

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME



REPORTS
OF JUDGMENTS AND DECISIONS

RECUEIL
DES ARRÊTS ET DÉCISIONS

1999-VI

REGISTRY OF THE COURT GREFFE DE LA COUR
COUNCIL OF EUROPE CONSEIL DE L'EUROPE
STRASBOURG

CARL HEYMANNS VERLAG KG · KÖLN · BERLIN · BONN · MÜNCHEN

Internet addresses of the Court/Adresses Internet de la Cour

E-mail: dhcour@echr.coe.int

Web: <http://www.echr.coe.int>



The Publisher/L'éditeur

Carl Heymanns Verlag KG

Luxemburger Straße 449

D-50939 Köln

offers special terms to anyone purchasing a complete set
of the judgments and decisions and also arranges for their distribution,
in association with the agents for certain countries as listed below/
offre des conditions spéciales pour tout achat
d'une collection complète des arrêts et décisions
et se charge aussi de les diffuser, en collaboration,
pour certains pays, avec les agents de vente ci-dessous mentionnés.

Belgium/Belgique

Etablissements Emile Bruylant

67, rue de la Régence

B-1000 Bruxelles

Luxembourg

Librairie Promoculture

14, rue Duscher (place de Paris)

B.P. 1142

L-1011 Luxembourg-Gare

The Netherlands/Pays-Bas

B.V. Juridische Boekhandel & Antiquariaat A. Jongbloed & Zoon

Noordeinde 39

NL-2514 GC La Haye/'s-Gravenhage

2001 ISBN 3-452-24951-4

Printed in Germany

From 1 November 1998, the *Reports of Judgments and Decisions* of the European Court of Human Rights contain a selection of judgments delivered and decisions adopted after the entry into force of Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. All judgments and decisions of the Court (with the exception of decisions taken by committees of three judges pursuant to Article 28 of the Convention), including those not published in this series, are available in the Court's case-law database (HUDOC) which is accessible via the Court's website (<http://www.echr.coe.int>).

Note on citation

The form of citation for judgments and decisions published in this series from 1 November 1998 follows the pattern: name of case (in italics), application number, paragraph number (for judgments), abbreviation of the European Court of Human Rights (ECHR), year and number of volume.

In the absence of any indication to the contrary the cited text is a judgment on the merits delivered by a Chamber of the Court. Any variation from that is added in brackets after the name of the case: "(dec.)" for a decision on admissibility, "(preliminary objections)" for a judgment concerning only preliminary objections, "(just satisfaction)" for a judgment concerning only just satisfaction, "(revision)" for a judgment concerning revision, "(interpretation)" for a judgment concerning interpretation, "(striking out)" for a judgment striking the case out, or "(friendly settlement)" for a judgment concerning a friendly settlement. "[GC]" is added if the judgment or decision has been given by the Grand Chamber of the Court.

Examples

- Judgment on the merits delivered by a Chamber
Campbell v. Ireland, no. 45678/98, § 24, ECHR 1999-II
- Judgment on the merits delivered by the Grand Chamber
Campbell v. Ireland [GC], no. 45678/98, § 24, ECHR 1999-II
- Decision on admissibility delivered by a Chamber
Campbell v. Ireland (dec.), no. 45678/98, ECHR 1999-II
- Decision on admissibility delivered by the Grand Chamber
Campbell v. Ireland (dec.) [GC], no. 45678/98, ECHR 1999-II
- Judgment on preliminary objections delivered by a Chamber
Campbell v. Ireland (preliminary objections), no. 45678/98, § 15, ECHR 1999-II
- Judgment on just satisfaction delivered by a Chamber
Campbell v. Ireland (just satisfaction), no. 45678/98, § 15, ECHR 1999-II
- Judgment on revision delivered by a Chamber
Campbell v. Ireland (revision), no. 45678/98, § 15, ECHR 1999-II
- Judgment on interpretation delivered by a Chamber
Campbell v. Ireland (interpretation), no. 45678/98, § 15, ECHR 1999-II
- Judgment striking the case out delivered by a Chamber
Campbell v. Ireland (striking out), no. 45678/98, § 15, ECHR 1999-II
- Judgment on a friendly settlement delivered by a Chamber
Campbell v. Ireland (friendly settlement), no. 45678/98, § 15, ECHR 1999-II

Depuis le 1^{er} novembre 1998, le *Recueil des arrêts et décisions* de la Cour européenne des Droits de l'Homme renferme une sélection des arrêts rendus et des décisions adoptées après l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Tous les arrêts et décisions de la Cour (à l'exception des décisions prises par des comités de trois juges en application de l'article 28 de la Convention), y compris ceux et celles non publiés dans la présente série, se trouvent dans la base de données sur la jurisprudence de la Cour (HUDOC), accessible sur le site Internet de la Cour (<http://www.echr.coe.int>).

Note concernant la citation des arrêts et décisions

Les arrêts et décisions publiés dans la présente série à compter du 1^{er} novembre 1998 sont cités de la manière suivante : nom de l'affaire (en italique), numéro de la requête, numéro du paragraphe (pour les arrêts), sigle de la Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH), année et numéro du recueil.

Sauf mention particulière, le texte cité est celui d'un arrêt sur le fond rendu par une chambre de la Cour. L'on ajoute après le nom de l'affaire « (déc.) » pour une décision sur la recevabilité, « (exceptions préliminaires) » pour un arrêt ne portant que sur des exceptions préliminaires, « (satisfaction équitable) » pour un arrêt ne portant que sur la satisfaction équitable, « (révision) » pour un arrêt de révision, « (interprétation) » pour un arrêt d'interprétation, « (radiation) » pour un arrêt rayant l'affaire du rôle, « (règlement amiable) » pour un arrêt sur un règlement amiable, et « [GC] » si l'arrêt ou la décision ont été rendus par la Grande Chambre de la Cour.

Exemples

Arrêt rendu par une chambre sur le fond

Dupont c. France, n° 45678/98, § 24, CEDH 1999-II

Arrêt rendu par la Grande Chambre sur le fond

Dupont c. France [GC], n° 45678/98, § 24, CEDH 1999-II

Décision rendue par une chambre sur la recevabilité

Dupont c. France (déc.), n° 45678/98, CEDH 1999-II

Décision rendue par la Grande Chambre sur la recevabilité

Dupont c. France (déc.) [GC], n° 45678/98, CEDH 1999-II

Arrêt rendu par une chambre sur des exceptions préliminaires

Dupont c. France (exceptions préliminaires), n° 45678/98, § 15, CEDH 1999-II

Arrêt rendu par une chambre sur la satisfaction équitable

Dupont c. France (satisfaction équitable), n° 45678/98, § 15, CEDH 1999-II

Arrêt de révision rendu par une chambre

Dupont c. France (révision), n° 45678/98, § 15, CEDH 1999-II

Arrêt d'interprétation rendu par une chambre

Dupont c. France (interprétation), n° 45678/98, § 15, CEDH 1999-II

Arrêt rendu par une chambre rayant l'affaire du rôle

Dupont c. France (radiation), n° 45678/98, § 15, CEDH 1999-II

Arrêt rendu par une chambre sur un règlement amiable

Dupont c. France (règlement amiable), n° 45678/98, § 15, CEDH 1999-II

Contents/Table des matières

	<i>Page</i>
<i>Buscemi v. Italy</i> , no. 29569/95, judgment of 16 September 1999 ..	1
<i>Buscemi c. Italie</i> , n° 29569/95, arrêt du 16 septembre 1999	23
<i>Smith and Grady v. the United Kingdom</i> , nos. 33985/96 and 33986/96, judgment of 27 September 1999	45
<i>Smith et Grady c. Royaume-Uni</i> , n°s 33985/96 et 33986/96, arrêt du 27 septembre 1999	101
<i>Civet v. France</i> [GC], no. 29340/95, judgment of 28 September 1999	161
<i>Civet c. France</i> [GC], n° 29340/95, arrêt du 28 septembre 1999 ...	191
<i>Dalban v. Romania</i> [GC], no. 28114/95, judgment of 28 September 1999	221
<i>Dalban c. Roumanie</i> [GC], n° 28114/95, arrêt du 28 septembre 1999	249
<i>Öztürk v. Turkey</i> [GC], no. 22479/93, judgment of 28 September 1999	277
<i>Öztürk c. Turquie</i> [GC], n° 22479/93, arrêt du 28 septembre 1999	319
<i>Nylund v. Finland</i> , no. 27110/95, decision of 29 June 1999	361
<i>Nylund c. Finlande</i> , n° 27110/95, décision du 29 juin 1999	381
<i>Asselbourg and Others v. Luxembourg</i> , no. 29121/95, decision of 29 June 1999	399
<i>Asselbourg et autres c. Luxembourg</i> , n° 29121/95, décision du 29 juin 1999	415
<i>Dewicka v. Poland</i> , no. 38670/97, decision of 29 June 1999	429
<i>Dewicka c. Pologne</i> , n° 38670/97, décision du 29 juin 1999	441

	<i>Page</i>
<i>Hilbe v. Liechtenstein</i> , no. 31981/96, decision of 7 September 1999	453
<i>Hilbe c. Liechtenstein</i> , n° 31981/96, décision du 7 septembre 1999	461
<i>L. v. the United Kingdom</i> , no. 34222/96, decision of 7 September 1999	469
<i>L. c. Royaume-Uni</i> , n° 34222/96, décision du 7 septembre 1999 ...	485
<i>Vernon v. the United Kingdom</i> , no. 38753/97, decision of 7 September 1999	503
<i>Vernon c. Royaume-Uni</i> , n° 38753/97, décision du 7 septembre 1999	513
<i>Rudzińska v. Poland</i> , no. 45223/99, decision of 7 September 1999	523
<i>Rudzińska c. Pologne</i> , n° 45223/99, décision du 7 septembre 1999	533
<i>Ponsetti and Chesnel v. France</i> , nos. 36855/97 and 41731/98, decision of 14 September 1999	543
<i>Ponsetti et Chesnel c. France</i> , n°s 36855/97 et 41731/98, décision du 14 septembre 1999	557

BUSCEMI v. ITALY
(*Application no. 29569/95*)

SECOND SECTION

JUDGMENT OF 16 SEPTEMBER 1999¹

1. Translation; original French.

SUMMARY¹**Judge publicly expressing unfavourable view of applicant's case that he has to decide****Placement of child in children's home and restrictions on father's access****Article 6 § 1**

Impartial tribunal – Judicial authorities' duty of discretion – Reply to provocation – Judge publicly expressing unfavourable view of applicant's case that he has to decide – Objective justification for fears as to a judge's impartiality

Article 8

Family life – Placement of a child in a children's home and restrictions on father's access – Interference – In accordance with the law – Protection of the rights of others – Measures to remove a child – Child's interests – Fair balance between the interests of the child and those of her father – Margin of appreciation – Arrangements for producing an expert psychological opinion – Parent's role in the decision-making process – Fairness in the decision-making process

*
* *

The applicant and his girlfriend had a child. After they had separated, and notwithstanding a court decision awarding custody of the child to the mother, the latter gave custody of the child to the applicant. The applicant then applied to the Youth Court for custody of his daughter to be officially awarded to him. The Youth Court decided to order an investigation, provisionally placed the child in a children's home and awarded the parents limited access (weekly for the mother and monthly for the father). The court also appointed two experts to establish the state of relations between, firstly, the parents themselves and, secondly, the parents and their daughter, with a view to determining which parent should be awarded custody of the child. The Court of Appeal dismissed an appeal by the applicant against the Youth Court's decision and indicated that two privately commissioned experts should be allowed to observe the court-appointed experts' work. The court-appointed experts' report concluded that neither parent seemed fit to give the child adequate emotional support or to have a balanced relationship with her. The privately commissioned experts' report criticised those conclusions. The applicant complained to the court of shortcomings in the procedure for producing the expert report and of the fact that the privately commissioned experts had not been involved in certain parts of that procedure. In November 1994 the Youth Court confirmed the decision to place the child in a children's home, ordered that meetings should be arranged between the child and her mother with a view to returning

1. This summary by the Registry does not bind the Court.

custody to the mother and maintained the once-monthly limit on the father's access. The applicant lodged two appeals: one against the Youth Court's decision, in which he relied on shortcomings in the procedure for producing the expert report, and one against a refusal to award custody to the mother or to review the ruling on access. Both of those appeals were dismissed by the Court of Appeal, the former for being out of time and the latter on the ground that it was premature, as the child's placement in a children's home was temporary. The applicant again applied to the Court of Appeal, requesting that his daughter be removed from the home as a matter of urgency and entrusted either to his care or to her paternal grandmother's. The Court of Appeal dismissed the application, noting that since the child had been placed in the home, her condition had improved, she had refused to spend a holiday with her father and had, on the contrary, expressed a desire to go back to her mother. The Youth Court returned custody to the mother and allowed the applicant monthly access on strict conditions. Access for the father was subsequently increased. The applicant nevertheless appealed, seeking increased contact with his daughter, but his appeal was dismissed by the Court of Appeal, which noted that the child's mental condition had deteriorated. Criminal complaints lodged by the applicant against the court-appointed experts yielded no result. During the proceedings the applicant asked for the presiding judge of the Youth Court to be replaced, alleging that he was biased since he had had a heated exchange of views with him in the press on the courts' welfare role. His challenge was dismissed as being out of time. The investigation of a complaint lodged by the applicant following the presiding judge's statements in the press concluded that the judge had not disclosed any confidential information and that there had therefore been no injury to the applicant's reputation or honour. An application to the National Council of the Judiciary was likewise unsuccessful.

