibre entre hommes et femmes."*

(5) *Documents CM (2012)40 et addendum.*

(6) *Mehr Transparenz für die Wahrung professioneller Qualität bei den Richter-Wahlen zum EGMR EuGRZ 2012, 486, par Norbert Peter Engel.*

(7) *L'internet sur <http://assembly.coe.int/Documents/Records/2012/E/1206261000E.htm> se borne à indiquer qu'un membre anglais de l'Assemblée, Lord Tomlinson, a tenté de faire référence au rapport du sous-comité électoral qui exposait le choix du comité, mais a été déclaré non recevable par le président au motif que le document était confidentiel.*

(8) *Témoignage donnée par Sir David Edward devant l'European Selection Committee de la Chambre du Lorde à propos du Traité de Lisbonne: voir The Treaty of Lisbon: an Impact Assessment 10th Report of Session 2007-2008 HL Paper 62-II, Volume II, S38 Q134.*