

Les ONG et les juges de la CEDH

2009 – 2019



Février 2020

Résumé

Les ONG exercent une influence croissante sur les instances internationales et en leur sein, en particulier dans le système de protection des droits de l'homme. Ce rapport fait apparaître qu'au moins 22 des 100 juges permanents ayant siégé à la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) entre 2009 et 2019 sont d'anciens responsables ou collaborateurs de sept ONG fortement actives auprès de cette Cour. Douze juges sont liés au réseau de l'Open Society Foundation (OSF), sept aux comités Helsinki, cinq à la Commission Internationale des Juristes, trois à Amnesty International, un à Human Rights Watch, un à Interights et un à l'A.I.R.E. Centre. L'Open Society se distingue par le nombre de juges qui lui sont liés et par le fait qu'elle finance les 6 autres organisations citées dans ce rapport.

Depuis 2009, on recense au moins 185 affaires dans lesquelles l'une de ces sept ONG est officiellement impliquée dans la procédure. Parmi celles-ci, dans 88 cas, des juges ont siégé dans une affaire dans laquelle était impliquée l'ONG avec laquelle ils étaient liés. Par exemple, dans l'affaire *Big Brother Watch c. Royaume-Uni*, toujours pendante devant la Grande chambre de la CEDH, 10 des 16 requérants sont des ONG financées par l'OSF, de même que 6 des ONG intervenant en tant que tierce partie. Parmi les 17 juges ayant siégé en Grande Chambre, 6 sont liés aux ONG requérantes et intervenantes.

Sur la même période, on observe seulement 12 cas de dépôts dans lesquels un juge s'est retiré d'une affaire en raison, semble-t-il, d'un lien avec une ONG impliquée dans l'affaire.

Cette situation met en cause l'indépendance de la Cour et l'impartialité des juges ; elle est contraire aux règles que la CEDH impose elle-même aux États en la matière. Elle est d'autant plus problématique que le pouvoir de la Cour est exceptionnel.

Il est nécessaire de remédier à cette situation. Pour cela, il conviendrait en particulier d'être plus attentif au choix des candidats à la fonction de juge en évitant la nomination de militants et d'activistes. Le rapport fait également des propositions visant à assurer la transparence des intérêts et des liens entre requérants, juges et ONG, et à formaliser les procédures de dépôt et de récusation.

Conscient de la valeur du système de protection des droits de l'homme en Europe et de la nécessité de le préserver, l'ECLJ espère que ce rapport sera reçu comme une contribution positive au bon fonctionnement de la Cour.

Par Grégor Puppink et Delphine Loiseau. Les auteurs remercient toutes les personnes qui les ont soutenus et conseillés dans l'élaboration de ce rapport en particulier les juristes, magistrats, et anciens membres de la CEDH.

Grégor Puppinck est docteur en droit, directeur de l'ECLJ. Il participe notamment au Comité d'experts sur la réforme de la Cour européenne des droits de l'homme.

Delphine Loiseau est juriste, chercheur associé à l'ECLJ.

Le Centre européen pour le droit et la justice (*European Centre for Law and Justice, ECLJ*) est une organisation non-gouvernementale internationale fondée en 1998 dédiée à la promotion et à la protection des droits de l'homme en Europe et dans le monde. L'ECLJ est titulaire du statut consultatif spécial auprès des Nations unies/ECOSOC depuis 2007.

L'ECLJ agit dans les domaines juridiques, législatifs et culturels en mettant en œuvre une stratégie efficace de sensibilisation, d'information et d'actions juridiques. L'ECLJ défend en particulier la protection des libertés religieuses, de la vie et de la dignité de la personne auprès de la Cour européenne des droits de l'homme et au moyen des autres mécanismes offertes par l'Organisation des Nations unies, le Conseil de l'Europe, le Parlement européen, et l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE).

L'ECLJ agit en particulier auprès de la CEDH dans de nombreuses affaires comme tiers intervenant, ainsi qu'au soutien de parties requérantes ou de gouvernements.

L'ECLJ fonde son action sur « les valeurs spirituelles et morales qui sont le patrimoine commun des peuples [européens] et qui sont à l'origine des principes de liberté individuelle, de liberté politique et de prééminence du droit, sur lesquels se fonde toute démocratie véritable » (Préambule de la Statut du Conseil de l'Europe).

Centre européen pour le droit et la justice

4 Quai Koch

67000 Strasbourg

www.eclj.org

secretariat@eclj.org

© ECLJ, 2020

SOMMAIRE

Rapport

I.	Les liens professionnels passés entre ONG et juges	6
	<i>Exposé factuel des liens</i>	6
	<i>De multiples causes</i>	9
II.	Les interactions avec les ONG pendant le mandat des juges	11
A.	L'action de ces ONG auprès de la Cour	11
	<i>L'importance de l'action des ONG</i>	11
	<i>Les amici curiae</i>	13
	<i>Le manque de transparence</i>	14
B.	Les juges face aux affaires introduites par, ou avec le soutien de, « leur » ONG	16
	<i>Les cas où des juges ont siégé dans ces affaires</i>	16
	<i>Peu de déports liés aux liens entre juges et ONG</i>	18
III.	Les problématiques soulevées par cette situation	20
	<i>Le pouvoir exceptionnel et politique de la CEDH</i>	20
	<i>Un système déséquilibré</i>	20
	<i>Des acteurs privés sans légitimité démocratique</i>	21
	<i>Des acteurs privés influents</i>	21
	<i>La mise en cause du principe de l'égalité des armes</i>	22
	<i>Le manque de garanties de l'indépendance et de l'impartialité des juges</i>	22
	<i>La comparaison avec les juges anciens fonctionnaires de leur gouvernement</i>	24
	<i>L'absence de pluralisme dans l'interprétation des droits de l'homme</i>	25
IV.	Quelles solutions ?	25
	<i>Éviter la nomination de militants aux fonctions de juge</i>	25
	<i>Assurer la transparence des intérêts</i>	26
	<i>Formaliser les procédures de déport et de récusation</i>	26

Annexes (consultables sur www.eclj.org)

Annexe n° 1 : Les juges de la CEDH et les ONG, éléments biographiques

Annexe n° 2 : Tierces-interventions des ONG à la CEDH

Annexe n° 3 : Actions directes des ONG comme représentant des requérants auprès de la CEDH

Annexe n° 4 : Les déports de juges de la CEDH

Annexe n° 5 : L'équipe « Strategic litigation » de la Fondation Helsinki pour les droits de l'homme (Pologne) et les affaires devant la CEDH

Les ONG et les juges de la CEDH

Par Grégor Puppinck

Plusieurs études ont déjà été consacrées à la description et à l'analyse des modes d'intervention des organisations non-gouvernementales (ONG) auprès des juridictions et des quasi-juridictions internationales¹, en particulier auprès de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)². Ces études se sont concentrées sur l'analyse de l'action des ONG comme requérants, représentants ou tiers intervenants³, ainsi que sur leur contribution au suivi de l'exécution des arrêts. Elles ont révélé la variété, l'influence et l'utilité de l'action des ONG.

La présente étude entend aborder cette même question mais sous un angle complémentaire : celui des relations entretenues entre les ONG et les juges. En effet, ces relations ne se limitent pas aux voies formelles d'actions des ONG auprès de la Cour ; elles sont aussi beaucoup plus profondes et informelles puisque la Cour est composée, dans une proportion significative, d'anciens collaborateurs d'ONG.

¹ Voir en particulier : Heidi N. Haddad, *“The Hidden Hands of Justice: NGOs, Human Rights, and International Courts”*, Cambridge University Press, 2018 ; Luisa Vierucci, “NGOs before international courts and tribunals”, in *NGOs in international law : efficiency in flexibility ?* / edited by Pierre-Marie Dupuy, Luisa Vierucci. - Cheltenham ; Northampton, Mass. : Edward Elgar, 2008, p. 155-180.

² Voir en particulier Rachel A. Cichowski, “Civil society and the European Court of Human Rights”, in *The European Court of Human Rights between law and politics* / edited by Jonas Christoffersen and Mikael Rask Madsen. - Oxford ; New York : Oxford University Press, 2011, p. [77] - 97 ; Laura Van Den Eynde, “The ECtHR’s enigmatic relationship with civil society organisations”, in *Human rights as a basis for reevaluating and reconstructing the law : acts of the 4th ACCA Conference held in Louvain-la-Neuve on May 29th, 2015* / Arnaud Hoc, Stéphanie Wattier et Geoffrey Willems (eds.). - Bruxelles : Bruylant, 2016. p. [199]-211 ; Julie Ringelheim, « Le rôle des ONG dans le contentieux international des droits de l’homme », *Journal européen des droits de l’homme*, n° 2 (oct. 2018), p. 71-125 ; Antoni Nowicki Marek, « Le rôle des organisations non gouvernementales dans les procédures devant la Cour EDH », in *La réforme de la Convention européenne des droits de l’homme : un travail continu : une compilation des publications et documents pertinents pour la réforme actuelle de la CEDH / préparée par le Comité directeur pour les droits de l’homme (CDDH)*. - Strasbourg : Editions du Conseil de l’Europe, 2009, p. 187-190.

³ Laurence Burgorgue-Larsen, « Les interventions éclairées devant la Cour européenne des droits de l’homme ou le rôle stratégique des amici curiae », in *La conscience des droits : mélanges en l’honneur de Jean-Paul Costa* / [ouvrage coordonné par Patrick Titiun et réalisé avec l’assistance de Patricia Dumaine]. - Paris : Dalloz, 2011, p. [67] - 82 ; Nicole Bürlì, *Third-party interventions before the European Court of Human Rights : amicus curiae, member-State and third-party interventions*, Intersentia, 2017 ; Emmanuel Decaux (ed.) *La tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l’homme et en droit comparé : Actes du colloque organisé à l’Université Panthéon-Assas (Paris II), Bruxelles : Bruylant : Nemesis, 2009 ; Françoise Elens-Passos, « La tierce intervention dans la procédure devant la Cour européenne des droits de l’homme », in Regards croisés sur la protection nationale et internationale des droits de l’homme, Liber amicorum Guido Raimondi / Linos-Alexandre Sicilianos ... [et al.] (eds.). – Tilburg: Wolf Legal Publishers (WLP), 2019, p. 255-275 ; F. Lonardo. “Il ruolo dell’amicus curiae negli organismi giurisdizionali internazionali”, Roma, *Biblioteca della Rivista di studi politici internazionali* (Nuova Serie), n° 3, 2009.*

La lecture des *curriculum vitae*⁴ des juges ayant siégé durant les dix dernières années (entre le 1^{er} janvier 2009 et le 1^{er} octobre 2019) permet d'identifier sept ONG étant à la fois actives à la Cour et comptant parmi leurs anciens collaborateurs au moins une personne ayant siégé comme juge permanent de la CEDH depuis 2009. Sur les cent juges permanents ayant siégé durant cette période, il apparaît que 22 ont eu des liens forts, avant leur élection comme juge, avec l'une ou plusieurs de ces sept organisations, que ce soit comme dirigeants, bénéficiaires de leurs financements ou comme participants notables et réguliers à leurs activités. En outre, en prenant également en compte des liens plus indirects, d'autres juges pourraient être ajoutés à cette liste.

Cette étude entend aller cependant plus loin, puisqu'elle vise à examiner les interactions entre ONG et juges *après l'entrée en fonction de ceux-ci*. L'examen des 185 affaires dans lesquelles ces sept ONG ont agi de façon visible durant ces dix dernières années a en effet permis de constater qu'à de nombreuses reprises, des juges ont siégé dans des affaires introduites ou soutenues par l'ONG avec laquelle ils avaient collaboré. Les liens entre juges et ONG sont donc plus complexes et profonds qu'il n'apparaît ordinairement. Cette étude, basée sur des recherches approfondies (voir annexes), a pour objet de mettre en lumière cette réalité significative, de s'interroger sur ses causes, de prendre la mesure des difficultés qu'elle pose, et d'avancer des moyens pour y remédier.