Held

(1) Article 8: The measures taken to remove the child from the applicant had amounted to an interference with his right to respect for his family life. They were, however, in accordance with the law and pursued the aim of protecting the rights of others. Furthermore, the national courts had not exceeded their margin of appreciation in striking a fair balance – which they were best placed to do – between the interests of the child in living in a peaceful environment and those of the applicant. Nor had the arrangements for preparing the expert report disregarded the applicant's interests that were safeguarded by Article 8. The applicant had played a sufficiently active part in the decision-making process, which, taken as a whole, did not appear unfair. In particular, a privately commissioned expert had been able to discuss the findings of the court-appointed experts' report with the experts who had prepared it, whose competence as psychologists was not in doubt. Moreover, the court's experts had legitimately had some discretion as to the manner in which their report would be prepared, and while the privately commissioned experts could have been more fully involved, it was to be noted that the courts had taken into account other evidence in the case file in addition to the expert report in question. Lastly, the statements made to the press by the President of the Youth Court had likewise not caused injury to the applicant's right to

respect for his private and family life, the applicant having himself disclosed his identity in the first place.

Conclusion: no violation (unanimously).

(2) Article 6 § 1: The demands of impartiality required judicial authorities to exercise maximum discretion with regard to the cases with which they dealt and that discretion should dissuade them from making use of the press, even when provoked. The fact that the President of the court publicly used expressions with overtones unfavourable to the applicant before presiding over the court that had to decide his case had been such as to objectively justify the applicant's fears as to his impartiality.

Conclusion: violation (unanimously).

Article 41: In the absence of any evidence on which to find that the applicant had sustained pecuniary damage, the relevant claim was dismissed. The finding of a violation of Article 6 § 1 constituted sufficient compensation for non-pecuniary damage, in particular on account of the applicant's significant contribution to the controversy concerning him. The Court awarded a specified sum for costs and expenses.

Case-law cited by the Court

W. v. the United Kingdom, judgment of 8 July 1987, Series A no. 121-A

McMichael v. the United Kingdom, judgment of 24 February 1995, Series A no. 307-B

Ferrantelli and Santangelo v. Italy, judgment of 7 August 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-III

Bronda v. Italy, judgment of 9 June 1998, *Reports* 1998-IV

Söderbäck v. Sweden, judgment of 28 October 1998, *Reports* 1998-VII

In the case of Buscemi v. Italy,

The European Court of Human Rights (Second Section), sitting as a Chamber composed of:

Mr M. FISCHBACH, *President*,

Mr B. CONFORTI,

Mr G. BONELLO,

Mr P. LORENZEN,

Mrs M. TSATSA-NIKOLOVSKA,

Mr A.B. BAKA,

Mr E. LEVITS, *judges*,

and Mr E. FRIBERGH, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 7 September 1999,

Delivers the following judgment, which was adopted on that date:

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 29569/95) against the Italian Republic lodged with the European Commission of Human Rights (“the Commission”) under former Article 25 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by an Italian national, Mr Vincenzo Ettore Buscemi (“the applicant”), on 23 June 1995. The applicant presented his own case. The Italian Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr U. Leanza.

2. On 4 December 1998 the Commission decided to bring the case before the Court (former Article 48 (a) of the Convention).

3. The application concerned the custody award made in respect of the applicant’s daughter and the related proceedings, the alleged bias on the part of the President of the Turin Youth Court and the alleged injury to the applicant’s reputation and family life as a result of statements made to the press by that judge. The applicant relied on Articles 8 and 6 § 1 of the Convention.

4. In accordance with Rule 52 § 1 of the Rules of Court, the President of the Court, Mr L. Wildhaber, assigned the case to the Second Section. The Chamber constituted within that Section included *ex officio* Mr B. Conforti, the judge elected in respect of Italy (Article 27 § 2 of the Convention and Rule 26 § 1 (a)), and Mr C.L. Rozakis, President of the Section (Rule 26 § 1 (a)). The other members appointed by the latter to complete the Chamber were Mr M. Fischbach, Mr P. Lorenzen, Mrs M. Tsatsa-Nikolovska, Mr A.B. Baka and Mr E. Levits (Rule 26 § 1 (b)).

5. Subsequently Mr Rozakis, who had taken part in the Commission’s examination of the case, withdrew from the case (Rule 28). Accordingly, Mr Fischbach replaced Mr Rozakis as President of the Chamber (Rule 12)

and Mr G. Bonello was appointed to replace him as a member of the Chamber.

6. On 30 March 1999, after consulting the Agent of the Government and the applicant, the Court decided that there was no need to hold a hearing.

7. The Government submitted their memorial on 12 May 1999 and the applicant submitted his on 18 June 1999.

THE FACTS

A. The custody proceedings in respect of the applicant's daughter

8. Mr Buscemi, who is an Italian national, was born in 1949 and lives in Cuneo, where he practises as a doctor.

9. The applicant and his girlfriend, C.F., had a daughter in 1985. Relations between the mother and father had rapidly deteriorated after their daughter was born and the relevant Youth Court had already had to intervene in the past.

10. Custody of the applicant's daughter was initially awarded to the mother, from whom the applicant had separated in the meantime.

11. On 21 January 1994 the applicant applied to the Turin Youth Court for custody of his daughter to be formally awarded to him, since his ex-girlfriend had already given him custody *de facto*. She had signed a statement on 30 July 1993 acknowledging the applicant's right to custody of the child.

12. The Turin Youth Court, presided over by Judge A.M.B., ordered an investigation and on 5 May 1994 decided to place the child in a children's home. The court applied, *inter alia*, Article 333 of the Civil Code. At the same time it limited the mother's access to once a week and the father's to once a month.

13. On the morning of 3 June 1994 social workers collected the child from school, having informed her teachers, and took her to a home.

14. Immediately afterwards the applicant asked for his daughter to be examined by a neuropsychiatrist, but his request was refused for reasons which are unknown. According to the applicant, his daughter had been ill-treated in the children's home.

15. On 14 June 1994 the Youth Court appointed of its own motion two experts, one, E.T., a psychologist and the other, S.L., a child neuropsychiatrist, whose names had already appeared in the decision of 5 May 1994. It appears from a certificate issued by the Cuneo Chamber of Commerce that E.T. had also been a street trader in second-hand clothes and other items since 10 January 1994. Both experts were instructed to establish the state of relations between, firstly, the parents themselves

and, secondly, the parents and their daughter, with a view to determining, among other things, which parent should be awarded custody of the child. To that end the court gave the experts the following directions, *inter alia*:

“The experts are instructed to ascertain, once they have carried out all necessary investigations, examined the documents in the proceedings, met the parents, the maternal grandmother and the child ..., the parents’ personality type and the relationship between them, including how the situation is likely to develop in the future; ...”

16. The two experts agreed to each meet only one of the parents.

17. The applicant first appealed against the decision of 5 May 1994 on 11 June 1994, but his appeal was dismissed by the Turin Court of Appeal (Youth Division) on 28 July 1994. The Court of Appeal upheld the Youth Court’s decision on the ground that the child needed to be placed in a calmer environment so that the psychological difficulties she was experiencing as a result of the conflict between her parents could be studied. The Court of Appeal also stated that two privately appointed experts should be allowed to observe the court-appointed experts’ work.

18. The experts commissioned by the applicant were never consulted in the proceedings conducted by the court’s experts and were unable to be present at the interview with the child. One of them did, however, take part in a meeting with the court’s experts to assess the material they had gathered during their assignment.

19. The court-appointed experts’ report was filed on 3 October 1994. It concluded, among other things, that neither parent seemed fit to give the child adequate emotional support or to have a balanced relationship with her. The experts also highlighted the fact that it had been impossible to assess the applicant’s personality fully since he had failed to take part in all the diagnostic psychological tests.

20. On 10 October 1994 one of the privately commissioned experts filed his report with the Youth Court registry. The report criticised the conclusions of the court-appointed experts’ report, particularly the finding that the applicant cared little for the welfare of his daughter or her mother. A second privately commissioned expert report expressed the same view.

21. On 15 October 1994 the applicant wrote to the court complaining that one of its experts had never met him but had nonetheless signed the report containing assessments relating directly to his personality, and that the privately commissioned experts had not been invited to attend the interview with the child by the court-appointed experts. He submitted that the best solution would be for custody of the child to be awarded to him.

22. On 3 November 1994 the Youth Court, presided over by C.L., confirmed the decision to place the child in a children’s home and ordered the social services to arrange a series of meetings between the child and her

mother with a view to returning custody to the mother. The applicant, on the other hand, was authorised to visit his daughter only once a month for two hours and only inside the home.

23. On 2 December 1994 the applicant's daughter was injured in a road accident. The applicant was informed of this on 7 December 1994 and went to visit his daughter the next day. Noting that she had some fairly serious injuries and being of the view that the local hospital was not equipped to carry out the necessary tests, he applied to the local magistrate (*pretore*) on 9 December 1994 to authorise him to take his daughter himself to Cuneo Hospital, which was better equipped. The magistrate considered the situation to be urgent and authorised the applicant to take his daughter to Cuneo Hospital accompanied by a member of staff from the home. However, on the same day the President of the Turin Youth Court decided that the father had no authority to intervene. He instructed the children's home to submit the child to such tests as the home judged appropriate, in consultation with the mother. The President of the court reiterated that he had made a decision authorising the applicant to see his daughter for only two hours a month and that the magistrate was clearly unaware of that decision.

24. On 12 December 1994 the applicant appealed against the Youth Court's decision of 3 November 1994. He submitted, *inter alia*, that only one of the court experts had met him despite the court's instruction to them to prepare the expert report jointly. Furthermore, the privately commissioned expert had not been informed by the court-appointed experts of the date of their interview with the child, nor had he taken part in the court's deliberations on 3 November 1994.

25. In the meantime the applicant had requested the court to award custody of the child to her mother and to review its ruling on access rights. His application was dismissed on 13 December 1994. On 18 January 1995 the applicant appealed against that decision, referring once again to the shortcomings of the court-appointed experts' report and reiterating his request for custody of the child to be returned to the mother.

26. In two separate decisions of 14 February 1995 the Turin Court of Appeal declared the first appeal inadmissible on the ground that it had been lodged out of time and dismissed the second one.

27. In the second decision the Court of Appeal noted that the proceedings were still pending, including the application made by the mother in the meantime for the father's parental rights to be forfeited. In particular, as the lower court had observed, certain factors at the root of the case subsisted, such as the mother's opposition to taking her daughter back to live with her and the serious psychological problems affecting the girl's relationship with the applicant. Having regard, therefore, to the temporary nature of the child's placement in a children's home, the Court of Appeal considered premature any decision altering the current posi-

tion. The court did not rule on the applicant's allegations regarding the conduct of the experts' investigations.

28. On 23 May 1995, following a series of reports by the social services, the Youth Court authorised the girl's mother to stay with her daughter on Saturdays and Sundays.

29. On 22 June 1995 the applicant applied to the Court of Appeal again, requesting that in view of his daughter's increasing anxiety in the home, she be removed as a matter of urgency and entrusted either to his care or to her paternal grandmother's.

30. On 3 August 1995 the Court of Appeal dismissed that application. It found, among other things, that the paternal grandmother had in the past refused to take the child into her care and that the applicant had not shown that her attitude had changed. It also noted that since being placed in the home, the child no longer suffered from the fits of hysteria which she had had when living with her mother, was seeing the applicant more often and had made no further request to leave the home. The Court of Appeal also pointed out that according to the social services' report of 13 June 1995, the girl had, moreover, refused to spend two weeks by the sea with the applicant. Lastly, the court held that if the child were to go to her paternal grandmother, that would distance her from her mother, whereas she should be encouraged to resume a relationship with her mother despite the latter's limitations and her inability to demonstrate real affection for her daughter. Indeed, the child had clearly expressed a desire to go back to her mother.

31. On 9 August 1995 the Youth Court revoked its decision of 5 May 1994 and ordered custody of the child to be returned to the mother. It also limited the applicant's access to once a month in a neutral place to be agreed with the social services.

32. The applicant applied to the court on 5 September 1995, expressing his satisfaction with the decision to remove his daughter from the home, but complaining of the decision to maintain restrictions on his access rights.

33. On 23 October 1995 the Court of Appeal allowed his application in part and ordered that the applicant's access should be increased from once to twice a month.

34. On 11 July 1996 the Youth Court authorised the child to stay with her paternal aunt for the holiday, from 19 July to 5 August 1996.

35. On 24 October 1996 the court granted the applicant the right to see his daughter one afternoon a week. The court stressed, however, that relations between the social services and the applicant were extremely problematical, because the latter kept sending them written requests but showed no real willingness to enter into a dialogue.

36. The applicant appealed, seeking increased contact with his daughter, but his appeal was dismissed by the Court of Appeal on

28 January 1997. Its decision was based on a psychiatrist's report of 16 December 1996, according to which the child's mental condition had greatly deteriorated and there was a risk that she would have a mental breakdown. The fact that the girl described her parents as mentally deranged and wanted to return to the home showed how precarious her mental stability was. The Court of Appeal concluded that the child was above all in need of psychological care and certainly not of more frequent contact with her father.

37. The applicant had in the meantime filed complaints against the court-appointed experts with the Principal Public Prosecutor at the Court of Cassation and the Public Prosecutor's Office at the Turin District Court. He submitted that the court experts had performed their task negligently, that they had failed to contact the privately commissioned experts and were consequently guilty of a failure to discharge one of their obligations (*omissione d'atti d'ufficio*) under Article 328 of the Criminal Code. The second complaint was struck out on 22 June 1996 on the ground that, in the absence of malicious intent, it concerned problems regarding the experts' method of conducting their investigations, which it fell to the judge ordering the expert report to assess after hearing submissions from the parties and their experts. The District Court also pointed out that it had been for the privately commissioned expert to take action and contact the court-appointed experts. No action was taken on the first complaint.

B. The President of the court's statements to the press

38. On 24 June 1994 the Italian daily *La Stampa* published an article containing statements by the President of the Turin Youth Court, C.L., about the court's child-custody work. In that article C.L. used the following expressions, among others:

"We are not child-snatchers."

"Our role is to release children from their suffering."

39. On 11 July 1994 the same daily published a letter signed by the applicant which was also a reply to the first statements made by C.L. The applicant related the episode in which his daughter had been placed in a children's home and made the following comments, among others:

"The act in itself is one of sequestration or, at the very least, violence towards children. Whether that act should not be considered as violence or sequestration on the ground that a court is involved is quite another question."

"This little girl suffered shock and emotional stress to a cruel degree."

"Clearly the cruelty of the exercise cannot fail to have tarnished the State's image and lessened confidence in an institution which should guarantee the greatest respect for human beings."

“Among other things, the inappropriateness of the method used derives from the fact that an urgent decision was not implemented until a month after it had been taken.”

“In such a case I doubt whether the President, Judge L., ... can say ‘we have released a child from its suffering’ or ‘we are not child-snatchers’.”

40. In a letter published in *La Stampa* on 8 August 1994 the President of the court replied. Among other things, C.L. stated:

“... [The applicant’s] account of events is inaccurate as regards the fundamental circumstances of the case ... Custody of the child was awarded not to the father but to the mother. At home, both on account of the disputes between the parents and other circumstances of which I cannot give details, she was living in very difficult conditions, which led to episodes of violence, even physical violence, and which, over time, genuinely undermined the child’s physical and psychological stability. It was absolutely necessary to remove her precisely in order to release her from an oppressive situation ... She was very happy to be somewhere quiet and peaceful at last. Clearly, if and when the parents overcome the difficulties in their relationship, the child will be able to go home. I guarantee that everyone who has worked on and is working on this case is highly qualified: specialist juvenile judges, social workers, psychologists ...”

41. In a letter published in *La Stampa* on 5 September 1994 the applicant responded to C.L.’s letter, complaining that the judge had not only called him a liar, but had also revealed confidential information about his case, which in a small provincial town such as Cuneo had made it easy to identify the persons involved and had left people feeling puzzled.

42. On the same date *La Stampa* also published a letter from a group of the applicant’s colleagues expressing their solidarity with him.

43. On 21 November 1994 the applicant asked for C.L. to be replaced by a different judge in the custody proceedings in respect of his daughter. He alleged that C.L. was biased on account of the heated exchange of views they had had in the press.

44. In an order of 1 December 1994 the Youth Court dismissed the applicant’s challenge for being out of time. The court held that, quite apart from the fact that the ground relied on by the applicant did not appear among those formally provided for in Article 51 of the Code of Civil Procedure, the application had in any event been made out of time since it should have been filed before the date set for the decision (taken on 3 November 1994 – see paragraph 22 above). Besides, the applicant could have foreseen that C.L. might preside over the court, since in the event that more than the required number of judges was available, the most senior member would act as President and the applicant had known that C.L. was a member of the division which would be trying his case. At all events, as the decision had already been taken, the applicant had a remedy in ordinary proceedings, namely lodging an appeal, for submitting that complaint.

45. Following the statements made by C.L. in his letter published on 8 August 1994, the applicant had also lodged a complaint with the Public

Prosecutor's Office at the Milan District Court. Proceedings on that complaint were officially discontinued on 22 March 1995 as the preliminary investigating judge at the Milan District Court found that C.L. had confined himself to replying to the applicant's first letter, correcting the inaccuracies in the applicant's allegations and stressing that the conduct of all those involved in the case had been right and proper. The only offensive comments, in the judge's view, were those the applicant had directed at C.L., whom he had called a "child-snatcher". C.L.'s reply had been appropriate and moderate and had not disclosed any confidential information acquired in the course of his duties as it would not in any event have been possible to identify the persons involved in the case. It was rather the applicant who had disclosed the circumstances in which the child had been removed from her mother's custody. There had thus been no injury to the reputation or honour of the applicant.

46. The applicant also applied – unsuccessfully – to the National Council of the Judiciary (*Consiglio superiore della magistratura*).

RELEVANT DOMESTIC LAW

47. Under Article 30 of the Constitution,

“Parents have a duty to maintain, educate and bring up their children, including children born out of wedlock.

Where the parents are incapable of performing those duties, the legislature shall make appropriate provision.

...”

48. Under Article 333 of the Civil Code,

“If the conduct of one or both parents is not such as to justify forfeiting parental authority ..., but is harmful to the child, the court may, if appropriate, take any necessary measure and may also order the child to be removed from the family home. Such measures may be rescinded at any time.”

PROCEEDINGS BEFORE THE COMMISSION

49. Mr Buscemi applied to the Commission on 23 June 1995. He alleged, among other things, an infringement of his right to respect for his family life on account of his daughter's having been placed in a children's home, bias on the part of the President of the Turin Youth Court and injury to his reputation and to his family life as a result of the statements made by him to the press (Articles 8 and 6 § 1 of the Convention).

50. The Commission declared the application (no. 29569/95) admissible on 16 April 1998. In its report¹ of 27 October 1998 (former Article 31 of the Convention), it expressed the unanimous opinion that there had been a violation of Article 8 on account of the manner in which the experts had conducted their investigations and of Article 6 § 1 on account of the President of the Youth Court's statements to the press.

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

51. The applicant said that the measures taken by the Turin Youth Court had contributed to the almost irretrievable breakdown of his relationship with his daughter. He alleged in particular that the court had based its decision on an expert report which was unfounded and procedurally flawed. He submitted that there had been a violation of Article 8 of the Convention, which provides:

“1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

52. The Government disputed that submission. The Commission found that although the restrictive measures taken by the Italian authorities against the parents, including the applicant, had been based on relevant and sufficient grounds, there had been a violation of Article 8 on account of the manner in which the expert report ordered by the court had been prepared.

A. Measures taken to remove the daughter

53. The Court points out that the enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of family life and that domestic measures hindering such enjoyment amount to an interference with the right protected by Article 8 (see the *Bronda v. Italy* judgment of 9 June 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-IV, p. 1489, § 51). In the instant case the restrictive measures taken by the Italian

1. *Note by the Registry*. The report is obtainable from the Registry.

authorities against the applicant amounted to an interference with his right to respect for his family life. Such interference will constitute a violation of Article 8 unless it is “in accordance with the law”, pursues an aim or aims that are legitimate under paragraph 2 of Article 8 and can be regarded as “necessary in a democratic society”.

54. The Court is of the view that the interference was in accordance with the law, in particular with Article 333 of the Civil Code, and pursued the legitimate aim of protecting the rights of others. The question remains as to whether that interference was also “necessary in a democratic society”.

55. The Court considers, as the Commission did, that, having regard to the circumstances of the case, particularly the real and serious conflicts between the applicant and the child’s mother, the measures taken by the national courts appear to be based on relevant and sufficient grounds. The national courts, which dealt with the case continually and gave decisions stating full reasons, were in a better position than the Court to strike a fair balance between the interests of the child in living in a peaceful environment and those motivating the steps taken by her father (see the *Söderbäck v. Sweden* judgment of 28 October 1998, *Reports* 1998-VII, pp. 3095-96, §§ 30-34) and did not exceed the margin of appreciation afforded to them under paragraph 2 of Article 8.

56. Accordingly, there has not been a violation of Article 8 arising from the measures taken to remove the child from the applicant.

B. Manner in which the experts conducted their investigations

57. The Court does not agree with the applicant’s submission, which was accepted by the Commission, that he has been the victim of a violation of Article 8 on account of the court-appointed experts’ conduct of their investigations.

58. Undoubtedly, as the Court has affirmed, Article 8 requires it to determine whether, “having regard to the particular circumstances of the case and notably the serious nature of the decisions to be taken, the parents have been involved in the decision-making process, seen as a whole, to a degree sufficient to provide them with the requisite protection of their interests. If they have not, there will have been a failure to respect their family life and the interference resulting from the decision will not be capable of being regarded as ‘necessary’ within the meaning of Article 8” (see the *W. v. the United Kingdom* judgment of 8 July 1987, Series A no. 121-A, pp. 28-29, § 64). The Court has also acknowledged that whilst “Article 8 contains no explicit procedural requirements, the decision-making process leading to measures of interference must be fair and such as to afford due respect to the interests safeguarded by Article 8” (see the

McMichael v. the United Kingdom judgment of 24 February 1995, Series A no. 307-B, p. 55, § 87).

59. In that connection the Government submitted that, while it was true that in custody proceedings the parties had more limited powers of intervention than in ordinary proceedings (owing to the non-contentious nature of the proceedings, which were pursued exclusively with the aim of protecting children's interests), it should not be overlooked that the applicant had always been given a hearing, that he had always been informed of all matters concerning the case and had been able to comment on them. As regards, in particular, the allegation that one of the court-appointed experts also carried on business as a street trader, the Government disputed the veracity of that allegation and pointed out that an assessment of the professional competence of an expert could only be based on work done in that capacity. The Government submitted, moreover, that a violation could not be found merely on the basis of the manner in which the experts had conducted their investigations when, as the Commission had found in its report, the interference with the applicant's family life was in itself justified.

60. The Court considers as the Government did, that the foregoing principles regarding the parents' role in the decision-making process (see paragraph 58) were not breached in the instant case. The applicant cannot be said to have played no role in the decision-making process. On the contrary, he took an active part in it; he was always able to submit his arguments in the national courts and to study all the documents. Furthermore, one of the privately commissioned experts had been able to discuss with the court-appointed experts the results of the tests conducted in the course of their investigations. The decision-making process as a whole does not appear to have been unfair, and excessive weight should not be attached to the fact that one of the two experts was also a street trader (see paragraph 15 above). In that connection the Court notes that the applicant did not expressly question that expert's professional competence as a psychologist. The Court considers that the fact that the expert was also a street trader does not detract from his expertise as a psychologist.

61. As regards the complaint that one of the court-appointed experts did not interview the applicant, the Court considers that the court decision setting out the purpose of the expert opinion was worded in terms sufficiently general to allow the experts some discretion as to the precise manner in which their report would be prepared. In any event, the results of the experts' work were examined by both experts jointly. In this context account should also be taken of the fact that the applicant failed to participate in all the diagnostic psychological tests (see paragraph 19 above).

62. In the Court's view, it might perhaps have been desirable for the privately commissioned experts to be more fully involved in the various

stages of the court-appointed experts' assignment and not only at the meeting to assess the results, although there is nothing in the case file to suggest that the privately commissioned experts actually asked to be involved further. Nevertheless, the circumstances of which the applicant complains do not suffice in themselves to have adversely affected the fairness of the proceedings, which were based not only on the expert report in question but also on a series of social-services reports (see, *inter alia*, paragraph 28 above).

63. In sum, the manner in which the expert report was prepared did not breach Article 8.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 § 1 OF THE CONVENTION ARISING FROM THE STATEMENTS MADE TO THE PRESS BY THE PRESIDENT OF THE TURIN YOUTH COURT

64. The applicant complained of bias on the part of the President of the Turin Youth Court, C.L., and submitted that his case should not have been heard by a court presided over by a person with whom he had had an argument in the press. He alleged that this had given rise to a violation of Article 6 § 1 of the Convention, which provides:

“In the determination of his civil rights and obligations ..., everyone is entitled to a fair ... hearing ... by an independent and impartial tribunal ...”

65. The Government considered that there could be no doubt as to the President of the court's impartiality. The decisions adopted by the court presided over by C.L. had not subsequently been varied and the proceedings on the complaints which the applicant had filed against the President had been discontinued. Furthermore, it was the applicant who had started the controversy with his letter in *La Stampa* portraying the court's work in an unfavourable light and he had been supported in that action by the journalist responsible for the column. The President of the court had therefore simply considered it his duty to clarify matters, having regard in particular to the risk of misinformation on account of the relative importance given by the daily in question to the applicant's story.

66. The applicant disputed that argument.

67. The Court stresses, above all, that the judicial authorities are required to exercise maximum discretion with regard to the cases with which they deal in order to preserve their image as impartial judges. That discretion should dissuade them from making use of the press, even when provoked. It is the higher demands of justice and the elevated nature of judicial office which impose that duty.

68. The Court considers, as the Commission did, that the fact that the President of the court publicly used expressions which implied that he had already formed an unfavourable view of the applicant's case before pre-

siding over the court that had to decide it clearly appears incompatible with the impartiality required of any court, as laid down in Article 6 § 1 of the Convention. The statements made by the President of the court were such as to objectively justify the applicant's fears as to his impartiality (see, *mutatis mutandis*, the Ferrantelli and Santangelo v. Italy judgment of 7 August 1996, *Reports* 1996-III, p. 952, §§ 59 and 60).