Au-delà, le but de cette étude est de contribuer au bon fonctionnement du système européen de protection des droits de l'homme, en particulier à son indépendance, qui doit être garantie à l'égard du pouvoir non seulement des États, mais aussi de celui, non négligeable, des grandes ONG.

6 L'ECLJ est elle-même l'une des ONG les plus actives auprès de la Cour depuis plus de vingt ans.

I. Les liens professionnels passés entre ONG et juges

Exposé factuel des liens

Il a été possible d'identifier sept ONG qui, étant actives à la Cour, comptent parmi leurs anciens collaborateurs au moins une personne ayant siégé comme juge permanent de la CEDH depuis 2009. Il s'agit (par ordre alphabétique) de A.I.R.E. Centre (Centre sur les droits individuels en Europe), Amnesty International, la Commission Internationale des Juristes (CIJ), le réseau des comités et fondations Helsinki⁵, Human Rights Watch (HRW)⁶, Interights

⁴ Tels que publiés sur le site de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE).

⁵ La Fondation Helsinki pour les droits de l'homme (Pologne) (HFHR), le Monitor Helsinki grec, le Comité Helsinki roumain (Association pour la défense des droits de l'homme en Roumanie – le Comité Helsinki (APADOR-CH)), le Comité Helsinki hongrois, le Comité Helsinki bulgare, le Comité Helsinki norvégien, le Comité Helsinki pour les droits de l'homme de la République de Macédoine, le Comité Helsinki pour les droits de l'homme en Moldavie... Ces ONG du réseau Helsinki étaient réunies sous l'égide de la Fédération internationale Helsinki pour les droits de l'homme jusqu'en 2007, date de sa dissolution.

Voir la *Human Rights House Foundation* qui rassemble certains de ces comités et fondations : <https://humanrightshouse.org/> (consulté le 01/02/2020) ou encore la *Civic Solidarity Platform* qui compte parmi ses nombreux membres les comités Helsinki, la Fondation Helsinki pour les droits de l'homme (Pologne) : <https://www.civicsolidarity.org/members> (consulté le 01/02/2020).

(Centre international pour la protection judiciaire des droits de l'homme), et l'Open Society Foundation (OSF) et ses diverses branches, en particulier l'Open Society Justice Initiative (OSJI).

Les collaborations entre ONG et futurs juges existent à différents degrés, allant de la fondation et direction d'ONG, à la participation significative à leurs activités⁷. Il n'y a pas lieu de porter un jugement sur ces engagements qui relèvent de la liberté individuelle, mais de les constater dès lors que ces ONG sont actives à la Cour. Ce tableau est probablement incomplet car documenté principalement par les informations présentées dans le cadre de la procédure de sélection des juges, et accessibles sur le site de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE). Ce tableau ne mentionne pas les personnes ayant participé, même de façon régulière, à des réunions et conférences organisées par ces ONG, ni les adhésions personnelles à celles-ci. Enfin, certains juges ont collaboré à d'autres ONG, mais ils ne sont pas mentionnés ici car celles-ci ne sont pas actives à la Cour de Strasbourg. Cette étude ne porte pas non plus sur les juges *ad hoc*. Enfin, les diverses appartenances d'ordre politique, religieux ou autres sont naturellement ignorées. Les noms des intéressés ne sont mentionnés que par nécessité.

Concernant l'A.I.R.E. Centre, le juge Eicke a été membre de son Conseil d'administration de 2000 à 2008.

Concernant Amnesty International (AI), trois juges ont collaboré à divers degrés avec cette ONG. Le juge Pinto de Albuquerque a été membre du comité de direction d'Amnesty International de 2008 à 2012⁸. Le juge Šikuta fut également en lien avec Amnesty International⁹. Quant au juge Felici, il a participé à la section protection des droits de l'homme d'Amnesty International de 1993 à 1995.

Concernant les Comités Helsinki, sept juges ont collaboré à divers degrés avec les branches nationales de ce réseau. Le juge Grozev a fondé le comité bulgare et la juge Kalaydjieva a été membre de celui-ci. D'autres juges ont organisé ou animé divers programmes et groupes de travail. Il s'agit des juges Garlicki, Shukking, Šikuta. Le juge Karakaş fut membre de l'Assemblée des citoyens d'Helsinki¹⁰. Le juge Yudkviska a collaboré dans une moindre mesure : elle a suivi des formations du Comité Helsinki et l'a représenté en justice.

Concernant la Commission Internationale des Juristes (CIJ), cinq juges y ont exercé des fonctions.

- Le juge Motoc fut membre du conseil de la Commission jusqu'en 2013.

⁶ À l'origine en 1978, cette ONG portait le nom de *Helsinki Watch*. En 1988, *Helsinki Watch* et ses affiliés sont devenus *Human Rights Watch*. <https://www.hrw.org/our-history> (consulté le 01/02/2020).

⁷ L'ensemble des informations concernant les juges a été principalement trouvé dans les CV mis en ligne par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE) lors de l'élection des juges, ou par de simples recherches sur internet.

⁸ Il faut souligner que M. Pinto de Albuquerque est le seul juge, à notre connaissance, à s'être explicitement engagé à cesser immédiatement ses fonctions au sein de l'ONG en cas d'élection à la Cour, montrant en cela qu'il avait conscience du risque de conflit d'intérêt (*cf.* son CV sur le site d'APCE).

⁹ Voir ses propos dans son CV sur le site de l'APCE.

¹⁰ Ce réseau d'individus, de mouvements et d'organisations n'a jamais appartenu à l'ancienne Fédération internationale Helsinki pour les droits de l'homme. En revanche, le choix de la bannière « Helsinki » et la participation de ses branches nationales à des initiatives communes à celles des Comités Helsinki nous conduisent à associer l'Assemblée des citoyens d'Helsinki aux Comités Helsinki.

- Le juge Schukking y fut expert en 2014 et en 2016.
- La juge Ziemele a fondé en 1995 la section lettonne de la CIJ dont elle est membre depuis.
- Le juge Cabral-Barreto a été membre du groupe « Droit et justice » de la section portugaise de la CIJ¹¹.
- Le juge Kucsko-Stadlmayer a été membre de la CIJ Autriche depuis 2000.

Concernant Human Rights Watch, le juge Pavli a été chercheur dans cette organisation de 2001 à 2003.

Concernant Interights, le juge Eicke a été membre de son conseil d'administration de 2004 à 2015.

Concernant l'Open Society Foundation (OSF), 12 juges ont collaboré à divers degrés avec cette organisation :

- Le juge Garlicki a été membre d'un programme « individu contre État » de la Central European University depuis 1997, et a participé à plusieurs programmes d'enseignement en coopération avec l'Open Society Institute de Budapest et la Central European University de Budapest, université fondée et financée par l'OSF¹².
- Le juge Grozev a été membre du Conseil d'administration de l'Open Society Institute de Bulgarie de 2001 à 2004 ainsi que de la direction centrale de l'Open Society Justice Initiative (OSJI, New York), de 2011 à 2015.
- Le juge Kūris a été membre du conseil d'administration de l'Open Society Foundation de Lituanie de 1993 à 1995, membre du conseil de coordination de 1994 à 1998, expert du programme d'édition de 1999 à 2003 et membre d'un autre conseil de 1999 à 2003. Il y fut donc actif de 1993 à 2003.
- La juge Laffranque a été membre entre 2000 et 2004 du conseil exécutif du Centre d'études politiques – PRAXIS, organisation fondée en 2000 et financée depuis par l'Open Society Institute¹³.
- Le juge Mijović a été membre du Conseil exécutif de l'Open Society Foundation de Bosnie-Herzégovine de 2001 à 2004, ainsi que membre de l'équipe d'un projet de l'OSF de Bosnie en 2001.
- Le juge Mits a enseigné à partir de 1999 à l'École supérieure de droit de Riga¹⁴, dont il est devenu vice-recteur, ainsi qu'au Centre de formation judiciaire de Lettonie, tous deux fondés et cofinancés par l'Open Society de Lettonie.
- Le juge Pavli, ancien élève de la Central European University, a été avocat au sein de l'Open Society Justice Initiative de 2003 à 2015 puis directeur des programmes de l'OSF pour l'Albanie de 2016 à 2017.
- Le juge Sajó a été membre de la direction centrale de l'Open Society Justice Initiative (OSJI, New-York) de 2001 à 2007, ainsi que professeur de 1992 à 2008 à la Central European University à Budapest.

¹¹ Le CV de ce juge, sur le site de l'APCE, ne précise pas les dates de cette fonction.

¹² La *Central European University* a été dotée de 880 millions de dollars : <https://www.chronicle.com/article/For-President-of-Central/65338/> (consulté le 01/02/2020).

¹³ <http://www.praxis.ee/en/organisation/think-tank/> (consulté le 01/02/2020).

¹⁴ L'OSF a fondé et cofinance l'École supérieure de droit de Riga avec les gouvernements de Suède et de Lettonie.

- Le juge Šikuta a été membre des comités d'experts de l'Open Society Foundation de Slovaquie de 2000 à 2003. Il n'a pas été rémunéré pour cette fonction.
- Le juge Turković a été membre du Conseil d'administration de l'Open Society Institute de Croatie de 2005 à 2006 et membre de l'équipe de recherche de cette même organisation de 1994 à 1998.
- Le juge Vučinić a écrit différents articles pour l'Open Society Institute et a contribué à la rédaction de ses rapports en 2005 et en 2008 ; membre du comité directeur de deux ONG financées par l'OSF.
- La juge Ineta Ziemele enseigne, depuis 2001, à l'École supérieure de droit de Riga, fondée et cofinancée par l'Open Society de Lettonie.

D'autres juges ont aussi collaboré de façon moins formelle¹⁵, par conséquent nous ne les intégrerons pas dans le reste de l'étude.

Ce phénomène n'est pas limité aux membres de la Cour. Ainsi, Nils Muižnieks, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe de 2012 à 2018, a également été directeur des programmes de l'Open Society de Lettonie jusqu'à 2012. En 2009, il expliquait que l'Open Society souhaite créer un homme nouveau – l'*homo sorosensus* [en référence à Soros] – l'homme de la société ouverte, par opposition à l'*homo sovieticus*¹⁶. Dans le cadre de ses fonctions, il a condamné plusieurs initiatives du gouvernement hongrois, notamment le projet de loi dit « *anti-Soros* »¹⁷.

De multiples causes

Il convient de rappeler, à toutes fins utiles, que la Cour compte autant de juges que d'États parties à la Convention. Lorsqu'un siège est à pourvoir, le gouvernement concerné établit et

¹⁵ Le juge Bošnjak a été membre d'une équipe du Peace Institute (Institute for Contemporary Social and Political Studies) en 2005 sur un projet co-financé par l'Open Society Institute. Le Peace Institute est financé et partenaire de l'OSF. Il a participé comme intervenant à une conférence, tenue le 26 mai 2006, du Peace Institute.

Le juge Harutyunyan a donné des cours en 2007 et 2008 à la Central European University et à des instituts de l'Open Society Foundation.