69. There has accordingly been a breach of Article 6 § 1 of the Convention.

III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION ARISING FROM THE STATEMENTS MADE TO THE PRESS BY THE PRESIDENT OF THE TURIN YOUTH COURT

70. The applicant also complained of a violation of Article 8 of the Convention arising from C.L.'s statements published by *La Stampa* and alleged that injury had been caused to his reputation and his family life.

71. The Government disputed that submission.

72. The Court considers that no injury to the applicant's right to respect for his private and family life can be established under this head, having regard to the fact that in his letter of 11 July 1994 the applicant had himself disclosed his identity.

73. Accordingly, there has not been a violation of Article 8 of the Convention in this regard.

IV. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

74. Article 41 of the Convention provides:

"If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party."

A. Damage

75. The applicant sought, firstly, 500,000,000 Italian lire (ITL) in compensation for pecuniary damage, relying in particular on the damage done to his professional image as a surgeon. He also claimed ITL 2,000,000,000 in compensation for non-pecuniary damage.

76. The Government did not make any submissions on the issue.

77. The Court notes that it has no evidence on which to find that the applicant sustained pecuniary damage. As to non-pecuniary damage, it considers that the finding of a violation of Article 6 § 1 of the Convention constitutes sufficient compensation. In that connection, it takes account,

inter alia, of the fact that the applicant significantly contributed to fuelling the controversy concerning him in the press.

B. Costs and expenses

78. The applicant sought primarily reimbursement of the expenses incurred in the proceedings in the domestic courts in the sum of ITL 3,105,000 (the applicant produced fee notes for the custody proceedings and a breakdown of the amounts paid for the privately commissioned expert reports).

79. The Court notes that the documents supplied by the applicant relate only to the expenses incurred in connection with the placement of his daughter – the applicant did not claim reimbursement of any amounts incurred to prevent or have redressed a violation of Article 6 § 1 of the Convention – and considers, in the light of its conclusions regarding Article 8 of the Convention, that it is not necessary to award the applicant reimbursement under this head.

80. As regards the expenses incurred before the Convention institutions, the Court, making its assessment on an equitable basis as required by Article 41 of the Convention and having regard to the fact that the applicant presented his own case, awards him ITL 1,000,000 for costs and expenses.

C. Default interest

81. According to the information available to the Court, the statutory rate of interest applicable in Italy at the date of adoption of the present judgment is 2.5% per annum.

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Holds* unanimously that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention;
2. *Holds* unanimously that there has not been a violation of Article 8 of the Convention;
3. *Holds* by six votes to one that the present judgment constitutes in itself sufficient just satisfaction in respect of non-pecuniary damage;
4. *Holds* unanimously that the respondent State is to pay the applicant, within three months, 1,000,000 (one million) Italian lire for costs and expenses, plus simple interest at an annual rate of 2.5% from the expiry of the above-mentioned three months until settlement;

5. *Dismisses* unanimously the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in French, and notified in writing on 16 September 1999, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Erik FRIBERGH
Registrar

Marc FISCHBACH
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the partly dissenting opinion of Mr Bonello is annexed to this judgment.

M.F.
E.F.

PARTLY DISSENTING OPINION
OF JUDGE BONELLO

I do not share the majority's opinion that the finding of a violation of Article 6 § 1 of the Convention amounts in itself to sufficient just satisfaction in respect of the non-pecuniary damage alleged by the applicant. I consider such "non-redress" to be inadequate irrespective of the court of justice concerned and, furthermore, to be incompatible with the terms of the Convention, as I explained in detail in my partly dissenting opinion annexed to *Aquilina v. Malta* [GC], no. 25642/94, ECHR 1999-III.

BUSCEMI c. ITALIE
(*Requête n° 29569/95*)

DEUXIÈME SECTION

ARRÊT DU 16 SEPTEMBRE 1999¹

1. Texte français original.

SOMMAIRE¹

Magistrat exprimant publiquement une appréciation négative de la cause du requérant dont il a à trancher l'affaire
Placement d'un enfant dans un foyer d'accueil et restrictions au droit de visite du père

Article 6 § 1

Tribunal impartial – Obligation de discrétion des autorités judiciaires – Réponse à des provocations – Magistrat exprimant publiquement une appréciation négative de la cause du requérant dont il a à trancher l'affaire – Justification objective des craintes relatives à l'impartialité d'un magistrat

Article 8

Vie familiale – Placement d'un enfant dans un foyer d'accueil et restrictions au droit de visite du père – Ingérence – Prévues par la loi – Protection des droits d'autrui – Mesures d'éloignement d'un enfant – Intérêt de l'enfant – Juste équilibre entre les intérêts de l'enfant et de son père – Marge d'appréciation – Modalités d'une expertise psychologique – Rôle du parent dans le processus décisionnel – Caractère équitable du processus décisionnel

*
* *

Le requérant et sa compagne eurent un enfant. Après leur séparation, et en dépit d'une décision judiciaire qui attribuait la garde de l'enfant à la mère, cette dernière confia l'enfant au requérant. Le requérant sollicita alors du tribunal pour enfants que la garde de l'enfant lui soit officiellement confiée. Le tribunal pour enfants décida d'ouvrir une instruction, de placer à titre provisoire l'enfant dans un foyer d'accueil et d'octroyer aux parents un droit de visite limité (hebdomadaire pour la mère et mensuel pour le père). Le tribunal désigna également deux experts ayant pour mission d'établir l'état des relations entre les parents d'une part, entre les parents et l'enfant d'autre part, afin de déterminer à qui confier la garde de l'enfant. La cour d'appel débouta le requérant de son recours contre la décision du tribunal et préconisa que deux experts privés suivent le travail des experts officiels. Le rapport d'expertise officielle établit qu'aucun des deux parents ne semblait en mesure de fournir un soutien adéquat à l'enfant et d'avoir avec lui une relation équilibrée. Les rapports d'expertise privée critiquèrent ces conclusions. Le requérant se plaignit auprès du tribunal de lacunes dans la procédure d'expertise officielle et de la non-association des experts privés à certains

1. Rédigé par le greffe, il ne lie pas la Cour.

événements de cette procédure. En novembre 1994, le tribunal pour enfants confirma le placement de l'enfant en foyer d'accueil, préconisa que des rencontres soient organisées entre l'enfant et la mère en vue de restituer la garde de l'enfant à cette dernière et maintint la limite mensuelle au droit de visite du père. Le requérant forma deux appels : d'une part contre la décision du tribunal pour enfants, invoquant des lacunes de la procédure d'expertise, et d'autre part contre un refus de confier l'enfant à la mère et de réviser le régime des visites. Ces deux recours furent rejetés par la cour d'appel, le premier pour tardiveté et le second en raison de son caractère prématuré, le placement de l'enfant en foyer étant provisoire. Le requérant saisit à nouveau la cour d'appel en demandant le retrait d'urgence de l'enfant du foyer et qu'il lui soit confié ou alternativement à la grand-mère paternelle. La cour d'appel débouta le requérant en relevant que, depuis son placement en foyer, l'état de l'enfant s'était amélioré, que l'enfant avait refusé de passer des vacances avec son père et avait exprimé au contraire le souhait de rejoindre sa mère. Le tribunal pour enfants rétablit la mère dans son droit de garde et conféra au requérant un droit de visite mensuel strictement encadré. Le régime des visites paternelles fut par la suite assoupli. Le requérant saisit néanmoins la cour d'appel d'une demande tendant à l'intensification des contacts avec l'enfant. Il fut débouté par la juridiction qui releva une dégradation de l'équilibre psychique de l'enfant. Par ailleurs, les plaintes pénales déposées par le requérant à l'encontre des experts officiels n'aboutirent pas. Pendant la procédure, le requérant demanda le remplacement du juge qui présidait le tribunal pour enfants, en alléguant le défaut d'impartialité de celui-ci avec qui il avait échangé, par voie de presse, de vifs et divergents points de vue sur le rôle social des juridictions pour enfant. Sa demande de récusation fut rejetée pour tardiveté. L'instruction de la plainte déposée par le requérant à la suite des déclarations dans la presse du juge, conclut au respect du secret par ce dernier et à l'absence d'atteinte à la réputation et à l'honneur du requérant. Une réclamation formulée auprès du Conseil supérieur de la magistrature demeura également sans suite.

1. Article 8 : les mesures d'éloignement de l'enfant s'analysent en une ingérence dans le droit du requérant au respect de sa vie familiale. Elles étaient cependant prévues par la loi et visaient à protéger les droits d'autrui. De plus, les juridictions nationales n'ont pas excédé leur marge d'appréciation dans l'établissement du juste équilibre, qu'elles étaient le mieux à même de réaliser, entre les intérêts de l'enfant à vivre dans un milieu serein et ceux du requérant. Les modalités de l'expertise n'ont pas davantage méconnu les intérêts du requérant protégés par l'article 8. Le requérant a, en effet, joué un rôle suffisamment actif dans le processus décisionnel qui, considéré dans son ensemble, n'apparaît pas inéquitable. Notamment, un expert privé a pu discuter les résultats de l'expertise avec les experts officiels dont les compétences de psychologues ne sont pas en débat. En outre, les experts officiels ont pu légitimement user d'une certaine latitude dans la conduite de l'expertise et, si les experts privés auraient pu y être associés davantage, il convient de relever qu'en sus de l'expertise mise en cause, les juridictions ont pris en compte d'autres éléments versés au dossier. Enfin les déclarations du président du tribunal à la presse n'ont pas non plus constitué une atteinte au droit du requérant au respect de sa vie privée et familiale, celui-ci ayant lui-même et initialement dévoilé son identité.

Conclusion : non-violation (unanimité).

2. Article 6 § 1 : l'exigence d'impartialité impose la plus grande discrétion aux autorités judiciaires appelées à juger et cette discrétion doit les amener à ne pas utiliser la presse, même pour répondre à des provocations. Le fait que le président du tribunal ait employé publiquement des expressions à connotations défavorables pour le requérant, avant de présider l'organe judiciaire appelé à trancher l'affaire, était de nature à justifier objectivement les craintes du requérant à l'égard de son impartialité.

Conclusion : violation (unanimité).

Article 41 : en l'absence d'élément permettant de constater l'existence d'un dommage matériel, la demande afférente est rejetée. Par ailleurs, le préjudice moral est suffisamment réparé par le constat de violation de l'article 6 § 1 et ce, notamment, en raison de la participation active du requérant à la polémique le concernant. La Cour alloue une somme au titre des frais et dépens.

Jurisprudence citée par la Cour

W. c. Royaume-Uni, arrêt du 8 juillet 1987, série A n° 121-A

McMichael c. Royaume-Uni, arrêt du 24 février 1995, série A n° 307-B

Ferrantelli et Santangelo c. Italie, arrêt du 7 août 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III

Bronda c. Italie, arrêt du 9 juin 1998, *Recueil* 1998-IV

Söderbäck c. Suède, arrêt du 28 octobre 1998, *Recueil* 1998-VII

En l'affaire Buscemi c. Italie,

La Cour européenne des Droits de l'Homme (deuxième section), siégeant en une chambre composée de :

MM. M. FISCHBACH, *président*,

B. CONFORTI,

G. BONELLO,

P. LORENZEN,

M^{me} M. TSATSA-NIKOLOVSKA,

MM. A.B. BAKA,

E. LEVITS, *juges*,

et de M. E. FRIBERGH, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 7 septembre 1999,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette date :

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 29569/95) dirigée contre la République italienne et dont un ressortissant italien, M. Vincenzo Ettore Buscemi (« le requérant »), avait saisi la Commission européenne des Droits de l'Homme (« la Commission ») le 23 juin 1995, en vertu de l'ancien article 25 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (« la Convention »). Le requérant agit en personne. Le gouvernement italien (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M. U. Leanza.

2. Le 4 décembre 1998 la Commission a décidé de saisir la Cour (ancien article 48 a) de la Convention).

3. La requête concerne l'attribution de la garde de la fille du requérant et la procédure y relative, la prétendue partialité du président du tribunal pour enfants de Turin et l'atteinte alléguée à la réputation et à la vie familiale du requérant en raison des déclarations faites à la presse par le président dudit tribunal. Le requérant invoque les articles 8 et 6 § 1 de la Convention.

4. Conformément à l'article 52 § 1 du règlement de la Cour (« le règlement »), le président de la Cour, M. L. Wildhaber, a attribué l'affaire à la deuxième section. La chambre constituée au sein de ladite section comprenait de plein droit M. B. Conforti, juge élu au titre de l'Italie (articles 27 § 2 de la Convention et 26 § 1 a) du règlement), et M. C.L. Rozakis, président de la section (article 26 § 1 a) du règlement). Les autres membres désignés par ce dernier pour compléter la chambre étaient M. M. Fischbach, M. P. Lorenzen, M^{me} M. Tsatsa-Nikolovska, M. A.B. Baka et M. E. Levits (article 26 § 1 b) du règlement).