La juge Zdravka Kalaydjieva a fondé et a été membre de l'ONG « Bulgarian Lawyers for Human Rights » de 1993 à 2008 (puis de 2015 à aujourd'hui). Cette ONG est financée notamment par l'Open Society Institute de New York et de Sofia. Elle a également assuré des cours dans le cadre d'une formation destinée aux praticiens du droit des anciennes républiques soviétiques d'Asie centrale, organisée par l'Open Society Institute, à Bichkek au Kirghizistan en 1999.

Le juge Kovler a enseigné en 1997 et en 1998 au sein de la Fondation Soros du Kirghizistan.

Le juge Zupančič a donné des conférences à la Central European University à Budapest en 1997. Sources : Cf. Annexes.

¹⁶ Nils Muižnieks, Creating the "Open Society Man" (and Woman!), Open Society News, Fall 2009, p. 6 : "Many of us (that is veteran staff, board members, and/or grantees of the various branches of the Open Society Institute) assumed that within two decades we could help create a new "open society man." This "new man"—*homo sorosensus*—would replace *homo sovieticus*, whose remains would slowly decompose on the ash heap of history (located in a dark alley behind the gleaming main streets of the new, "normal" open societies we would build)."

https://www.opensocietyfoundations.org/publications/open-society-news-eastern-europe-where-do-open-societies-stand-20-years-later#publications_download (consulté le 01/02/2020).

¹⁷ « Hongrie. Le Conseil de l'Europe critique la loi « anti-Soros » », *Ouest France*, 15 février 2018 : <https://www.ouest-france.fr/europe/hongrie/hongrie-le-conseil-de-l-europe-critique-la-loi-anti-soros-5567285> (consulté le 01/02/2020).

soumet une liste de trois candidats à l'APCE qui en élit un, pour un mandat de 9 ans non renouvelable. L'APCE a le pouvoir de refuser la liste dans son ensemble¹⁸.

L'élection à la CEDH de juristes issus d'ONG a de multiples causes.

L'une d'entre elles est à rechercher dans le fait que, dans certains pays, c'est principalement au sein des ONG que l'on peut identifier des juristes à la fois expérimentés en matière de droits de l'homme et ayant une certaine indépendance à l'égard du gouvernement. Cela est accru par l'importance de la présence et de l'influence de certaines ONG dans de « petits » pays. Les juges qui, antérieurement à leur nomination, ont été salariés ou responsables officiels d'ONG viennent pour la plupart d'Albanie, de Bosnie-Herzégovine, de Bulgarie, de Croatie, de Hongrie, de Lettonie et de Roumanie. À titre d'exemple, en Albanie, pays pauvre et marqué par la corruption¹⁹, deux des trois candidats à la fonction de juge en 2018 étaient des dirigeants de l'Open Society Foundation et l'un d'entre eux a été élu²⁰. Or, l'Open Society Foundation a investi dans ce pays plus de 131 millions de dollars depuis 1992²¹. De même, les deux derniers juges élus au titre de la Lettonie sont collaborateurs de l'École supérieure de droit de Riga, fondée par la Fondation Soros de Lettonie, laquelle a investi plus de 90 millions de dollars dans ce pays entre 1992 et 2014²². Les deux derniers juges bulgares sont aussi issus d'ONG soutenues par l'OSF²³. Ainsi, dans de tels petits pays, l'OSF et ses fondations sont devenues incontournables pour toute personne engagée au plan social et médiatique. Elles sont des employeurs et des financeurs majeurs. À titre d'exemple, l'OSF dépense actuellement plus de 90 millions d'euros par an en Europe, principalement en Europe de l'Est et dans les Balkans²⁴.

La présence d'anciens collaborateurs d'ONG au sein de la Cour a été renforcée par l'adoption de « Lignes directrices concernant la sélection des candidats pour le poste de juge à la Cour européenne des droits de l'homme » qui prévoient l'intervention d'ONG à tous les stades de la phase nationale de la procédure²⁵. Celles-ci sont autorisées « soit à inviter des personnes appropriées à postuler, soit à désigner elles-mêmes de telles personnes »²⁶. L'organe national chargé de soumettre une liste de candidats au gouvernement peut également comporter des représentants d'ONG²⁷. Enfin, les ONG interviennent encore, de façon informelle, en faisant

¹⁸ Pour rappel, le processus de sélection des juges de la Cour comprend deux phases : une première nationale consistant en la sélection de trois candidats proposés par le Gouvernement, et une seconde consistant en l'élection des juges par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE). Un Panel consultatif d'experts sur les candidats à l'élection de juges intervient entre les deux phases pour porter une appréciation sur la qualité des candidats.

¹⁹ AFP, *La justice albanaise malade de la corruption*, 18 juillet 2016, https://www.lepoint.fr/monde/la-justice-albanaise-malade-de-la-corruption-18-07-2016-2055240_24.php (consulté le 01/02/2020).

²⁰ À deux reprises avant cette élection, la liste des candidats fut rejetée par l'APCE « étant donné que la procédure de sélection nationale n'est pas en conformité avec les normes requises par l'Assemblée et le Comité des Ministres », APCE, Rapport d'activité, Doc. 14150 Add. II, 06 octobre 2016.

²¹ <https://www.opensocietyfoundations.org/newsroom/open-society-foundations-albania> (consulté le 01/02/2020)

²² Anciennement elle s'appelait la Fondation Soros de Lettonie, le changement de nom date de 2014 : <https://www.fondsdots.lv/en/foundation-dots-open-society/> (consulté le 01/02/2020).

²³ Les juges Grozev et Kalaydjieva furent membres ou financés par l'Open Society, (cf. annexe 1).

²⁴ <https://www.opensocietyfoundations.org/what-we-do/regions/europe> (consulté le 01/02/2020).

²⁵ Comité des ministres, 1138 Réunion, 28-29 mars 2012, *Lignes directrices du Comité des ministres concernant la sélection des candidats au poste de juge à la Cour européenne des droits de l'homme* https://www.coe.int/t/dgi/brighton-conference/Documents/Guidelines-explan-selection-candidates-judges_fr.pdf, § 41 (consulté le 01/02/2020).

²⁶ Comité des ministres, Lignes directrices, préc., § 44.

²⁷ Comité des ministres, Lignes directrices, préc., § 48.

du lobbying auprès des députés membres de l'APCE afin de les convaincre d'élire leur candidat.

La forte proportion de juges issus d'ONG résulte aussi du fait que les gouvernements peuvent présenter comme candidats à la Cour des juristes sans expérience de la magistrature. Ainsi, 51 des 100 juges qu'a comptés la Cour depuis dix ans ne sont pas magistrats de profession. On observe également que parmi les 22 juges ayant des liens avec ces ONG, 14 ne sont pas magistrats professionnels.

II. Les interactions avec les ONG pendant le mandat des juges

A. L'action de ces ONG auprès de la Cour

Le système international de protection des droits de l'homme a été institué après la Seconde Guerre mondiale pour juguler le pouvoir des États. Il a engendré un nouvel ordre politique, une gouvernance globalisée faite de réseaux d'influences et de *soft law*. Les ONG sont devenues les principaux acteurs sur ce terrain normatif globalisé des droits de l'homme, à tel point que certaines d'entre elles sont à présent plus puissantes politiquement que des États et disposent de ressources supérieures au budget de fonctionnement d'organismes publics de protection des droits de l'homme, y compris à celui de la CEDH. Certaines de ces ONG, tels que les Comités Helsinki et Amnesty International, ont accompli un travail remarquable, en particulier à l'époque du « rideau de fer », et poursuivent cette action en de nombreux domaines. Il faut néanmoins observer qu'elles ont, par la suite, défendu une interprétation des droits de l'homme plus controversée et marquée idéologiquement.

L'action des ONG auprès de la Cour est de première importance, mais manque de transparence.

L'importance de l'action des ONG

Les sept ONG dont sont issus des juges agissent auprès de la Cour dans des affaires importantes susceptibles de poser un précédent jurisprudentiel, et ayant trait le plus souvent à la liberté d'expression²⁸, au droit d'asile²⁹, aux droits LGBT³⁰, aux conditions de détention³¹, et aux droits des minorités³². Elles agissent notamment par le biais de recours contentieux stratégiques (*strategic litigations*), c'est-à-dire en employant les recours judiciaires comme

²⁸ L'Open Society Justice Initiative (OSJI) est intervenu dans 10 affaires ayant trait à liberté d'expression sur 20 (tierce intervention et en action directe), Human Rights Watch dans 5 affaires sur 14, la CIJ dans 3 sur 32.

²⁹ Concernant le droit d'asile : Amnesty International est intervenu dans 8 affaires sur ce sujet sur 22 au total, HRW dans 4 sur 14, Interights dans 5 sur 20, Aire Centre dans 11 sur 38 ou la CIJ dans 5 sur 32.

³⁰ Concernant les droits LGBT : Amnesty International est intervenu dans 3 affaires se rapportant à ce sujet sur 22, Interights dans 3 sur 20, Aire Centre dans 5 sur 38, la CIJ dans 8 sur 32.

³¹ Les ONG Helsinki sont intervenues dans plus de 28 affaires liées à la détention et aux conditions en prison sur 95, l'Aire Centre dans 4 affaires sur 38, la CIJ dans 3 affaires sur 32.

³² Concernant les droits des minorités, l'OSF a agi dans 2 affaires ayant trait à ce domaine sur 20 affaires au total, Interights dans 3 affaires sur 20, l'Aire Centre dans 6 affaires sur 38.

moyens pour atteindre un objectif plus global de nature politique³³. À la CEDH, il s'agit, à partir d'un cas concret, d'obtenir la condamnation de pratiques ou de législations nationales contraires aux intérêts ou aux valeurs de l'organisation. Bien que n'ayant, en théorie, qu'une portée limitée au cas de l'espèce, la jurisprudence de la CEDH fait autorité au sein des 47 États membres, et inspire de nombreuses instances au-delà de l'Europe. Cette action stratégique a été particulièrement performante pour promouvoir les droits des personnes LGBT en Europe, ainsi qu'en matière de GPA.

L'Open Society Foundation (OSF) s'est imposée comme la plus riche et influente organisation en la matière. Par sa politique de fondation et de financement d'autres organisations, elle s'est placée au sommet d'un important réseau d'ONG. Or, les objectifs et l'action de l'OSF suscitent autant d'enthousiasme que d'inquiétudes et d'interrogations. Outre ses actions de nature géopolitique, l'OSF milite et finance des initiatives en faveur, par exemple, de la liberté d'expression, de l'éducation des Roms, ainsi que de la libéralisation de la drogue³⁴, de la prostitution³⁵, de l'avortement, des comportements LGBT, ou encore des droits des réfugiés et des minorités. Au sein du réseau de l'OSF, l'Open Society Justice Initiative s'est spécialisée dans le contentieux stratégique. Cette organisation, comme quelques autres, est capable d'agir simultanément auprès de toutes les instances internationales où s'élabore le droit, et de mettre ainsi en œuvre des stratégies globales d'affirmation de nouvelles normes internationales.

Depuis 2009, on recense au moins 185 affaires ayant donné lieu à la publication d'une décision de la CEDH dans laquelle l'une au moins des sept ONG dont sont issues des juges a visiblement agi. Dans 72 d'entre elles, l'une au moins de ces ONG a visiblement agi comme requérante³⁶, ou comme représentant légal du requérant³⁷. Sur cette même période, ces ONG ont en outre été autorisées à intervenir comme tierce partie dans plus de 120 affaires ayant donné lieu à la publication d'un jugement³⁸. Il arrive fréquemment qu'en raison de l'importance stratégique d'une affaire, plusieurs de ces ONG s'associent pour intervenir ensemble³⁹, témoignant ainsi de leur proximité doctrinale. Ce fut le cas, par exemple, dans les

³³ Extrait du rapport *Strategic Litigation* de 2018 de la Fédération Helsinki pour les droits de l'homme (Pologne), p. 3 : "Strategic litigation as a method of obtaining ground-breaking decisions with a view to changing laws and practices could in no way do without the use of such a measure as the ECtHR application". Voir également le rapport de l'OSJI « Global Human Rights Litigation Report », avril 2018 : <https://www.justiceinitiative.org/uploads/4e9483ab-a36f-4b2d-9e6f-bb80ec1dcc8d/litigation-global-report-20180428.pdf> (consulté le 01/02/2020).