5. Ultérieurement, M. Rozakis, qui avait participé à l'examen de l'affaire par la Commission, s'est déporté (article 28 du règlement). En

conséquence, M. Fischbach a remplacé M. Rozakis en tant que président de la chambre (article 12 du règlement) et M. G. Bonello a été désigné pour le remplacer au sein de celle-ci.

6. Le 30 mars 1999, après avoir consulté l'agent du Gouvernement et le requérant, la Cour a décidé qu'il n'y avait pas lieu de tenir une audience.

7. Le Gouvernement a présenté son mémoire le 12 mai 1999 et le requérant le sien le 18 juin 1999.

EN FAIT

A. La procédure relative à la garde de la fille du requérant

8. Ressortissant italien, M. Buscemi est né en 1949 et réside à Coni (Cuneo) où il exerce la profession de médecin.

9. Du concubinage entre le requérant et C.F. naquit une fille en 1985. Les rapports entre le père et la mère se dégradèrent rapidement après la naissance de la fillette et le tribunal pour enfants compétent dut déjà intervenir par le passé.

10. Dans un premier temps, la fille du requérant fut confiée à la mère, de laquelle le requérant s'était séparé dans l'intervalle.

11. Le 21 janvier 1994 le requérant demanda au tribunal pour enfants de Turin de lui confier formellement la garde de l'enfant, que la mère lui avait déjà confiée *de facto*. Celle-ci avait en effet signé, le 30 juillet 1993, une déclaration reconnaissant le droit du requérant à avoir la garde de l'enfant.

12. Le tribunal pour enfants de Turin, sous la présidence du juge A.M.B., ordonna une instruction et le 5 mai 1994 décida de placer l'enfant dans un foyer d'accueil. Il fit application notamment de l'article 333 du code civil. En même temps, il limita le droit de visite à une fois par semaine pour la mère et à une fois par mois pour le requérant.

13. Le matin du 3 juin 1994, des assistants sociaux cherchèrent l'enfant à son école, après avoir prévenu les enseignants, et la transférèrent dans un foyer.

14. Immédiatement après, le requérant demanda à ce que sa fille fût examinée par un neuropsychiatre, mais cette demande aurait été rejetée pour des motifs qui ne sont pas connus. Selon les allégations du requérant, sa fille aurait fait l'objet de mauvais traitements dans le foyer d'accueil.

15. Le 14 juin 1994 le tribunal pour enfants désigna d'office deux experts, à savoir E.T., psychologue, et S.L., neuropsychiatre pour enfants, dont les noms figuraient déjà dans la décision du 5 mai 1994. Il ressort d'un certificat de la Chambre de commerce de Coni que l'expert E.T.

exerçait également l'activité de marchand ambulant de vêtements et objets d'occasion depuis le 10 janvier 1994. Les deux experts étaient chargés d'établir l'état des relations entre les parents d'une part et entre ceux-ci et leur fille d'autre part, en vue notamment de déterminer à quel parent il convenait de confier la garde de l'enfant. A cette fin, le tribunal prescrivit aux deux experts entre autres ce qui suit :

« Que les experts disent, une fois accomplie toute enquête utile, examinés les actes de la procédure, rencontrés les parents, la grand-mère maternelle et la mineure (...), quel est le type de personnalité des parents et la relation entre eux, y compris quant à l'évolution possible dans le futur ; (...) »

16. Les deux experts convinrent de rencontrer chacun uniquement l'un des deux parents.

17. Contre la décision du 5 mai 1994 le requérant interjeta appel une première fois le 11 juin 1994, mais il fut débouté par un arrêt de la cour d'appel de Turin (section spéciale pour enfants) daté du 28 juillet 1994. La cour d'appel approuva la décision du tribunal, compte tenu de la nécessité de placer la fillette dans un environnement plus calme en vue d'étudier les difficultés d'ordre psychologique que les conflits entre ses parents avaient engendrées. La cour d'appel précisa en outre que deux experts privés devaient avoir la possibilité de suivre le travail des experts d'office.

18. Les experts privés désignés par le requérant ne furent jamais consultés pendant le déroulement des examens menés par les experts d'office et ne purent assister à l'audition de l'enfant. L'un d'entre eux participa néanmoins à une réunion avec les experts d'office afin d'évaluer les éléments recueillis par ces derniers au cours de l'expertise.

19. Le rapport des experts fut déposé le 3 octobre 1994. Il établit notamment qu'aucun des deux parents ne semblait en mesure de fournir à la fillette un soutien adéquat et d'avoir avec elle une relation équilibrée. Les experts mettaient en outre en évidence le fait qu'ils n'avaient pu se livrer à une appréciation complète de la personnalité du requérant, celui-ci ayant cessé de participer aux tests psychodiagnostiques.

20. Le 10 octobre 1994, l'un des deux experts privés déposa son rapport au greffe du tribunal. Ce rapport critiquait les résultats de l'expertise d'office, notamment dans la mesure où elle considérait le requérant comme peu soucieux du bien-être de sa fille ainsi que de la mère. Une deuxième expertise privée se prononça dans le même sens.

21. Le 15 octobre 1994, le requérant s'adressa au tribunal, en se plaignant de ce que l'un des experts d'office ne l'eût jamais rencontré, alors qu'il avait apposé sa signature sur le rapport des experts qui contenait des appréciations portant directement sur la personnalité de l'intéressé, et du fait que les experts privés n'avaient pas été convoqués lors de l'audition de l'enfant par les experts d'office. Il concluait que la meilleure solution consistait à lui confier la garde de l'enfant.

22. Le 3 novembre 1994, le tribunal, sous la présidence de C.L., confirma le placement de la fillette dans un foyer d'accueil et ordonna aux services sociaux de ménager une série de rencontres entre celle-ci et sa mère en vue de restituer la garde à cette dernière. Le requérant était en revanche autorisé à rendre visite à sa fille seulement une fois par mois pendant deux heures et uniquement à l'intérieur du foyer.

23. Le 2 décembre 1994, la fille du requérant fut blessée dans un accident de la route. Le requérant en fut informé le 7 décembre 1994 et le lendemain se rendit auprès de sa fille. Relevant la présence de lésions d'une certaine importance et considérant que l'hôpital de la ville où se trouvait le foyer n'était pas équipé pour effectuer les examens qui s'imposaient, il demanda le 9 décembre 1994 au juge d'instance (*pretore*) de cette ville de l'autoriser à accompagner personnellement sa fille à l'hôpital de Coni, mieux équipé. Ce juge estima la situation urgente et autorisa le requérant à accompagner sa fille à l'hôpital de Coni avec un délégué du foyer. Toutefois, le même jour, le président du tribunal pour enfants de Turin décida que le père n'était pas autorisé à intervenir. Il chargea le foyer de soumettre l'enfant aux examens que le foyer jugerait opportuns, et ceci en collaboration avec la mère. Le président du tribunal rappela qu'il avait pris une décision n'autorisant le requérant à voir sa fille que pendant deux heures par mois et qu'évidemment le juge d'instance ignorait cette décision.

24. Le 12 décembre 1994, le requérant interjeta appel de la décision du tribunal du 3 novembre 1994. Il fit valoir notamment que seul l'un des experts d'office l'avait rencontré, cela malgré la décision du tribunal leur confiant conjointement l'expertise. En outre, les experts privés n'avaient pas été prévenus, par les experts commis d'office, de la date de l'audition de l'enfant et n'avaient pas non plus pris part aux délibérations du tribunal le 3 novembre 1994.

25. Le requérant avait dans l'intervalle demandé au tribunal de confier la fillette à la mère et de revoir le régime des visites. Il fut débouté le 13 décembre 1994. Le 18 janvier 1995, il interjeta appel de cette dernière décision. Entre autres, il releva encore une fois les lacunes de l'expertise d'office et réitéra sa demande tendant à ce que la garde de l'enfant fût à nouveau confiée à la mère.

26. Par deux décisions distinctes datées du 14 février 1995 la cour d'appel de Turin déclara le premier appel irrecevable pour cause de tardiveté et rejeta le deuxième.

27. Dans la deuxième décision, la cour d'appel nota que la procédure était toujours pendante, y compris en ce qui concernait la demande introduite entre-temps par la mère afin de voir déclarer le requérant déchu de ses droits parentaux. En particulier, comme l'avait observé le tribunal, certains éléments à l'origine de l'affaire subsistaient, tels que l'opposition de la mère à l'idée de reprendre sa fille avec elle et les graves problèmes

d'ordre psychologique affectant la relation de la fillette avec le requérant. Dès lors, compte tenu de la nature provisoire du placement de la fillette dans un foyer d'accueil, la cour d'appel estima prématurée toute décision modifiant la situation actuelle. Elle ne se prononça pas sur les allégations du requérant quant aux modalités de l'expertise.

28. Le 23 mai 1995, à la suite d'une série de rapports des services sociaux, le tribunal autorisa la mère de la fillette à séjourner les samedis et les dimanches auprès d'elle.

29. Le 22 juin 1995, le requérant s'adressa de nouveau à la cour d'appel, demandant que, compte tenu de son malaise croissant dans le foyer, la fillette en fût retirée d'urgence et confiée soit à lui soit à la grand-mère paternelle.

30. Le 3 août 1995, la cour d'appel rejeta ce dernier recours. Elle considéra notamment que la grand-mère paternelle avait par le passé refusé de prendre la fillette en charge, et que le requérant n'avait pas démontré que cette attitude avait changé. Elle releva en outre que, depuis qu'elle avait été placée dans le foyer, la fillette n'avait plus les crises d'hystérie dont elle souffrait lorsqu'elle vivait avec sa mère, voyait plus souvent le requérant et n'avait plus demandé à quitter le foyer. La cour d'appel nota qu'au demeurant la fillette avait refusé de passer quinze jours à la mer en compagnie du requérant, ce qui ressortait du rapport des services sociaux du 13 juin 1995. Enfin, la cour considéra que le placement de la fillette auprès de sa grand-mère paternelle l'aurait éloignée de sa mère, alors qu'il fallait encourager la reprise d'une relation avec cette dernière, malgré ses limites et son incapacité à démontrer une véritable affection envers sa fille. Celle-ci avait en effet manifesté clairement le souhait de rejoindre sa mère.

31. Le 9 août 1995 le tribunal pour enfants révoqua sa décision du 5 mai 1994 et ordonna que la garde de l'enfant fût attribuée de nouveau à la mère. Il limita par ailleurs le droit de visite du requérant à une fois par mois, dans un endroit neutre devant être convenu avec les services sociaux.

32. Dans un recours adressé au tribunal le 5 septembre 1995, le requérant se déclara satisfait de la décision de retirer sa fille du foyer, mais s'en prit à celle de maintenir les restrictions à son droit de visite.

33. Le 23 octobre 1995, la cour d'appel accueillit partiellement ce dernier recours, ordonnant de porter de une à deux le nombre mensuel de visites du requérant.

34. Le 11 juillet 1996 le tribunal autorisa la fillette à séjourner chez sa tante paternelle pour les vacances, du 19 juillet au 5 août 1996.

35. Le 24 octobre 1996, le tribunal accorda au requérant la possibilité de voir sa fille un après-midi par semaine. Le tribunal souligna tout de même le caractère extrêmement problématique des rapports entre les services sociaux et le requérant, ce dernier faisant continuellement par-

venir aux premiers des demandes écrites sans toutefois se montrer vraiment ouvert au dialogue.

36. Le requérant interjeta appel, demandant une intensification des contacts avec sa fille, mais il fut débouté par une décision de la cour d'appel du 28 janvier 1997. La décision se fondait sur le rapport d'un psychiatre daté du 16 décembre 1996, selon lequel l'état psychologique de l'enfant s'était beaucoup dégradé, ce qui faisait craindre un effondrement psychologique. Le fait que la fillette qualifiait ses parents de dérangés mentaux et qu'elle souhaitait rentrer au foyer démontrait la précarité de son équilibre psychique. La cour d'appel conclut que la fillette avait surtout besoin d'un suivi psychologique et certainement pas de voir son père plus souvent.

37. Le requérant avait entre-temps déposé des plaintes contre les experts d'office, auprès du procureur général près la Cour de cassation et du parquet près le tribunal de Turin. Il soutenait que les experts d'office avaient accompli leur travail avec négligence, qu'ils n'avaient pas convoqué les experts privés, et qu'ils étaient par conséquent coupables d'un manquement à un devoir de leur charge (*omissione d'atti d'ufficio*), selon les termes de l'article 328 du code pénal. La deuxième plainte fut classée sans suite le 22 juin 1996 au motif qu'en l'absence de dol il s'agissait là de problèmes relatifs aux modalités d'une expertise dont l'appréciation revenait, une fois entendus les parties et leurs experts, au juge l'ayant ordonnée. Le tribunal souligna également qu'il appartenait aux experts privés d'agir et de se présenter auprès des experts d'office. Quant à la première plainte, elle n'eut aucune suite.