³⁴ Voir par exemple : "Why We Need Drug Policy Reform", avril 2019, <https://www.opensocietyfoundations.org/explainers/why-we-need-drug-policy-reform> (consulté le 01/02/2020).

³⁵ Voir par exemple : "Understanding Sex Work in an Open Society", avril 2019, <https://www.opensocietyfoundations.org/explainers/understanding-sex-work-open-society> (consulté le 01/02/2020) ;

"Ten Reasons to Decriminalize Sex Work", avril 2015, <https://www.opensocietyfoundations.org/publications/ten-reasons-decriminalize-sex-work> (consulté le 01/02/2020).

³⁶ Au titre de l'article 34 de la Convention. C'est par exemple le cas dans l'affaire CEDH, "*Comité Helsinki arménien*" c. Arménie, n° 59109/08, 31 mars 2015.

³⁷ Au titre de l'article 36 du règlement de la Cour. Cf. notre annexe 3 « Action directe des ONG à la CEDH depuis 2009 ».

³⁸ Cf. notre Annexe 2 « Tierce-intervention des ONG à la CEDH depuis 2009 ». L'ECLJ est intervenu en tierce intervention dans 36 affaires depuis 2009.

³⁹ Dans l'affaire CEDH, *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], n° 30696/09, 21 janvier 2011, relative à la pratique de l'asile en Grèce, AIRE Centre, Amnesty International et Greek Helsinki Monitor sont intervenus.

affaires *A. c. Pays-Bas* du 20 juillet 2010⁴⁰ et *Vallianatos et autres c. Grèce*⁴¹ du 7 novembre 2013.

Les amici curiae

Le mode d'action privilégié des ONG auprès de la Cour est la tierce intervention⁴², également appelée *amicus curiae* (ami de la cour). Cette procédure est une pratique importée de la *Common law* par laquelle une personne physique ou morale soumet à l'attention de la Cour des éléments d'appréciation sur une affaire dans laquelle elle n'est pas partie à la procédure initiale. L'auteur de la tierce intervention devient alors une « tierce partie » dans l'affaire. Cette procédure est très bénéfique, même si la neutralité et l'extériorité des intervenants ne sont souvent que de façade. En effet, la CEDH doit souvent juger des questions complexes, importantes et ayant de fortes conséquences sociales. La Cour est alors placée au-dessus des autorités nationales, même législatives. Les ONG intervenantes ont alors tout à la fois un rôle d'expert, de corps intermédiaire, mais aussi de lobby. Outre les éléments d'information factuelle, tant sociologiques que juridiques, les ONG peuvent aussi présenter à la Cour une pluralité d'approches idéologiques ou philosophiques de la question en cause, à condition que des ONG de diverses tendances interviennent. Elles permettent ainsi d'enrichir la procédure et les débats. En intervenant dans une affaire, l'objectif des ONG est d'éclairer la Cour et ce faisant de la convaincre d'adopter sa propre position, et ainsi de contribuer à l'élaboration de sa jurisprudence, et à travers elle, à celle du droit européen. L'influence des tierces interventions est variable. Elle peut être nulle mais aussi très significative, la Cour pouvant adopter le raisonnement d'une ONG, et même la citer.

La Convention européenne et le règlement de la Cour accordent au Président de la Cour le pouvoir de statuer sur les demandes spontanées de tierces interventions au regard de « *l'intérêt d'une bonne administration de la justice* », et même d'en susciter. La décision sur ces demandes n'est pas motivée ; elle est probablement davantage le fait du juge rapporteur que du Président. D'expérience, on peut penser que, dans certaines affaires, la Cour accepte les demandes de certaines ONG seulement, et en rejette d'autres, sans respecter nécessairement un équilibre idéologique⁴³ ; dans d'autres affaires, elle fait le choix de n'admettre aucune ONG⁴⁴ ou, à l'inverse, de les accepter toutes.

⁴⁰ CEDH, *A. c. Pays-Bas*, n° 4900/06, 20 juillet 2010, § 134-137. Ont agi conjointement Amnesty International, l'Association for the Prevention of Torture, Human Rights Watch, la Commission Internationale des Juristes, Interights et Redress.

⁴¹ CEDH, *Vallianatos et autres c. Grèce*, n° 29381/09 et 32684/09, 7 novembre 2013. Sont intervenus conjointement le Centre de conseil sur les droits de l'individu en Europe (AIRE Centre), la Commission internationale de juristes (CIJ), la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme et la branche européenne de l'International Lesbian, Gay, Trans and Intersex Association (ILGA).

⁴² En vertu des articles 36 de la Convention et 44 du règlement de la Cour.

⁴³ Ce fut le cas par exemple dans l'affaire *Vallianatos et autres c. Grèce* de 2013 concernant la discrimination dans la reconnaissance juridique par l'État des couples hétérosexuels et homosexuels où les quatre ONG autorisées à intervenir étaient toutes favorables à la condamnation de la Grèce. Il s'agissait de la CIJ, de l'ILGA Europe, de la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme et du AIRE Centre. CEDH, *Vallianatos et autres c. Grèce* [GC], n° 29381/09 et n° 32684/09, 7 novembre 2013.

⁴⁴ Par exemple, dans l'affaire *Paradiso et Campanelli c. Italie* (n° 25358/12, 27 janvier 2015 et même affaire devant la Grande Chambre, jugée le 24 janvier 2017), toutes les demandes d'intervention ont été refusées par la Cour.

Le manque de transparence

Faute de règles de transparence, il est difficile de connaître précisément toutes les affaires dans lesquelles les ONG sont impliquées à la Cour, en particulier lorsqu'elles représentent les requérants. Le texte du résumé des affaires et celui des jugements publiés par la Cour permettent de n'en identifier qu'une partie.

À titre d'illustration, la base de données de la Cour (Hudoc) fait apparaître que la Fondation Helsinki pour les droits de l'homme de Pologne est intervenue 9 fois comme représentant des requérants dans des affaires jugées et publiées entre 2009 et 2019⁴⁵. Or selon les rapports d'activité de cette organisation⁴⁶, elle déclare avoir, au cours de la seule année 2017, introduit 16 requêtes et défendu 32 dossiers devant la CEDH. Les chiffres de l'année 2018 sont sensiblement les mêmes⁴⁷. Pour quatre affaires mentionnées dans les rapports d'activité de la Fondation Helsinki pour les droits de l'homme (HFHR) comme introduites entre juin 2017 et novembre 2018, une seule figure sur Hudoc comme liée à cette fondation⁴⁸. Dans les trois autres affaires, l'appartenance des avocats des requérants à l'équipe de *strategic litigation* de la fondation n'est pas mentionnée. D'ailleurs, lorsque ces avocats agissent, il est difficile – voire impossible – en l'absence de précision, de savoir s'ils interviennent à titre personnel pour leurs clients ou en tant que membres de l'ONG. Ainsi, pour 16 affaires introduites par un avocat membre de l'équipe de la Fondation Helsinki de Pologne et communiquées à partir du 1^{er} janvier 2017 (mais non jugées), la Cour (Hudoc) ne fait référence à la Fondation Helsinki que dans 4 d'entre elles. De même, sur 5 affaires jugées depuis cette date, la Cour ne mentionne l'ONG polonaise que dans l'une d'entre elles ; et sur les 17 requêtes rayées du rôle depuis le 1^{er} janvier 2017, seules 4 indiquent l'intervention de l'ONG. Ce constat est encore plus flagrant pour les décisions d'inadmissibilité où, sur les 12 décisions, aucune ne précise le lien entre l'avocat et la Fondation Helsinki de Pologne⁴⁹.

Il en est de même de l'affaire *D.H. et autres c. République tchèque*⁵⁰ dans laquelle le président de l'OSJI figure comme avocat des requérants, mais sans que cette organisation n'apparaisse à la procédure, bien qu'elle en revendique l'initiative dans son rapport d'activité⁵¹. En

⁴⁵ Cf. l'annexe 2 « Tierce-intervention des ONG à la CEDH depuis 2009 » et l'annexe 3 « Action directe des ONG à la CEDH depuis 2009 ».

⁴⁶ Rapports de la Fondation Helsinki des droits de l'homme de Pologne : Landmark human rights cases 2017, <https://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2018/11/Raport-litygacyjny-ENG-20181108-WEB-rozk%C5%82ado%CC%81wki.pdf> (consulté le 01/02/2020) ; *Human Rights in Strategic Litigation 2018 Report*, <https://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2019/01/raport-roczny-PSP-2018-EN.pdf> (consulté le 01/02/2020).

⁴⁷ Nombres d'affaires introduites par la Fondation Helsinki pour les droits de l'homme (Pologne) en 2018 : 11 ; elle est apparue dans 40 affaires devant la CEDH durant cette même année.

⁴⁸ Il s'agit des 4 affaires suivantes : 3 sans mention de la Fondation Helsinki : CEDH, *Kość c. Pologne*, n° 34598/12, 1^{er} juin 2017 ; CEDH, *Wcisło et Wabaj c. Pologne*, n° 49725/11, 8 novembre 2018 ; CEDH, *Bistieva et autres c. Pologne*, n° 75157/14, 10 avril 2018. 1 affaire avec la mention de la Fondation Helsinki des droits de l'homme : CEDH, *Solska et Rybicka c. Pologne*, n° 30491/17 et n° 31083/17, 20 septembre 2018.

⁴⁹ Cf. l'annexe 5 « Avocats de l'équipe « Strategic litigation » Fondation Helsinki pour les droits de l'homme (Pologne) et les affaires devant la CEDH entre janvier 2017 et décembre 2019 ».

⁵⁰ CEDH, *D.H. et autres c. République tchèque*, n° 57325/00, 13 novembre 2007. Entretien avec le juge Zupančič accessible sur le site de l'ECLJ, décembre 2019.

⁵¹ The Open Society Justice Initiative, *Global Human Rights Litigation Report*, <https://www.justiceinitiative.org/uploads/4e9483ab-a36f-4b2d-9e6f-bb80ec1dcc8d/litigation-global-report-20180428.pdf> (consulté le 01/02/2020).

revanche, d'autres ONG fondées ou financées par l'OSF ont agi visiblement comme tiers intervenants.

On peut aussi citer ici le cas étrange des *Pussy Riot* (affaire *Mariya Alekhina et autres c. Russie* de 2018⁵²) qui ont été défendues devant la CEDH par un dirigeant de l'Open Society Justice Initiative, M. Yonko Grozev, peu avant qu'il soit élu juge à cette même Cour.

Dans d'autres affaires, l'ONG n'apparaît que dans la partie de l'arrêt relative aux dépens. Ce fut le cas lorsque le requérant, dans l'affaire *Hilgartner c. Pologne* de 2009⁵³, demanda l'octroi de 500 000 euros à Amnesty International sans que cette organisation apparaisse ailleurs dans l'arrêt. De même, dans les affaires de la *Paroisse gréco-catholique de Lupeni et autres contre Roumanie*⁵⁴ et *D.M.D. c. Roumanie*⁵⁵, les requérants ont demandé à la Cour d'octroyer des dépens au Comité Helsinki de Roumanie, ce que la Cour refusa au motif que cette organisation ne les représentait pas officiellement. Encore récemment, les résumés de plusieurs affaires publiés par le greffe de la Cour lors de leur communication au gouvernement défendeur n'indiquent pas si l'avocat des requérants agit aussi pour le compte d'une ONG⁵⁶.