B. Les déclarations du président du tribunal à la presse

38. Le 24 juin 1994, le quotidien italien *La Stampa* publia un article contenant des déclarations du président du tribunal pour enfants de Turin, C.L., concernant le travail du tribunal en matière de garde d'enfants. Dans cet article C.L. employa notamment les expressions suivantes :

« Nous ne sommes pas des juges arrache-enfants. »

« Notre rôle est de libérer l'enfant de sa souffrance. »

39. Le 11 juillet 1994, le même quotidien publia une lettre signée du requérant, laquelle constituait également une réponse aux premières déclarations de C.L. Le requérant relata l'épisode du placement de sa fille dans un foyer et s'exprima notamment comme suit :

« Le fait en soi est celui de la séquestration, ou au moins de la violence sur mineurs. Que ce fait ne doive être considéré ni comme violence ni comme séquestration au motif qu'un tribunal y est impliqué, c'est une autre question. »

« Cette petite fille a subi un choc, un stress émotionnel d'une cruelle ampleur. »

« La cruauté de l'exécution ne peut assurément pas ne pas avoir terni l'image de l'Etat et provoqué une baisse de confiance envers l'institution qui devrait garantir le plus grand respect pour la personne humaine. »

« Entre autres, l'inopportunité de la méthode employée découle du fait qu'une décision urgente n'a été exécutée qu'un mois après son adoption. »

« Dans un cas pareil, je doute que le président L. (...) puisse dire : « nous avons libéré un enfant de sa souffrance » ou « nous ne sommes pas des juges arrache-enfants ». »

40. Dans une lettre publiée dans *La Stampa* le 8 août 1994, le président du tribunal répondit au requérant. C.L. déclara notamment ce qui suit :

« (...) L'histoire relatée par [le requérant] ne correspond pas à la vérité pour ce qui concerne les circonstances fondamentales des faits (...). La garde de la fillette n'était pas confiée au père mais à la mère. A la maison, en raison à la fois des litiges entre parents et d'autres circonstances que je ne peux préciser, elle vivait dans des conditions très difficiles, qui débouchaient sur des épisodes de violence même physique et qui étaient, au fil du temps, vraiment destructrices pour l'équilibre psychophysique de la mineure. Son éloignement était absolument nécessaire justament afin de la libérer d'une situation oppressante (...) La fillette a été bien heureuse de se trouver enfin dans un endroit tranquille et serein. Naturellement, si et quand les difficultés relationnelles des parents auront été surmontées, la petite pourra rentrer chez elle. Je garantis que toutes les personnes qui ont suivi et suivent cette affaire sont très qualifiées : juges experts, assistants sociaux, psychologues (...) »

41. Dans une lettre publiée dans *La Stampa* le 5 septembre 1994, le requérant réagit à celle de C.L. et dénonça le fait que le juge non seulement l'avait qualifié de menteur, mais aussi avait révélé des éléments confidentiels relatifs à son affaire, qui dans une petite ville de province telle que Coni avaient permis d'en identifier facilement les protagonistes et avaient laissé les gens perplexes.

42. A cette même date, *La Stampa* publia également une lettre envoyée par un groupe de collègues du requérant, exprimant leur solidarité à celui-ci.

43. Le 21 novembre 1994, le requérant demanda le remplacement de C.L., dans la procédure relative à la garde de sa fille, par un autre juge. Il alléguait la partialité de C.L. à cause du vif échange de vues qu'ils avaient eu dans la presse.

44. Par une ordonnance du 1^{er} décembre 1994, le tribunal pour enfants rejeta la récusation avancée par le requérant comme étant tardive. Le tribunal considéra en effet qu'indépendamment du fait que le motif invoqué par le requérant ne figurait pas parmi les hypothèses formellement prévues par l'article 51 du code de procédure civile, la demande était de toute manière tardive car elle aurait dû être déposée avant la date prévue pour la décision (prise le 3 novembre 1994 ; voir *supra*, paragraphe 22). D'ailleurs, il était prévisible que C.L. pourrait exercer la fonction de président, puisqu'en cas de surnombre de magistrats le membre le plus

ancien assurerait la présidence et que le requérant savait que C.L. appartenait à la section compétente pour connaître de son affaire. En tout état de cause, la décision ayant déjà été prise, le requérant disposait des moyens de recours ordinaires, à savoir l'appel, pour faire valoir ce grief.

45. Après les déclarations faites par C.L. dans la lettre publiée le 8 août 1994, le requérant avait aussi déposé une plainte auprès du parquet près le tribunal de Milan. Cette plainte fut classée sans suite le 22 mars 1995. Le juge des investigations préliminaires près le tribunal de Milan considéra en effet que C.L. s'était borné à répondre à la première lettre du requérant, en rectifiant les inexactitudes contenues dans les allégations de ce dernier et en soulignant que tous les intervenants dans l'affaire s'étaient comportés correctement. Les seules affirmations offensantes, selon le juge, étaient celles dirigées contre C.L., que le requérant avait qualifié d'« arrache-enfants ». La réponse de C.L. avait été correcte et modérée et n'avait trahi aucun élément confidentiel dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions, car de toute manière il n'aurait pas été possible d'identifier les personnes impliquées dans l'affaire. C'était plutôt le requérant qui avait révélé les circonstances dans lesquelles la fillette avait été éloignée de sa mère. Aucune atteinte n'avait dès lors été portée à la réputation et à l'honneur du requérant.

46. Le requérant s'adressa également au Conseil supérieur de la magistrature (*Consiglio superiore della magistratura*), en vain.

LE DROIT INTERNE PERTINENT

47. Aux termes de l'article 30 de la Constitution,

« Les parents ont le devoir d'entretenir, d'éduquer et d'élever leurs enfants, y compris les enfants nés hors mariage.

En cas d'incapacité des parents, la loi veille à ce que leurs obligations soient remplies.

(...) »

48. Aux termes de l'article 333 du code civil,

« Lorsque le comportement de l'un ou des deux parents n'est pas de nature à justifier une décision de déchéance (...), tout en étant préjudiciable à l'enfant, le juge peut, le cas échéant, adopter toute mesure nécessaire et peut également ordonner l'éloignement de l'enfant de la résidence familiale. Pareilles mesures peuvent être révoquées à tout moment. »

PROCÉDURE DEVANT LA COMMISSION

49. M. Buscemi a saisi la Commission le 23 juin 1995. Il alléguait notamment la violation de son droit au respect de sa vie familiale en raison du placement de sa fille dans un foyer, ainsi que la partialité du pré-

sident du tribunal pour enfants de Turin et une atteinte à sa réputation et sa vie familiale en raison des déclarations faites à la presse par le président dudit tribunal (articles 8 et 6 § 1 de la Convention).

50. Le 16 avril 1998, la Commission a retenu la requête (n° 29569/95). Dans son rapport¹ du 27 octobre 1998 (ancien article 31 de la Convention), elle conclut à l'unanimité à la violation de l'article 8 en raison des modalités de l'expertise et de l'article 6 § 1 du fait des déclarations du président du tribunal à la presse.

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

51. Le requérant affirme que les mesures prises par le tribunal pour enfants de Turin ont contribué à une fracture presque irréparable entre lui et sa fille. Il allègue en particulier que le tribunal s'est appuyé sur une expertise dépourvue de fondement et caractérisée par des vices de procédure. Selon lui, il y a eu violation de l'article 8 de la Convention, ainsi libellé :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

52. Le Gouvernement combat cette thèse. La Commission estime que, bien que les mesures restrictives prises par les autorités italiennes vis-à-vis des parents, y compris le requérant, fussent fondées sur des motifs pertinents et suffisants, l'article 8 a été violé en raison des modalités de l'expertise ordonnée par le tribunal.

A. Les mesures d'éloignement de la fille

53. La Cour rappelle que, pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale et que des mesures internes qui les en empêchent constituent une ingérence dans le droit protégé par l'article 8 (arrêt *Bronda c. Italie* du 9 juin 1998, *Recueil des arrêts*

1. *Note du greffe* : le rapport est disponible au greffe.

et décisions 1998-IV, p. 1489, § 51). En l'espèce, les mesures restrictives prises par les autorités italiennes vis-à-vis du requérant s'analysent en une ingérence dans le droit de celui-ci au respect de sa vie familiale. Pareille ingérence méconnaît cet article à moins qu'elle ne soit « prévue par la loi », ne vise un ou des buts légitimes au regard du paragraphe 2 de l'article 8 et ne puisse passer pour une mesure « nécessaire » « dans une société démocratique ».

54. La Cour estime que l'ingérence était prévue par la loi, en particulier par l'article 333 du code civil, et poursuivait le but légitime de la protection des droits d'autrui. Il reste à savoir si cette ingérence était aussi « nécessaire » « dans une société démocratique ».

55. Avec la Commission, la Cour considère que, compte tenu des éléments ressortant du dossier, surtout la réalité et la gravité des conflits entre le requérant et la mère de l'enfant, les mesures prises par les juridictions nationales paraissent fondées sur des raisons pertinentes et suffisantes. Mieux placées que la Cour pour établir un juste équilibre entre les intérêts de l'enfant à vivre dans un milieu serein et ceux inspirant les démarches de son père (arrêt *Söderbäck c. Suède* du 28 octobre 1998, *Recueil* 1998-VII, pp. 3095-3096, §§ 30-34), les juridictions nationales, constamment investies de l'affaire et moyennant des décisions amplement motivées, n'ont pas dépassé la marge d'appréciation ménagée par le paragraphe 2 de l'article 8.

56. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 8 du fait des mesures prises pour éloigner la fille du requérant.

B. Modalités de l'expertise

57. Par ailleurs, la Cour ne saurait suivre le requérant, dont l'opinion est admise par la Commission, lorsqu'il se prétend victime d'une violation de l'article 8 en raison du déroulement de l'expertise d'office.

58. Sans doute, l'article 8 demande à la Cour, comme elle l'a relevé, de rechercher, « en fonction des circonstances de chaque espèce et notamment de la gravité des mesures à prendre, si les parents ont pu jouer dans le processus décisionnel, considéré comme un tout, un rôle assez grand pour leur accorder la protection requise de leurs intérêts. Dans la négative, il y a manquement au respect de leur vie familiale et l'ingérence résultant de la décision ne saurait passer pour « nécessaire » au sens de l'article 8 » (arrêt *W. c. Royaume-Uni* du 8 juillet 1987, série A n° 121-A, pp. 28 et 29, § 64). La Cour a aussi reconnu que si « l'article 8 ne renferme aucune condition explicite de procédure, (...) il faut que le processus décisionnel débouchant sur des mesures d'ingérence soit équitable et respecte comme il se doit les intérêts protégés par l'article 8 » (arrêt *McMichael c. Royaume-Uni* du 24 février 1995, série A n° 307-B, p. 55, § 87).

59. A cet égard, le Gouvernement soutient que, s'il est vrai que dans le cadre des procédures en matière de garde d'enfants les parties ont des pouvoirs d'intervention limités par rapport aux procédures ordinaires, ce qui s'explique par le fait qu'il s'agit d'une procédure non contentieuse et ayant pour seul but de sauvegarder les intérêts des mineurs, il ne faut pas perdre de vue que le requérant a été entendu à chaque occasion, que tous les éléments concernant le dossier ont toujours été portés à sa connaissance et qu'il a eu la possibilité de les commenter. Pour ce qui est en particulier de la prétendue activité de marchand ambulant exercée par l'un des experts commis d'office, le Gouvernement conteste la réalité de cette allégation et observe que l'évaluation de la compétence professionnelle d'un expert ne peut se fonder que sur l'activité exercée en cette qualité. Le Gouvernement avance de surcroît que l'on ne saurait constater une violation uniquement sur la base des modalités de l'expertise alors que, comme la Commission l'a reconnu dans son rapport, l'ingérence dans la vie familiale du requérant était en elle-même justifiée.

60. Avec le Gouvernement, la Cour estime que les principes exposés ci-dessus (paragraphe 58), quant au rôle des parents dans le processus décisionnel, n'ont pas été méconnus dans le cas d'espèce. En effet, on ne saurait estimer que le requérant n'a joué aucun rôle dans le processus décisionnel. Il y a été au contraire actif, il a toujours pu exposer ses vues devant les juridictions nationales et il a pu prendre connaissance de tous les documents. En outre, l'un des experts privés a pu discuter avec les experts d'office les résultats des examens effectués au cours de l'expertise. En fait, le processus décisionnel considéré dans son ensemble n'apparaît pas inéquitable. On ne saurait par ailleurs attribuer un poids excessif au fait que l'un des deux experts exerçait également l'activité de marchand ambulant (paragraphe 15 ci-dessus). A ce propos, la Cour note que le requérant ne conteste pas expressément la compétence professionnelle de cet expert en tant que psychologue. La Cour considère que le fait que cet expert exerçait une activité de marchand ambulant ne saurait entacher ses compétences de psychologue.

61. Quant à la non-audition du requérant par l'un des deux experts commis d'office, la Cour estime que la décision du tribunal fixant le but de l'expertise était rédigée en des termes suffisamment généraux pour laisser aux experts une certaine marge de discrétion quant à la manière concrète de procéder à l'expertise. En tout cas, les résultats de l'expertise ont été examinés par les deux experts conjointement. Dans ce contexte, il y a lieu de tenir compte également du fait que le requérant a interrompu sa participation aux tests psychodiagnostiques (paragraphe 19 ci-dessus).

62. Selon la Cour, il aurait peut-être été souhaitable que les experts privés fussent impliqués davantage aux différentes phases de l'expertise et pas uniquement lors de la réunion d'évaluation de ses résultats, bien qu'il ne ressorte pas du dossier que les experts privés l'aient effectivement

demandé. Néanmoins, les circonstances évoquées par le requérant ne suffisent pas à elles seules à nuire à l'équité d'une procédure qui s'est appuyée non seulement sur l'expertise mise en cause, mais également sur toute une série de rapports des services sociaux (voir ci-dessus, notamment le paragraphe 28).