Ce manque de clarté ne permet pas de connaître l'étendue de l'action des ONG auprès de la Cour, mais plus encore, il est susceptible d'affecter la procédure, non seulement parce que le véritable requérant est parfois l'ONG qui agit au moyen d'un cas particulier, mais aussi parce que seuls les anciens collaborateurs de ces ONG, juges ou juristes du greffe, sont capables d'identifier quel groupe est « derrière » la requête, soit qu'ils en aient été informés informellement par des relations, soit qu'ils connaissent l'avocat. Dans ce cas, les liens éventuels entre juges et requérants sont moins visibles, mais non moins existants.

15

Il arrive aussi souvent que plusieurs des ONG étudiées dans ce rapport agissent ensemble, l'une comme représentante des requérants, et les autres comme tierces parties. Ainsi, dans l'importante affaire *Al Nashiri c Pologne*⁵⁷, les requérants étaient représentés par l'Open Society Justice Initiative, et étaient soutenus par la Fondation Helsinki pour les droits de l'homme, la Commission Internationale des Juristes et Amnesty International, toutes trois financées par l'OSF. La chambre était présidée par Mme Ineta Ziemele, membre fondateur de la section lettonne de la Commission Internationale des Juristes et Professeur à l'École supérieure de droit de Riga, fondée et cofinancée par l'OSF.

Il arrive même que l'ONG agisse simultanément par la représentation des requérants et par une tierce intervention dans une même affaire. C'est le cas par exemple du Comité Helsinki de Bulgarie dans l'affaire *Neshkov et autres contre Bulgarie*⁵⁸. La Cour a accordé des dépens au Comité Bulgare en tant que représentant du requérant, alors même qu'il intervenait

⁵² CEDH, *Mariya Alekhina et autres c. Russie*, n° 38004/12, 17 juillet 2018.

⁵³ CEDH, *Hilgartner c. Pologne*, n° 37976/06, 3 mars 2009.

⁵⁴ CEDH, *Paroisse gréco-catholique de Lupeni et autres contre Roumanie*, n° 76943/11, 19 mai 2015.

⁵⁵ CEDH, *D.M.D. c. Roumanie*, n° 23022/13, 03 octobre 2017, § 77.

⁵⁶ Il s'agit de la HFHR et des affaires : CEDH, *M. K. c. Pologne*, n° 40503/17, communiquée le 13 juillet 2017 ; CEDH, *D. A. et autres c. Pologne*, n° 51246/17, communiquée le 7 septembre 2017.

⁵⁷ CEDH, *Al Nashiri c Pologne*, n° 28761/11, 24 juillet 2014.

⁵⁸ CEDH, *Neshkov et autres c. Bulgarie*, nos 36925/10, 21487/12, 72893/12, 73196/12, 77718/12 et 9717/13, 27 janvier 2015.

également comme tierce partie. La Fondation Helsinki de Pologne a aussi indiqué, dans son rapport⁵⁹, vouloir agir ainsi dans l'affaire *Andrzej Jezior c. Pologne* (n° 31955/11).

B. Les juges face aux affaires introduites par, ou avec le soutien de, « leur » ONG

L'examen systématique des 185 affaires publiées dans lesquelles les 7 ONG ont agi depuis 2009 fait apparaître que dans 88 cas, des juges ont statué alors même qu'ils avaient des liens avec une ONG impliquée visiblement. Seules les affaires publiées par la Cour sur Hudoc – c'est-à-dire ayant fait l'objet d'un jugement en grande chambre, chambre ou comité- peuvent être prises en compte dans cette étude, ce qui exclut la grande majorité des recours qui sont rejetés par décision d'un juge unique.

Les cas où des juges ont siégé dans ces affaires

Il apparaît que 18 des 22 juges cités précédemment ont siégé dans des affaires impliquant l'ONG avec laquelle ils avaient collaboré. (*Une présentation détaillée figure dans les annexes 1 et 2.*)

Concernant l'AIRE Centre, le juge Eicke a siégé dans une affaire où cette ONG était tierce partie.

Concernant Amnesty International, le juge Pinto de Albuquerque a siégé dans une affaire où cette organisation était requérante, et dans une autre où elle était tierce partie. Le juge Šikuta a siégé dans une affaire où cette organisation était tierce partie.

Concernant les Comités Helsinki, six des sept juges liés à ces organisations ont siégé dans des affaires dans lesquelles ces comités sont intervenus comme requérant ou comme tierce partie. Les juges Yudkivska, Grozev, Garlicki, Karakaş et Kalaydjieva ont siégé respectivement dans quatre, six, onze, sept et douze affaires dans lesquelles un comité a agi comme tierce partie, ainsi que dans quatre, deux, huit, trois et neuf affaires dans lesquelles un comité était requérant ou son représentant. Le juge Šikuta a quant à lui siégé dans deux affaires où un comité agissait comme tierce partie. Concernant le juge Grozev, il s'agit du comité Bulgare dont il fut fondateur et membre de 1993 à 2013.

Concernant la Commission Internationale des Juristes (CIJ), trois des cinq juges liés à cette ONG ont siégé dans des affaires dans lesquelles elle est intervenue comme tierce partie : le juge Motoc, Kucsko-Stadlmayer et Ziemele dans respectivement trois, quatre et six affaires chacuns.

Concernant Human Rights Watch, le juge Pavli a siégé dans une affaire où cette organisation intervenait comme tierce partie.

Concernant l'Open Society Foundation (OSF) et ses branches, onze des douze juges ayant eu des liens forts avec cette organisation ont jugé des affaires dans lesquelles elle est intervenue. Les juges Grozev, Mits, Pavli, Šikuta et Turković ont chacun siégé dans une

⁵⁹ Rapport de 2017 de la Fondation Helsinki pour les droits de l'homme, p. 30. Landmark human rights cases 2017 : <https://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2018/11/Raport-litygacyjny-ENG-20181108-WEB-rozk%C5%82ado%CC%81wki.pdf> (consulté le 01/02/2020).

affaire où l'OSF intervenait comme tierce partie. Le juge Mijović a siégé dans quatre affaires où l'OSF était tiers intervenant. Les juges Sajó et Vučinić ont chacun siégé dans trois affaires où l'OSF était partie tierce ainsi que le juge Garlicki dans deux de ces affaires. La juge Ziemele a siégé dans deux affaires où l'Open Society était tiers intervenant et une affaire où l'Open Society représentait le requérant. La juge Laffranque a siégé dans deux affaires où l'Open Society intervenait : une en tant que représentant du requérant et l'autre en tant que tiers intervenant.

Il convient d'ajouter à ces affaires, secondairement, toutes celles dans lesquelles il existe un lien indirect entre l'ONG et le juge, par l'intermédiaire des financements de l'OSF. En effet, dans de très nombreux cas, un juge issu de l'OSF est susceptible de juger des affaires introduites ou soutenues par des ONG financées par l'OSF ; ou inversement, un juge issu d'une ONG financée par l'OSF est susceptible de juger des affaires introduites par l'OSF ou par ses organisations affiliées. L'OSF déclare que le lien établi avec ses bénéficiaires n'est pas seulement financier, mais vise à établir de véritables « alliances pour atteindre des objectifs stratégiques du programme de l'*open society* »⁶⁰. L'OSF et les ONG qu'elle finance partagent ainsi largement les mêmes objectifs.

Parmi les centaines d'organisations gravitant dans l'orbite de l'OSF, certaines sont actives devant la Cour et bénéficient d'un important financement prélevé sur les 32 milliards de dollars⁶¹ dont a été doté l'OSF depuis 1984. C'est le cas de *Human Right Watch* qui a reçu 100 millions de dollars américains depuis 2010⁶² (et dont le président d'honneur fut aussi président de l'OSF)⁶³, mais aussi des Comités Helsinki qui ont reçu plus deux millions et demi de dollars en 2016, dont 460 000 pour le Comité bulgare, 610 000 pour le Comité hongrois, 1 325 000 pour la Fondation Helsinki pour les droits de l'homme de Pologne⁶⁴. D'ailleurs, selon les données figurant sur le registre de transparence de l'Union européenne pour l'année 2017⁶⁵, l'OSF a doté cette Fondation Helsinki de Pologne à hauteur de 40 % de son budget global⁶⁶. La Commission Internationale des Juristes a reçu 650 000 dollars en 2017, Amnesty International a reçu environ 300 000 dollars en 2016. Interights fut aussi financé en son temps⁶⁷. D'autres organisations actives à la CEDH dans des affaires stratégiques, telles que l'ILGA et le Center for Reproductive Rights ont aussi reçu respectivement 650 000 et 365 000 dollars en 2016.

⁶⁰ https://www.opensocietyfoundations.org/uploads/2519658d-a95b-44bd-b9d3-edec9039de24/partners_20090720_0.pdf (traduction libre, consulté le 01/02/2020).

⁶¹ <https://www.opensocietyfoundations.org/george-soros> (consulté le 01/02/2020).

⁶² Bilan financier de 2012 de l'Human Rights Watch : https://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/financial-statements-2012.pdf (consulté le 01/02/2020) ; voir également :

<https://www.hrw.org/news/2010/09/07/george-soros-give-100-million-human-rights-watch> (consulté le 01/02/2020).

⁶³ Il s'agit de Aryeh Neier : <https://www.opensocietyfoundations.org/who-we-are/staff/aryeh-neier> (consulté le 01/02/2020).

⁶⁴ D'après les informations publiées par l'OSF <https://www.opensocietyfoundations.org/grants> (consulté le 01/02/2020).

⁶⁵ <https://ec.europa.eu/transparencyregister/public/consultation/displaylobbyist.do?id=657241221166-37#scrollNav-13> (consulté le 01/02/2020).

⁶⁶ L'OSF a doté en 2017 la Fondation Helsinki pour les droits de l'homme (Pologne) de 820 398 € sur un budget global s'élevant à 2 109 858 €.

⁶⁷ Voir le site de cette organisation défunte : <https://www.interights.org/> (consulté le 01/02/2020).

Pour certaines de ces ONG, il est relativement factice de les distinguer de l'OSF tant elles en dépendent financièrement. Les juges ayant eu des responsabilités au sein de ces ONG ne peuvent ignorer ces liens. Le nombre d'affaires laissant apparaître un lien indirect est tellement considérable que nous n'avons pas entrepris de l'évaluer totalement⁶⁸.

L'affaire *Big Brother Watch c. Royaume-Uni*⁶⁹, relative à la protection des données, est emblématique des rapports ambigus entre ONG et la Cour. Parmi les 16 requérants, 14 sont des ONG dont 10 sont financées par l'OSF. Il s'agit de l'American Civil Liberties Union (ACLU), English PEN, Amnesty International, le National Council for Civil Liberties (Liberty), le Bureau of Investigative Journalism, Privacy International, l'Association Canadienne des Libertés Civiles, l'Union hongroise pour les libertés civiles, le Legal Resources Centre et l'Open Rights Group. Il en est de même des tierces parties, parmi lesquels figurent l'Open Society Justice Initiative, Human Rights Watch, la Fondation Helsinki pour les droits de l'homme, la Commission internationale de juristes, Access Now et American PEN, qui sont également financés par l'OSF. La communauté d'intérêts et les liens institutionnels et financiers entre requérants et intervenants jettent une ombre sur l'impartialité des tierces parties et mettent en cause l'égalité des armes devant le juge car le gouvernement défendeur se retrouve seul face à une nuée d'ONG qui, bien que se présentant distinctement, poursuivent le même objectif et sont liées. De façon plus significative encore, au moins six des 17 juges ayant siégé en Grande Chambre dans cette affaire sont, eux-aussi, liés aux ONG requérantes et intervenantes⁷⁰.

Peu de déports liés aux liens entre juges et ONG

18

Il arrive aussi que des juges décident de se déporter, c'est-à-dire de ne pas siéger dans une affaire. Ces déports sont mentionnés dans les jugements sans que leur cause ne soit précisée. On compte 313 déports durant les dix dernières années⁷¹ ; ils sont principalement le fait de quelques juges (Bîrsan dans 110 affaires, Kalaydjeva dans 53 affaires, Motoc dans 24 affaires, López Guerra dans 18 affaires, Grozev dans 13 affaires ou encore les juges Spielmann, Paolelungi et Jäderblom dans 6 affaires chacun).

Dans seulement 12 de ces 313 affaires, le déport du juge semble motivé par l'existence d'un lien entre celui-ci et une ONG impliquée dans l'affaire. Dans 9 cas, M. Grozev s'est déporté alors que son ONG agissait comme requérante ou comme représentante du requérant⁷². Dans

⁶⁸ Ainsi par exemple, des juges liés à l'OSF ont siégé dans de nombreuses affaires impliquant HRW : la juge Mijović a siégé dans cinq d'entre elles, la juge Turković dans l'une d'elles, le juge Garlicki dans trois, le juge Vučinić dans quatre affaires et la juge Ziemele dans l'une d'elles et le juge Šikuta dans deux affaires. S'agissant de la Fondation Helsinki pour les droits de l'homme de Pologne, la juge Ziemele a siégé dans six de ses affaires (2 où l'ONG représentait le requérant et 4 où elle était tiers intervenant), le juge Vučinić dans 12 affaires (4 en représentation et 8 en tant que tierce partie) ou encore Garlicki dans 15 affaires (5 en représentation et 10 en tierce intervention) et la juge Laffranque dans 2 affaires où cette ONG était tiers intervenant. La juge Mijović a siégé dans dix de ces affaires (2 affaires où la Fondation Helsinki représentait le requérant et 8 affaires où elle était tiers intervenant) et la juge Turković dans 2 affaires où elle était tiers intervenant. Voir annexe 1.

⁶⁹ CEDH, *Big Brother Watch et autres c. Royaume-Uni*, n^{os} 58170/13, 62322/14 et 24960/15, 13 septembre 2018.

⁷⁰ Il s'agit des juges Grozev, Kucsko-Stadlmayer, Mits, Motoc, Pavli et Pinto de Albuquerque.

⁷¹ Cf. notre Annexe 4 « Les déports des juges à la CEDH entre 2009 et 2019 » disponible sur le site de l'ECLJ.

⁷² Il s'agit des 9 affaires de la CEDH suivantes : *Comité Helsinki bulgare c. Bulgarie*, n^{os} 35653/12 et 66172/12, 28 juin 2016 ; *Kulinski et Sabev c. Bulgarie*, n^o 63849/09, 21 juillet 2016 ; *Union nationale turque et Kungyun c. Bulgarie*, n^o 4776/08, 8 juin 2017 ; *M.M. c. Bulgarie*, n^o 75832/13, 8 juin 2017 ; *Dimcho Dimov c. Bulgarie*

trois autres affaires, ce sont les juges Garlicki, Kalaydjieva et Motoc qui se sont déportés chacun alors que « leur » ONG participait à la procédure⁷³. M. Grozev s'est en outre déporté de deux affaires représentées par son ancienne associée⁷⁴, et d'une affaire qu'il avait lui-même introduite⁷⁵. Dans d'autres affaires en revanche, M. Grozev ne s'est pas déporté alors que son ONG représentait le requérant⁷⁶ ou intervenait comme tierce partie⁷⁷. Il a aussi siégé dans 5 affaires où intervenait la Fondation Helsinki de Pologne.

Concernant la grande majorité des déports, leurs causes sont diverses. Le juge Bîrsan a dû se déporter dans toutes les affaires visant la Roumanie⁷⁸ jusqu'à la fin de son mandat après que son épouse, magistrate, a fait l'objet d'une enquête pour corruption. Il peut aussi arriver qu'un juge soit contraint de ne pas siéger, la décision pouvant intervenir même à l'issue de l'audience⁷⁹. Il arrive également qu'une demande de déport soit formulée en cas de renvoi devant la Grande Chambre à l'encontre d'un juge ayant siégé au sein de la formation de chambre. Ce fut le cas dans au moins trois affaires : dans la première le Président l'accepta⁸⁰ et dans les deux autres il la refusa⁸¹. Dans une autre affaire, le gouvernement contestait la composition de la Grande Chambre pour impartialité et sa demande fut rejetée⁸². Enfin dans une affaire de juillet 2019, les requérants mirent en cause l'impartialité d'un juge, ce que la chambre refusa par un vote unanime, sans toutefois qu'apparaissent les motifs fondant la demande de déport ni ceux justifiant son rejet⁸³.

(n° 2), n° 77248/12, 29 juin 2017 ; *Kiril Ivanov c. Bulgarie*, n° 17599/07, 11 janvier 2018 ; *The United Macedonian Organisation Ilinden et autres c. Bulgarie* (n° 3), n° 29496/16, 11 janvier 2018 ; *Yordon Ivanov c. Bulgarie*, n° 70502/13, 11 janvier 2018 ; *Hadzhieva c. Bulgarie*, n° 45285/12, 1^{er} février 2018.

⁷³ Il s'agit des 3 affaires suivantes :

- CEDH, *Rasmussen c. Pologne*, n° 38886/05, 28 avril 2009 : le juge déporté est Garlicki et l'avocat (M. Pietrzak) fait partie des avocats *pro bono* de la Fondation Helsinki des droits de l'homme de Pologne dont ce juge est proche ;
- CEDH, *Sashov et autres c. Bulgarie*, n° 14383/03, 7 janvier 2010 : le juge déporté est Zdravka Kalaydjieva. Les requérants sont représentés par le Centre européen des droits des Roms (European Roma Rights Centre). Cette juge était membre du conseil juridique de ce centre au moment de son élection comme juge (*cf.* annexe) ;
- CEDH, *Al Nashiri c. Roumanie*, n° 33234/12, 31 mai 2018, Iulia Motoc s'est déportée. Tierces interventions de la CIJ et du Comité Helsinki roumain (APADOR-CH). Mme Motoc fut membre du conseil de la CIJ.

⁷⁴ Il s'agit des deux affaires suivantes : CEDH, *Myumyun c. Bulgarie*, n° 67258/13, 3 novembre 2015 et CEDH, *Tomov et Nikolova c. Bulgarie*, n° 50506/09, 21 juillet 2016. Et de l'avocate N. Dobрева.

⁷⁵ Dans l'affaire *Dimitrovi c. Bulgarie*, n° 12655/09, M. Grozev était le représentant initial des requérants.

⁷⁶ *D.L. c. Bulgarie*, n° 7472/14, 19 mai 2016 ; *Aneva et autres c. Bulgarie*, n°s 66997/13, 77760/14 et 50240/15, 06 avril 2017.

⁷⁷ CEDH, *Dimitar Mitev c. Bulgarie*, n° 34779/09, 8 mars 2018.

⁷⁸ Act Media, Romanian News Agency, "ECHR decided to lift the immunity of judge Gabriela Bîrsan", 1^{er} décembre 2011 :

<https://www.actmedia.eu/daily/echr-decided-to-lift-the-immunity-of-judge-gabriela-birsan/37019> (consulté le 01/02/2020). Voir aussi CEDH, *Birsan c. Roumanie*, n° 79917/13, 2 février 2016.

⁷⁹ CEDH, *Marguš c. Croatie*, n° 4455/10, 27 mai 2014 : à « l'issue de l'audience, il a été décidé que Ksenija Turković, juge élue au titre de la Croatie, ne pouvait participer à l'examen de l'affaire ».

⁸⁰ CEDH, *Ališić et autres c. Bosnie-Herégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et ex-République yougoslave de Macédoine* [GC], n° 60642/08, 16 juillet 2014.

⁸¹ S'agissant du juge Keller, dans l'affaire CEDH, *Perinçek c. Suisse*, n° 27510/08, 15 octobre 2015, § 5 ; et du juge *ad hoc* Boštjan Zalar qui remplaçait le juge slovène Marko Bošnjak, dans l'affaire CEDH *Lekić c. Slovénie* [GC], n° 36480/07, 11 décembre 2018, § 4.

⁸² CEDH, *Ilgar Mammadov c. Azerbaïdjan* [GC], n° 15172/13, 29 mai 2019, § 6.

⁸³ CEDH, *Rustavi 2 Broadcasting Company Ltd et autres c. Géorgie*, n° 16812/17, 18 juillet 2019, § 6.

III. Les problématiques soulevées par cette situation

Le constat factuel établi dans ce rapport s'inscrit dans un contexte, et révèle des problématiques d'ordre général et spécifiques.

Le pouvoir exceptionnel et politique de la CEDH

Étant donné sa position au sommet des 47 ordres juridiques nationaux, la CEDH est une juridiction qui présente un caractère extraordinaire. En outre, du fait de la brièveté du texte de la Convention et de ses protocoles – une vingtaine d'articles seulement garantissent les droits et libertés –, les juges de Strasbourg disposent d'un très grand pouvoir d'appréciation, en comparaison de celui des juges nationaux. Selon le préambule de la Convention, les juges ont le devoir non seulement de *protéger* mais également de *développer* les droits et libertés de la Convention. Il en résulte que le texte est considéré comme un « instrument vivant à interpréter (...) à la lumière des conditions de vie actuelles »⁸⁴. Ce large pouvoir d'interprétation et cette approche dynamique de la Convention peuvent avoir de grandes conséquences sur les droits nationaux puisque les affaires soumises à la Cour sont très sensibles et diverses⁸⁵. Or, plus une instance judiciaire est élevée, plus son pouvoir d'interprétation est étendu, et plus sa mission et sa composition sont politiques. Les juges sont d'ailleurs élus par une assemblée parlementaire (l'APCE), et non directement désignés par les gouvernements, et le choix ultime du juge dépend souvent au moins autant de son profil idéologique que de sa compétence. La sélection et la nomination des juges revêtent donc une importance stratégique.

20

Un système déséquilibré

Les organisations interétatiques et non-gouvernementales forment ensemble un écosystème de protection des droits de l'homme. Elles sont distinctes, complémentaires et interdépendantes. Les ONG sont bien souvent les yeux et les bras « sur le terrain » d'instances « hors-sol », aveugles et manchotes. Elles informent les instances, introduisent des recours et veillent au respect des décisions internationales. Leur action est, le plus souvent, d'une grande utilité. Les instances, telles que la CEDH, sont donc des vecteurs majeurs de l'action de ces organisations puisque c'est à travers elles qu'elles peuvent agir le plus efficacement. Il en résulte que les ONG cherchent à exercer le maximum d'influence au sein de ces instances ; le comble étant d'obtenir l'élection d'un collaborateur comme membre de la Cour. À cet égard, *l'Open Society Justice Initiative* et la Commission Internationale des Juristes ont publié conjointement un long rapport sur les règles et la pratique de la sélection des juges et des commissaires dans le domaine des droits de l'homme à travers le monde⁸⁶.

⁸⁴ CEDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, n° 5856/72, 25 avril 1978, § 31.