63. En conclusion, il n'y a pas non plus eu violation de l'article 8 quant aux modalités de l'expertise.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 § 1 DE LA CONVENTION EN RAISON DES DÉCLARATIONS DU PRÉSIDENT DU TRIBUNAL POUR ENFANTS DE TURIN À LA PRESSE

64. Le requérant se plaint de la partialité du président du tribunal pour enfants de Turin, C.L., et soutient que sa cause n'aurait pas dû être entendue par un tribunal présidé par une personne avec laquelle il a eu une polémique dans la presse. Il allègue de ce fait la violation de l'article 6 § 1 de la Convention, ainsi libellé :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal indépendant et impartial (...) qui décidera (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...) »

65. Le Gouvernement estime que l'impartialité du président du tribunal ne suscite aucun doute. Les décisions adoptées par le tribunal sous la présidence de C.L. n'ont pas été modifiées ultérieurement et les plaintes que le requérant a déposées à l'encontre de ce dernier ont été classées sans suite. En outre, c'est le requérant qui a entamé la polémique par sa lettre publiée dans *La Stampa*, en montrant sous un jour défavorable le travail du tribunal, appuyé en cela par le journaliste responsable de la rubrique. Dès lors, le président du tribunal a tout simplement considéré de son devoir de procéder à une mise au point, compte tenu surtout du risque de désinformation résultant de la relative importance accordée par le quotidien en question à l'histoire du requérant.

66. Le requérant s'oppose à cette thèse.

67. La Cour souligne avant tout que la plus grande discrétion s'impose aux autorités judiciaires lorsqu'elles sont appelées à juger, afin de garantir leur image de juges impartiaux. Cette discrétion doit les amener à ne pas utiliser la presse, même pour répondre à des provocations. Ainsi le veulent les impératifs supérieurs de la justice et la grandeur de la fonction judiciaire.

68. Avec la Commission, la Cour estime que le fait que le président du tribunal ait employé publiquement des expressions sous-entendant une appréciation négative de la cause du requérant avant de présider l'organe judiciaire appelé à trancher l'affaire, ne semble à l'évidence pas compatible avec les exigences d'impartialité de tout tribunal, consacrées à

l'article 6 § 1 de la Convention. En effet, les déclarations du président du tribunal étaient de nature à justifier objectivement les craintes du requérant à l'égard de son impartialité (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt Ferrantelli et Santangelo c. Italie du 7 août 1996, *Recueil* 1996-III, p. 952, §§ 59 et 60).

69. Partant, il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION EN RAISON DES DÉCLARATIONS DU PRÉSIDENT DU TRIBUNAL POUR ENFANTS DE TURIN À LA PRESSE

70. Le requérant se plaint également d'une violation de l'article 8 de la Convention en raison des déclarations de C.L. publiées par *La Stampa* ; il allègue une atteinte à sa réputation et à sa vie familiale.

71. Le Gouvernement combat cette thèse.

72. La Cour considère qu'aucune atteinte au droit du requérant au respect de sa vie privée et familiale ne saurait être constatée de ce chef, compte tenu de ce que, dans sa lettre du 11 juillet 1994, l'intéressé avait lui-même dévoilé son identité.

73. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention à cet égard.

IV. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

74. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

A. Dommage

75. Le requérant demande en premier lieu 500 millions de lires italiennes (ITL) à titre de réparation pour le préjudice matériel, faisant valoir en particulier le préjudice porté à son image professionnelle de chirurgien. Il demande en outre 2 milliards ITL à titre de réparation du préjudice moral.

76. Le Gouvernement ne se prononce pas sur la question.

77. La Cour note qu'elle ne dispose d'aucun élément lui permettant de constater l'existence d'un dommage matériel. Quant au préjudice moral, elle estime que le constat de violation de l'article 6 § 1 de la Convention constitue une réparation suffisante. A cet égard, elle tient compte

notamment de ce que le requérant a contribué d'une manière significative à alimenter dans la presse la polémique le concernant.

B. Frais et dépens

78. Le requérant sollicite avant tout le remboursement des frais encourus dans la procédure devant les juridictions internes, se montant à 3 105 000 ITL (le requérant a produit des notes d'honoraires afférentes à la procédure de garde de l'enfant et a détaillé les sommes versées pour les expertises privées).

79. La Cour note que les éléments fournis par le requérant se rapportent uniquement aux frais exposés en relation avec la procédure de placement de sa fille – le requérant n'a pas demandé le remboursement des frais éventuellement assumés pour prévenir ou faire corriger la violation de l'article 6 § 1 de la Convention – et considère, au vu de ses conclusions sur l'article 8 de la Convention, qu'il n'y a pas lieu d'allouer à l'intéressé de remboursement à ce titre.

80. Quant aux frais encourus devant les organes de la Convention, la Cour, statuant en équité comme le veut l'article 41 de la Convention et compte tenu du fait que le requérant a agi en personne, alloue à celui-ci la somme de 1 000 000 ITL pour frais et dépens.

C. Intérêts moratoires

81. Selon les informations dont dispose la Cour, le taux d'intérêt légal applicable en Italie à la date d'adoption du présent arrêt est de 2,5 % l'an.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention ;
2. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention ;
3. *Dit*, par six voix contre une, que le présent arrêt constitue par lui-même une satisfaction équitable suffisante au titre du préjudice moral allégué ;
4. *Dit*, à l'unanimité, que l'Etat défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois, 1 000 000 (un million) liras italiennes pour frais et dépens, montant à majorer d'un intérêt simple de 2,5 % l'an à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement ;

5. *Rejette*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 16 septembre 1999, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Erik FRIBERGH
Greffier

Marc FISCHBACH
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion en partie dissidente de M. Bonello.

M.F.
E.F.

OPINION EN PARTIE DISSIDENTE
DE M. LE JUGE BONELLO

(Traduction)

Je ne partage pas l'avis de la majorité lorsqu'elle conclut que le constat de violation de l'article 6 § 1 de la Convention constitue en soi une satisfaction équitable suffisante pour le dommage moral allégué par le requérant. J'estime que pareil « non-redressement » est inadéquat quelle que soit la cour de justice concernée et se trouve en outre en contradiction avec les termes de la Convention, comme je l'explique en détail dans mon opinion en partie dissidente jointe à l'affaire *Aquilina c. Malte* [GC], n° 25642/94, CEDH 1999-III.

SMITH AND GRADY v. THE UNITED KINGDOM¹
(Applications nos. 33985/96 and 33986/96)

THIRD SECTION

JUDGMENT OF 27 SEPTEMBER 1999

1. A similar judgment was delivered by the Court on the same day in *Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom*, nos. 31417/96 and 32377/96. Copies are obtainable from the Registry.

SUMMARY¹

Discharge of homosexuals from the armed forces following intrusive investigations
Effectiveness of judicial review as a remedy in respect of complaint concerning privacy

Article 3

Degrading treatment – Intrusive investigations into private lives of homosexuals in the armed forces – Minimum level of severity

Article 8

Private life – Blanket ban on homosexuals in the armed forces – Discharge of homosexuals from the armed forces – Intrusive investigations into private lives of homosexuals – Interference – Severity of interference – National security – Prevention of disorder – Necessary in a democratic society – Proportionality – Requirement of convincing and weighty reasons justifying interference

Article 13

Effective remedy – Judicial review – Test of irrationality applied by domestic courts precluding examination of necessity and proportionality

*
* * *

The applicants were respectively a senior aircraft woman and a sergeant in the Royal Air Force. At the relevant time, the armed forces operated a blanket ban on homosexuals. The first applicant admitted to being homosexual during a pre-disciplinary interview following her absence without leave. She and her partner were then interviewed by the service police, who prepared a report recommending the applicant's administrative discharge. The second applicant was also suspected of being homosexual. The service police interviewed his wife and several acquaintances before also interviewing the applicant who, after initially denying that he was homosexual, admitted that he was. He was then questioned further. The interviews with both applicants involved questions about the nature of their respective homosexual relationships. Both applicants were duly discharged from the armed forces. Their applications for judicial review were dismissed on the ground that, although the applicants had exemplary service records and there was no suggestion that their sexual orientation had in any way affected their ability to carry out their work, it could not be said that the decision to discharge

1. This summary by the Registry does not bind the Court.

them was irrational, this being the test to be applied. Their appeal was dismissed by the Court of Appeal and leave to appeal to the House of Lords was refused.

Held

(1) Article 8: As to whether there had been an interference with the right to respect for private life, the Government had not claimed that the applicants had waived their rights under Article 8 when joining the armed forces and the applicants had not been dismissed for failing to disclose their homosexuality at that time. Moreover, there was evidence that the first applicant had only become aware of her homosexuality after being recruited. The investigations, which had included detailed interviews with the applicants and others concerning their sexual orientation and practices, together with the preparation of a report, constituted a direct interference, as did their subsequent discharge on the sole ground of their sexual orientation. These interferences were in accordance with the law and the policy of excluding homosexuals from the armed forces could be said to pursue the legitimate aims of the interests of national security and the prevention of disorder. While there was doubt as to whether the investigations continued to serve any such aim once the applicants had admitted their homosexuality, it was unnecessary to decide this question.

As to the necessity of the interferences, the sole reason for the investigations and discharges was the applicants' sexual orientation. Since this concerned a most intimate aspect of an individual's private life, particularly serious reasons were required by way of justification. The interferences were especially grave due to, firstly the exceptionally intrusive character of the investigation process, involving detailed questions about sexual practices and preferences, secondly the profound effect which discharge had had on the applicants' career prospects, including the difficulty in finding equivalent positions in civilian life, and thirdly the absolute and general character of the policy, which allowed discharge on the grounds of innate personal characteristics rather than conduct. Even if the surveys conducted by the armed forces were representative of the views of personnel – which was open to some doubt – the problems identified as a threat to the operational effectiveness of the armed forces were founded solely on the negative attitudes of heterosexual personnel towards a homosexual minority. To the extent that such attitudes represented a predisposed bias, they could not in themselves amount to sufficient justification for the interferences. There was a lack of concrete evidence of the damage to morale and fighting power which a change in the policy would allegedly entail. It could reasonably be assumed that some difficulties might be anticipated, but steps had already been taken to deal with, for example, racial discrimination, and negative attitudes were not sufficient to justify the rejection of a proposed alternative policy; it had not been established that codes of conduct and disciplinary rules would prove ineffective to deal adequately with the potential problems. Furthermore, widespread and consistently developing views and associated legal changes in the Contracting States – in only a few of which there existed such a blanket ban – could not be overlooked. In conclusion, the Government had not offered convincing and weighty reasons to justify the policy or the consequent discharge of the applicants. With regard to the continuation of the investigations after the applicants' admissions, separate examination was required. It was clear

that the applicants had wished to remain in the air force and the risk of false claims being made could not provide justification; moreover, neither the risk of blackmail nor any clinical risks provided justification. Consequently, no convincing and weighty reasons had been given by the Government.

Conclusion: violation (unanimously).

(2) Article 14 taken in conjunction with Article 8: This complaint amounted in effect to the same complaint, albeit seen from a different angle, as that considered under Article 8.

Conclusion: no separate issue (unanimously).

(3) Article 3 taken alone and in conjunction with Article 14: Whilst it could not be excluded that treatment grounded on a predisposed bias against homosexuals of the nature described by the applicants could in principle fall within the scope of Article 3, and the policy, investigations and discharges had undoubtedly been distressing and humiliating for the applicants, the treatment did not reach the minimum level of severity required by that provision.

Conclusion: no violation (unanimously).

(4) Article 10 taken alone and in conjunction with Article 14: It could not be ruled out that the silence imposed on the applicants as regards their sexual orientation could constitute an interference with their freedom of expression. However, the subject matter of the policy and the sole ground for the investigations and discharges was an essentially private manifestation of human personality. The freedom of expression element was subsidiary and it was unnecessary to examine these complaints.

Conclusion: not necessary to examine (unanimously).

(5) Article 13: Since the Convention did not form part of English law, the questions as to whether the application of the policy violated the applicants' rights under Article 8 – and in particular whether the policy had been shown to respond to a pressing social need or to be proportionate – could not be properly answered by the domestic courts, before which the sole issue was whether the decisions were irrational. The threshold in that respect was so high that any consideration of the necessity and proportionality was effectively precluded. Consequently, the applicants did not have an effective remedy available.

Conclusion: violation (unanimously).

Article 41: The Court considered that the question of the application of Article 41 was not ready for decision and reserved the said question.