⁸⁵ Conflits interétatiques (Crimée, Ukraine, Russie, etc.), questions de mœurs (sexualité, mariage, famille, avortement, etc.), de biotechnologies (PMA, GPA, eugénisme), d'immigration (regroupement familial, droits des réfugiés, etc.), de liberté de religion (port du voile, minarets, etc.), ou encore, entre autres, de liberté d'expression (blasphème, etc.).

⁸⁶ Open Society Justice Initiative et Commission internationale de juristes, *Renforcer de l'intérieur Le droit et la pratique dans la sélection des magistrats et des commissaires des droits de l'homme*, Open Society Foundations, New York, 2017 : <https://www.justiceinitiative.org/uploads/634afeb7-dd44-42e3-a567-43c36f1dd090/strengthening-within-fr-20180426.pdf> (consulté le 01/02/2020).

Comme dans tout écosystème, pour qu'il soit durable et vertueux, un équilibre doit être instauré entre le corps principal (les instances publiques) et ses corps complémentaires (les ONG). Les grandes ONG citées dans ce rapport dominent déjà largement le discours des droits de l'homme dans la société civile. Le risque est que ce pouvoir s'étende de façon plus directe sur les instances interétatiques de protection des droits de l'homme, en particulier sur la CEDH. On peut observer, sur ce point, que le budget annuel de l'OSF affecté à son action en Europe est de 90 millions de dollars⁸⁷, contre 70 millions d'euros⁸⁸ pour la CEDH.

Des acteurs privés sans légitimité démocratique

Les ONG, telles des corps intermédiaires, comblent le « vide démocratique » de la gouvernance supranationale, mais ne sont pas elles-mêmes démocratiques pour autant, même si on aime les qualifier d'organisations de la « société civile », par opposition aux instances gouvernementales. Les ONG n'ont d'autre légitimité démocratique que celle que leur confèrent leurs adhérents. Les valeurs qu'elles défendent peuvent, certes, leur conférer un prestige politique et une légitimité idéologique, mais ceux-ci ne peuvent remplacer la spécificité du soutien populaire. En théorie, plus une ONG est représentative, plus elle dispose de soutiens humains et financiers. Mais le système est faussé lorsque des ONG ne doivent leur existence et leur financement qu'à un nombre très limité de personnes ou d'institutions. La puissance de ces ONG dépend alors moins de leur représentativité que de leur financement et de leur proximité avec les instances qu'elles se donnent pour mission d'influencer. Le pouvoir financier suffit alors à donner l'illusion de la légitimité. De telles organisations, même très actives et visibles dans la société, ne représentent en fait que les intérêts et les idées de leurs fondateurs et financeurs, publics ou privés. C'est ainsi que l'organisation Interights, qui fut pourtant très active à la CEDH, a brutalement cessé toute activité à la suite de la perte de mécènes, et faute de soutien réel dans la population. De même, les fondations Soros en Hongrie ont préféré déménager en Autriche, après que leurs financements étrangers ont été soumis à une forte taxation. Ainsi, les ONG ayant la plus grande légitimité démocratique ne sont pas forcément les plus riches, mais elles ont la solidité que leur procure leur enracinement dans la population.

Des acteurs privés influents

La situation exposée dans ce rapport révèle l'importance de la présence, et donc de l'influence potentielle, de certaines organisations privées dans le système intergouvernemental de protection des droits de l'homme, et ce jusqu'au sein de la CEDH. Cette influence peut prendre diverses formes. Elle peut être diffuse, car le fait que des juges aient d'abord été des militants professionnels a pu contribuer à *l'activisme judiciaire* souvent reproché à la Cour. On peut d'ailleurs se demander comment un militant peut, du jour au lendemain, adopter la *forma mentis* d'un magistrat professionnel. De façon plus précise, les liens entre une ONG requérante et des juges peuvent, à titre d'illustration, permettre aux ONG de signaler informellement aux juges l'introduction de requêtes, et d'éviter ainsi que celles-ci subissent le sort des 95 % de requêtes déclarées d'emblée irrecevables après un examen souvent

⁸⁷ <https://www.opensocietyfoundations.org/what-we-do/regions/europe> (consulté le 01/02/2020).

⁸⁸ Budget de la CEDH : https://www.echr.coe.int/Documents/Budget_FRA.pdf (consulté le 01/02/2020).

sommaire. L'influence peut aussi être plus étendue. Par exemple, il arrive que la synchronisation entre des campagnes d'opinion locales et la décision de la CEDH de rendre publiques des affaires servant cette campagne soit telle que l'on peut s'interroger sur son caractère fortuit. C'est le cas par exemple actuellement à l'égard de la Pologne, en matière de « droits LGBT et reproductifs ». En outre, comme dans tout groupe humain, les liens et affinités personnelles existent aussi à la Cour, au point de contribuer à la formation de « clans », et de réseaux d'influences au sein même de la celle-ci.

La mise en cause du principe de l'égalité des armes

Cette situation met aussi en cause l'égalité des armes nécessaire à tout procès équitable. Ce principe exige que soit ménagé un juste équilibre entre les parties et que chacune « se voie offrir la possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation défavorable par rapport à son adversaire »⁸⁹. Il y a lieu de s'interroger sur le respect de ce principe dans une affaire telle que *Big Brother Watch c. Royaume-Uni*⁹⁰, dans laquelle le gouvernement défendeur s'est vu opposé à seize organisations requérantes et tierces parties liées entre elles.

Le manque de garanties de l'indépendance et de l'impartialité des juges

Cette situation met surtout en cause l'indépendance et l'impartialité judiciaires exigées aux articles 21 de la Convention et 28 du règlement de la Cour. Selon cette dernière disposition, aucun juge ne peut participer à l'examen d'une affaire si, entre autres, « pour quelque autre raison que ce soit, son indépendance ou son impartialité peuvent légitimement être mises en doute »⁹¹. La Cour a précisé que l'impartialité du tribunal, impliquée par le droit à un procès équitable, se définit par l'absence de préjugé ou de parti pris des juges⁹². Elle peut s'apprécier de façon subjective, en cherchant « à déterminer la conviction ou l'intérêt personnel de tel ou tel juge dans une affaire donnée », et de façon objective, en déterminant « si le juge offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime »⁹³.

Il s'agit alors, selon la Cour, de :

« se demander si, indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier. En la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance. Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables et notamment aux prévenus. Doit donc se récuser tout juge dont on peut légitimement craindre un manque d'impartialité. Pour se prononcer sur l'existence, dans une affaire donnée,

⁸⁹ CEDH, *Öcalan c. Turquie* [GC], n° 46221/99, 12 mai 2005, § 140.

⁹⁰ CEDH, *Big Brother Watch et autres c. Royaume-Uni*, précité.

⁹¹ Article 28, § 2 du Règlement de la Cour, à jour du 1^{er} janvier 2020.

https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_FRA.pdf (consulté le 01/02/2020).

⁹² CEDH, *Wettstein c. Suisse*, n° 33958/96, 21 décembre 2000, § 43 ; CEDH, *Micallef c. Malte* [GC], n° 17056/06, 15 octobre 2009, § 93 ; CEDH, *Nicholas c. Chypre*, n° 63246/10, 9 janvier 2018, § 49.

⁹³ CEDH, Guide sur l'article 6 de la Convention – Droit à un procès équitable (volet civil), 31 août 2019, § 237. Le document cite en référence les affaires CEDH *Kyprianou c. Chypre* [GC], n° 73797/01, 15 décembre 2005, § 118 ; *Piersack c. Belgique*, n° 8692/79, 1^{er} octobre 1982, § 30 ; *Grievés c. Royaume-Uni* [GC], n° 57067/00, 16 décembre 2003, § 69 ; *Morice c. France* [GC], n° 29369/10, 23 avril 2015, § 73.

d'une raison légitime de redouter chez un juge un défaut d'impartialité, l'optique de l'accusé entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif. L'élément déterminant consiste à savoir si les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Hauschildt* précité, p. 21, § 48) »⁹⁴.

L'appréciation objective « porte essentiellement sur les liens hiérarchiques ou autres entre le juge et d'autres acteurs de la procédure »⁹⁵. Ces liens sont la cause de conflits d'intérêts que le droit français définit comme « toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction »⁹⁶. Il n'est aucunement nécessaire que la partialité du juge soit prouvée pour être mise en cause ; il suffit qu'elle puisse être mise en doute, ne serait-ce qu'en raison des apparences.

L'existence d'un lien entre un juge et l'une des parties peut suffire à faire naître un tel doute. Il est évident qu'un juge fait face à un conflit d'intérêt lorsqu'une requête est introduite par une organisation dont il est, ou a été proche, voire dont il a été le collaborateur. C'est le cas non seulement lorsque l'organisation apparaît dans la procédure, mais aussi lorsque son action a été officieuse. S'agissant des tierces interventions, l'ONG n'est certes pas requérante, mais tierce partie. Il n'empêche qu'elle intervient presque toujours au soutien de l'une des parties, généralement le requérant, et que son intervention peut avoir un grand poids dans la décision finale. Le risque de partialité du juge à l'égard de cette ONG intervenante, et donc de ses arguments, existe aussi. Il convient à cet égard de noter que, dans ses dispositions relatives aux incompatibilités, le règlement intérieur de la Cour ne distingue pas entre les deux modes d'action et fait interdiction à tout ancien juge de « représenter, à quelque titre que ce soit, une partie ou un tiers intervenant à une procédure devant la Cour » avant l'expiration d'un délai de deux ans à compter de la fin de l'exercice de ses fonctions (Article 4, paragraphe 2).

Le fait qu'un juge siège avec d'autres juges au sein d'une chambre, et non en qualité de juge unique, ne suffit pas à lever le doute sur son impartialité car, comme le note la Cour, compte tenu du secret des délibérations, il est impossible de connaître son influence réelle⁹⁷. Pour la Cour, tout juge dont on peut légitimement craindre un manque d'impartialité doit donc se déporter⁹⁸. Le fait que des plaignants n'aient pas demandé la récusation d'un juge ne libère pas celui-ci de son obligation⁹⁹ de prendre de lui-même les mesures nécessaires. À cet égard, la Cour vérifie l'existence dans la législation nationale d'une obligation légale pour le juge d'informer son président des circonstances pouvant justifier son déport. La Cour exige en outre, en cas de demande de récusation par une partie, que les juridictions répondent en détail aux arguments avancés au soutien de cette demande¹⁰⁰, dès lors qu'elle « n'apparaît pas d'emblée manifestement dépourvue de sérieux »¹⁰¹.

⁹⁴ CEDH, *Castillo Algar c. Espagne*, n° 28194/95, 28 octobre 1998, § 45. Voir aussi le Guide sur l'article 6 de la Convention, préc., § 241.

⁹⁵ CEDH, *Morice c. France*, [GC], précité, § 77 ; CEDH, *Micallef c. Malte* [GC], précité, § 97.

⁹⁶ Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, article 7-1.

⁹⁷ CEDH, *Morice c. France* [GC], précité, § 89.

⁹⁸ CEDH, *Micallef c. Malte* [GC], précité, § 98 ; CEDH, *Castillo Algar c. Espagne*, *ibid* ; CEDH, *Morice c. France*, précité, § 78 ; et CEDH, *and Ramljak c. Croatie*, n° 5856/13, 27 juin 2017, § 31.

⁹⁹ CEDH, *Škrlj c. Croatie*, n° 32953/13, 11 juillet 2019, § 45.

¹⁰⁰ CEDH, *Harabin c. Slovaquie*, n° 58688/11, 20 novembre 2012, § 136.

¹⁰¹ CEDH, *Remli c. France*, n° 16839/90, 23 avril 1996, § 48.

La CEDH, bien sûr, doit veiller à s'appliquer à elle-même ces exigences. Ainsi, la Cour s'impose la règle empêchant un juge de siéger deux fois dans la même affaire en cas de renvoi devant la Grande Chambre, à l'exception toutefois du président de la chambre et du juge national¹⁰². On peut néanmoins s'étonner de l'inexistence d'une procédure formelle de récusation au sein de la CEDH, à la différence de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁰³, même si la plupart des juridictions internationales ne prévoient pas, il est vrai, une telle procédure. Le règlement de la CEDH prévoit seulement l'obligation pour un juge de se déporter, de sa propre initiative, en cas de doute quant à son indépendance ou son impartialité. Une « Résolution sur l'éthique judiciaire » adoptée par la CEDH le 23 juin 2008 précise quelque peu les obligations des juges¹⁰⁴ et la démarche à suivre en cas de doute. Elle indique que « si l'application des présents principes [d'éthique judiciaire] à une situation donnée suscite un doute dans l'esprit d'un juge, celui-ci peut consulter le président de la Cour. » Le juge européen n'a donc pas l'obligation d'en informer son président. Le document ajoute en outre que, « en tant que de besoin », le président « peut consulter le Bureau » et « rendre compte de l'application des présents principes à la Cour plénière ». Le caractère assurément peu contraignant d'une telle procédure semble laisser au juge concerné la décision finale quant à son déport et à l'information du Président. Celui-ci dispose cependant du pouvoir de procéder « exceptionnellement » à des modifications dans la composition des sections « si les circonstances le requièrent »¹⁰⁵. Ce pouvoir est nécessaire, mais il ne peut être exercé de façon opportune que si le président est informé par les juges de l'existence de situations susceptibles de mettre en cause leur impartialité.

La comparaison avec les juges anciens fonctionnaires de leur gouvernement

24

Il pourrait être objecté que l'impartialité et l'indépendance des juges issus des juridictions nationales ne sont pas davantage garanties. Certes. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les comités des Nations unies interdisent à tout juge ou expert national de statuer dans une affaire introduite contre son gouvernement. Pour autant, le lien des juges à l'égard des ONG n'est pas moins problématique que celui des juges à l'égard des gouvernements, car il ne s'agit plus alors seulement d'une relation d'obéissance hiérarchique, mais aussi d'une adhésion idéologique. Celle-ci est susceptible de se faire sentir beaucoup plus largement et de façon diffuse dans toutes les affaires ayant trait à l'action de ces organisations. On peut attendre d'un fonctionnaire national plus de neutralité idéologique et moins d'activisme que d'un agent d'ONG. Alors que le juge national essaie généralement d'éviter la condamnation de son gouvernement, le juge issu d'une ONG pourrait désirer l'inverse¹⁰⁶.

¹⁰² Article 24 § 2 d) du Règlement de la Cour à jour du 9 septembre 2019.

¹⁰³ Article 38 du protocole n° 3 sur le Statut de la CJUE.

¹⁰⁴ La résolution définit ainsi l'indépendance et l'impartialité : « *Indépendance* : Les juges exercent leurs fonctions judiciaires indépendamment de toute autorité et de toute influence extérieures. Ils s'abstiennent de toute activité et participation à une association et évitent toute situation de nature à faire douter de leur indépendance.

Impartialité : Les juges sont impartiaux et veillent à ce que leur impartialité se reflète dans l'exercice de leurs fonctions. Ils veillent à éviter tout conflit d'intérêts ainsi que toute situation pouvant raisonnablement être perçue comme constituant un conflit d'intérêts. »

¹⁰⁵ Article 25 § 4 du Règlement de la Cour.

¹⁰⁶ Le juge Malinverni a pu dire à la radio suisse qu'un juge national pouvait chercher à faire condamner son propre État par la CEDH : <https://www.rts.ch/play/radio/le-grand-entretien/audio/giorgio-malinverni-juge-des-droits-de-lhomme?id=7394794> (consulté le 01/02/2020).

L'absence de pluralisme dans l'interprétation des droits de l'homme

L'une des raisons pour lesquelles la situation décrite dans ce rapport a pu s'établir sans provoquer une émotion particulière tient peut-être au fait que la CEDH a déjà largement adopté le système de valeurs de ces ONG, de sorte que, dans une certaine mesure, on ne peut plus voir de conflit d'intérêts entre organisations ayant largement les mêmes intérêts. Ce n'est que lorsque le juge n'est pas conforme à ces valeurs dominantes que son profil choque. Ainsi s'explique le scandale provoqué à l'occasion de l'élection d'une juge espagnole en raison de ses convictions religieuses catholiques. Celles-ci lui furent reprochées par divers mouvements progressistes et libéraux, comme incompatibles avec la fonction de juge, au point que le groupe *Socialistes et Démocrates* du Parlement européen demanda publiquement l'annulation de son élection¹⁰⁷. Ainsi s'explique probablement la mise à l'écart, voire la démission, de certains autres juges.

IV. Quelles solutions ?

Comme le souligne le *Rapport sur l'avenir à plus long terme du système de la Convention*, « [l]a qualité des juges et membres du Greffe est cruciale pour le maintien de l'autorité de la Cour, et ainsi également pour l'avenir du mécanisme de la Convention. »¹⁰⁸ Plusieurs mesures pourraient être mises en œuvre afin de remédier à la situation décrite dans ce rapport, à l'instar de ce qui a été réalisé dans d'autres instances européennes et nationales.

25

Éviter la nomination de militants aux fonctions de juge

La Cour a déjà déclaré qu'il « est essentiel de veiller à ce que des candidats inaptes à exercer les fonctions de juge ne puissent être présentés à l'élection »¹⁰⁹. Une première mesure consisterait à éviter la nomination à la Cour de juristes ayant exercé auparavant comme militants, plus encore lorsque leur engagement visait principalement la jurisprudence de la CEDH. L'engagement au sein de certaines ONG revêt un caractère politique ou idéologique fort qui, en lui-même, devrait être considéré non pas comme un avantage, mais comme un obstacle à la nomination au sein de la Cour. À cette fin, les candidats à la fonction de juge devraient avoir l'obligation de déclarer leurs relations avec toute organisation active à la Cour.

En toute hypothèse, il conviendrait durant le processus de sélection des juges d'éviter la surreprésentation de certains groupes privés au sein de la Cour. Dans ce contexte, il appartient en particulier au Panel consultatif d'experts sur les candidats à l'élection de juges à la Cour européenne d'être vigilant. Cet organe a en effet pour mission d'évaluer confidentiellement la qualité des candidats proposés par les gouvernements avant l'examen et le vote au sein de l'APCE. D'après la Cour, ce Panel « a indéniablement amélioré la procédure d'élection des

¹⁰⁷ « L'élection de la juge María Elósegui à la CEDH inquiète gravement les S&D », Communiqué du groupe Socialistes & Démocrates – Bruxelles, le 26 Janvier 2018.

¹⁰⁸ Conseil de l'Europe, *L'avenir à plus long terme du système de la Convention*, Rapport du Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) adopté le 11 décembre 2015, p. 61.

¹⁰⁹ CEDH, Avis relatif au rapport du CDDH sur le Panel consultatif, 15 avril 2014.

juges »¹¹⁰ mais ses avis ne sont pas toujours suivis. L'APCE devrait aussi être dotée de moyens suffisants pour effectuer une véritable évaluation des candidats avant l'élection.

Assurer la transparence des intérêts

Il conviendrait de rendre visibles les liens entre ONG, avocats et requérants en demandant à ces derniers d'indiquer, dans le formulaire de requête, s'ils sont accompagnés dans leurs démarches par une ONG, et d'en mentionner le nom. Cette exigence améliorerait la transparence de la procédure, tant pour la Cour que pour le gouvernement défendeur.

Une autre mesure consisterait, pour la Cour, à établir un formulaire de demande d'intervention dans lequel la personne physique ou morale demandant à intervenir devrait déclarer ses intérêts, l'origine de ses financements ainsi que ses liens éventuels avec les parties, notamment s'ils agissent en concertation. Le but n'est pas d'empêcher toute tierce intervention partisane, mais d'en améliorer la transparence, suivant en cela l'exemple du « registre de transparence » en usage au Parlement européen.

S'agissant des juges à la CEDH, la publication actuelle du résumé de leur *curriculum vitae* pourrait être complétée par celle d'une déclaration d'intérêts, suivant en cela la recommandation du comité des ministres du Conseil de l'Europe du 17 novembre 2010 sur « Les juges : indépendance, efficacité et responsabilités ». L'exigence de déclarations d'intérêts et de leur publication se développe¹¹¹, celles-ci « constituent l'une des principales mesures de prévention des conflits d'intérêts ». Une telle déclaration est imposée à tous les magistrats français depuis 2016. Aux États-Unis, les membres de la Cour suprême sont soumis à « une déclaration d'intérêts, actualisée chaque année, rendue publique, faisant notamment état des avantages ou cadeaux perçus au cours de l'année écoulée »¹¹².

Formaliser les procédures de déport et de récusation

Concernant la procédure de déport, il conviendrait que tout juge ayant un doute quant aux exigences à son égard, dans une affaire particulière, des principes de l'éthique judiciaire, ait l'obligation, et non plus seulement la faculté, d'en informer le Président de la Cour.

S'agissant de la récusation, la Cour pourrait utilement établir dans son règlement une procédure formelle, suivant en cela l'exemple de la Cour de Justice de l'Union européenne et de diverses cours constitutionnelles nationales (par exemple en Allemagne¹¹³, en France depuis 2010, en Espagne et au Portugal¹¹⁴). Une telle procédure ferait obligation à la Cour de

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ Voir aussi, Cour de cassation, Colloque « La déontologie des magistrats de l'ordre judiciaire : la déclaration d'intérêts », 30 juin 2017, accessible en ligne :

https://www.courdecassation.fr/institution_1/deontologie_8881/deontologie_magistrats_8883/magistrats_ordre_39777.html (consulté le 01/02/2020).

¹¹² Voir Blandine Gardey de Soos, « La déclaration d'intérêts des magistrats judiciaires », *La semaine juridique*, Edition Générale, N° 49, - 4 décembre 2017.

¹¹³ Michel Fromont, *Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne*, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 15 (Dossier Allemagne), janvier 2004.

¹¹⁴ Perlo Nicoletta, « Les premières récusations au Conseil constitutionnel : réponses et nouveaux questionnements sur un instrument à double tranchant », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 27-

justifier ses décisions de refus de récusation, conformément aux exigences de sa propre jurisprudence.

En France, à titre d'exemple, le *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, édité par le Conseil supérieur de la magistrature, prévoit, au titre de l'impartialité, que :

« [l]e magistrat qui a exercé des responsabilités à l'extérieur du corps judiciaire doit veiller à ce que son impartialité ne puisse, de ce fait, être mise en cause. » Il précise que ce magistrat « veille avec un soin particulier à ce que les relations qu'il pourrait avoir avec les membres de son ancienne profession ne puissent nuire à son impartialité ou à son apparence d'impartialité. Cette exigence déontologique peut aller au-delà des seules incompatibilités énoncées par les règles statutaires. Il appartient donc au magistrat de s'interroger sur les risques d'atteinte à son apparence d'impartialité ».

Il est ajouté, dans ce même recueil, que « [l]e magistrat doit demander à être dessaisi ou se déporter s'il lui apparaît qu'il a un lien avec une partie, son conseil, un expert, ou un intérêt quelconque à l'instance de nature à faire naître un doute légitime sur son impartialité dans le traitement d'un litige ».

* *
*