Case-law cited by the Court

Engel and Others v. the Netherlands, judgment of 8 June 1976, Series A no. 22

Ireland v. the United Kingdom, judgment of 18 January 1978, Series A no. 25

Tyrer v. the United Kingdom, judgment of 25 April 1978, Series A no. 26

Dudgeon v. the United Kingdom, judgment of 22 October 1981, Series A no. 45

Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom, judgment of 28 May 1985, Series A no. 94

Norris v. Ireland, judgment of 26 October 1988, Series A no. 142

Vilvarajah and Others v. the United Kingdom, judgment of 30 October 1991, Series A no. 215

Kokkinakis v. Greece, judgment of 25 May 1993, Series A no. 260-A

Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v. Austria, judgment of 19 December 1994, Series A no. 302

Vogt v. Germany, judgment of 26 September 1995, Series A no. 323

Kalaç v. Turkey, judgment of 1 July 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-IV

Grigoriades v. Greece, judgment of 25 November 1997, *Reports* 1997-VII

Larissis and Others v. Greece, judgment of 24 February 1998, *Reports* 1998-I

In the case of Smith and Grady v. the United Kingdom,

The European Court of Human Rights (Third Section), sitting as a Chamber composed of:

Mr J.-P. COSTA, *President*,

Sir Nicolas BRATZA,

Mr L. LOUCAIDES,

Mr P. KÚRIS,

Mr W. FUHRMANN,

Mrs H.S. GREVE,

Mr K. TRAJA, *judges*,

and Mrs S. DOLLÉ, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 18 May and 24 August 1999,

Delivers the following judgment, which was adopted on the last-mentioned date:

PROCEDURE

1. The case originated in two applications against the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland lodged by the applicants with the European Commission of Human Rights (“the Commission”) under former Article 25 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”).

The first applicant, Ms Jeanette Smith, is a British national born in 1966 and resident in Edinburgh. Her application was introduced on 9 September 1996 and was registered on 27 November 1996 under file no. 33985/96. The second applicant, Mr Graeme Grady, is a British national born in 1963 and resident in London. His application was introduced on 6 September 1996 and was also registered on 27 November 1996 under file no. 33986/96. Both applicants were represented before the Commission and, subsequently, before the Court by Mr P. Leech, a legal director of Liberty which is a civil liberties group based in London.

2. The applicants complained that the investigations into their homosexuality and their discharge from the Royal Air Force on the sole ground that they are homosexual constituted violations of Article 8 of the Convention taken alone and in conjunction with Article 14. They also invoked Articles 3 and 10 of the Convention taken alone and in conjunction with Article 14 in relation to the policy of the Ministry of Defence against homosexuals in the armed forces and the consequent investigations and discharges. They further complained under Article 13 that they did not have an effective domestic remedy for these violations.

3. On 20 May 1997 the Commission (Plenary) decided to give notice of the applications to the United Kingdom Government (“the Government”) and invited them to submit observations on the admissibility and merits of

the applications. In addition, the applications were joined to two similar applications (nos. 31417/96 and 32377/96, *Lustig-Prean v. the United Kingdom* and *Beckett v. the United Kingdom*).

The Government, represented by Mr M. Eaton and, subsequently, by Mr C. Whomersley, both Agents, Foreign and Commonwealth Office, submitted their observations on 17 October 1997.

4. On 17 January 1998 the Commission decided to adjourn the applications pending the outcome of a reference to the European Court of Justice ("ECJ") pursuant to Article 177 of the Treaty of Rome by the English High Court on the question of the applicability of the Council Directive on the Implementation of the Principle of Equal Treatment for Men and Women as regards Access to Employment, Vocational Training and Promotion and Working Conditions 76/207/EEC ("the Equal Treatment Directive") to a difference of treatment based on sexual orientation.

5. On 17 April 1998 the applicants submitted their observations in response to those of the Government.

6. On 13 July 1998 the High Court delivered its judgment withdrawing its reference of the above question given the decision of the ECJ in the case of *R. v. Secretary of State for Defence, ex parte Perkins* (13 July 1998).

7. Following the entry into force of Protocol No. 11 to the Convention on 1 November 1998 and in accordance with the provisions of Article 5 § 2 thereof, the applications were examined by the Court.

In accordance with Rule 52 § 1 of the Rules of Court¹, the President of the Court, Mr L. Wildhaber, assigned the case to the Third Section. The Chamber constituted within that Section included *ex officio* Sir Nicolas Bratza, the judge elected in respect of the United Kingdom (Article 27 § 2 of the Convention and Rule 26 § 1 (a)), and Mr J.-P. Costa, Acting President of the Section and President of the Chamber (Rules 12 and 26 § 1 (a)). The other members designated by the latter to complete the Chamber were Mr L. Loucaides, Mr P. Küris, Mr W. Fuhrmann, Mrs H.S. Greve and Mr K. Traja (Rule 26 § 1 (b)).

8. On 23 February 1998 the Chamber declared the applications admissible² and, while it retained the joinder of the present applications, it decided to disjoin them from the *Lustig-Prean* and *Beckett* cases. The Chamber also decided to hold a hearing on the merits of the case.

9. On 29 April 1999 the President of the Chamber decided to grant Ms Smith legal aid.

10. The hearing in this case and in the case of *Lustig-Prean* and *Beckett v. the United Kingdom*, took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 18 May 1999.

Notes by the Registry

1. The Rules of Court came into force on 1 November 1998.

2. The Court's decision is obtainable from the Registry.

There appeared before the Court:

- (a) *for the Government*
 Mr C. WHOMERSLEY, Foreign and Commonwealth Office, *Agent,*
 Mr J. EADIE, *Counsel,*
 Mr J. BETTELEY,
 Ms J. PFIEFFER, *Advisers;*
- (b) *for the applicants*
 Mr B. EMMERSON,
 Ms J. SIMOR, *Counsel,*
 Mr P. LEECH,
 Ms D. LUPING, *Solicitors,*
 Mr A. CLAPHAM, *Adviser.*

The Court heard addresses by Mr Emmerson and Mr Eadie.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

A. The first applicant

11. On 8 April 1989 Ms Jeanette Smith (the first applicant) joined the Royal Air Force to serve a nine-year engagement (which could be extended) as an enrolled nurse. She subsequently obtained the rank of senior aircraft woman. From 1991 to 1993 she was recommended for promotion. A promotion was dependent on her becoming a staff nurse and in 1992 she was accepted for the relevant conversion course. Her final exams were to take place in September 1994.

12. On 12 June 1994 the applicant found a message on her answering machine from an unidentified female caller. The caller stated that she had informed the air force authorities of the applicant's homosexuality. On 13 June 1994 the applicant did not report, as required, for duty. On that day a woman telephoned the air force Provost and Security Service ("the service police") stating, *inter alia*, that the applicant was homosexual and was sexually harassing the caller.

13. On 15 June 1994 the applicant reported for duty. She was called to a pre-disciplinary interview because of her absence without leave. In explaining why she did not report for duty, she referred to the anonymous telephone message and admitted that she was homosexual. She also confirmed that she had a previous and current homosexual relationship. Both relationships were with civilians and the current relationship had begun

eighteen months previously. The assistance of the service police was requested, a unit investigation report was opened and an investigator from the service police was appointed.

14. The applicant was interviewed on the same day by that investigator and another officer (female) from the service police. The interview lasted approximately thirty-five minutes. She was cautioned that she did not have to say anything but that anything she did say could be given in evidence. The applicant later confirmed that her solicitor had advised her not to say anything but she agreed that she would answer simple questions but not the “nitty gritty”. She was told that she might be asked questions which could embarrass her and that if she felt embarrassed she should say so. It was also explained that the purpose of the questions was to verify that her admission was not an attempt to obtain an early discharge from the service.

The applicant confirmed that, while she had had “thoughts” about her sexual orientation for about six years, she had her first lesbian relationship during her first year in the air force. She was asked how she came to realise that she was lesbian, the names of her previous partners (she refused to give this information) and whether her previous partners were in the service (this question was put a number of times). She was questioned about how she had met her current partner and the extent of her relationship with that partner but she would not respond at first, at which stage her interviewer queried how else he was to substantiate her homosexuality. The applicant then confirmed that she and her partner had a full sexual relationship.

She was also asked whether she and her partner had a sexual relationship with their foster daughter (16 years old). The applicant indicated that she knew the consequences of her homosexuality being discovered and, while she considered herself just as capable of doing the job as another, she had come to terms with what was going to happen to her. The interviewers also wanted to know whether she had taken legal advice, who was her solicitor, what advice he had already given her and what action she proposed to take after the interview. She was also asked whether she had thought about HIV, whether she was being “careful”, what she did in her spare time and whether she was into “girlie games” like hockey and netball. The applicant agreed that her partner, who was waiting outside during the interview, could be interviewed for “corroboration” purposes.

15. The report prepared by the interviewers dated 15 June 1994 described the subsequent interview of the applicant’s partner. The latter confirmed that she and the applicant had been involved in a full sexual relationship for about eighteen months but she declined to elaborate further.

16. The investigation report was sent to the applicant’s commanding officer who, on 10 August 1994, recommended the applicant’s admin-

istrative discharge. On 16 November 1994 the applicant received a certificate of discharge from the armed forces. An internal air force document dated 17 October 1996 described the applicant's overall general assessment for trade proficiency and personal qualities as very good and her overall conduct assessments as exemplary.

B. The second applicant

17. On 12 August 1980 Mr Graeme Grady (the second applicant) joined the Royal Air Force at the rank of aircraftman serving as a trainee administrative clerk. By 1991 he had achieved the rank of sergeant and worked as a personnel administrator, at which stage he was posted to Washington at the British Defence Intelligence Liaison Service (North America) – “BDILS(NA)”. He served as chief clerk and led the BDILS(NA) support staff team. In May 1993 the applicant, who was married with two children, told his wife that he was homosexual.

18. The applicant's general assessment covering the period June 1992 to June 1993 gave him 8 out of a maximum of 9 marks for trade proficiency, supervisory ability and personal qualities. His ability to work well with all rank levels, with Canadian and Australian peers and with his senior officer contacts was noted, his commanding officer concluding that the applicant was highly recommended for promotion (a special recommendation being noted as well within his reach) and that he was particularly suited for “PS [personal assistant]/SDL [special duties list]/Diplomatic duties”.

19. Following disclosures to the wife of the head of the BDILS(NA) by their nanny, the head of the BDILS(NA) reported that it was suspected that the applicant was homosexual. A unit investigation report was opened and a service police officer nominated as investigator.

20. On 12 May 1994 the applicant's security clearance was replaced with a lower security clearance. On 17 May 1994 he was relieved of his duties by the head of the BDILS(NA) and was informed that he was being returned to the United Kingdom pending investigation of a problem with his security clearance. On the same day the applicant was brought to his home to pack his belongings and was required to leave Washington for the United Kingdom. He was then required to remain at the relevant air force base in the United Kingdom.

21. On 19 May 1994 the head of the BDILS(NA) advised two service police investigators, who had by then arrived in Washington, that his own wife, their nanny, the applicant's wife and another (female) employee of the BDILS(NA), together with the latter's husband, should be interviewed.

22. The nanny detailed in a statement how, through her own involvement in the homosexual community, she had come to suspect that the

applicant was homosexual. The wife of the head of the BDILS(NA) revealed in interview confidences made to her by the applicant's wife about the applicant's marriage difficulties and sex life and informed investigators about a cycling holiday taken by the applicant with a male colleague. It was decided by the investigators that her statement would serve no useful purpose. The applicant's colleague and the latter's husband also spoke of the applicant's marriage difficulties, the sleeping arrangements of the applicant and his wife and the applicant's cycling holiday with a male colleague. These persons were also asked about the possibility of the applicant having had an extra-marital relationship and of being involved in the homosexual community. The investigators later reported that these friends were clearly loyal to the applicant and not to be believed.

23. The applicant's wife was then interviewed. The case progress report dated 22 May 1994 describes the interview in detail. It was explained to the applicant's wife that the interview related to the applicant's security clearance and that her husband had been transferred to the United Kingdom at short notice in accordance with standard procedure. She agreed to talk to the investigators and, further to questioning, outlined in some detail their financial position, the course of and the current state of their marriage, their sexual habits and the applicant's relationship with his two children. She confirmed that her husband's sexual tendencies were normal and indicated that her husband had gone on his own on the cycling holiday in question.

24. On 23 May 1994 the applicant's lower security clearance was suspended.

25. On 25 May 1994 the applicant was required to attend an interview with the same two investigators who had returned from the United States. It began at 2.35 p.m. and was conducted under caution with an observer (also from the air force) present at the applicant's request. The applicant was informed that an allegation had been made regarding his sexual orientation (the terms "queen" and "out and out bender" were used) and it was made clear that the investigators had been to Washington and had spoken to a number of people, one or two of whom thought he was gay.

The applicant denied he was homosexual. He was asked numerous questions about his work, his relationship with the head of the BDILS(NA), his cycling holiday and about his female colleague. He was told that his wife had been interviewed in detail and he was informed from time to time by the interviewers if his answers matched those of his wife. He was asked to tell the interviewers about the break-up of his marriage, whether he had extra-marital affairs, about his and his wife's sex life including their having protected sex and about their financial situation. He was also questioned on the cycling holiday, about a male colleague and the latter's sexual orientation. They asked the applicant who he was call-

ing since he had returned to the United Kingdom and how he was telephoning. He was told that he would be asked to supply his electronic diary which contained names, addresses and telephone numbers and was told that the entries would be verified for homosexual contacts. They informed the applicant that they had a warrant if he did not agree to a search of his accommodation. The applicant agreed to the search. The applicant also requested time to think and to take legal advice. The interview was adjourned at 3.14 p.m.

26. The applicant then took advice from a solicitor and his accommodation was searched. The interview recommenced at 7.44 p.m. with the applicant's solicitor and an observer present. Despite being pressed with numerous questions, the applicant answered "no comment" to most of the questions posed. Given the applicant's responses, his lawyer was asked what advice had been given to the applicant. The applicant's digital diary was taken from him. He was asked whether he realised the security implications of the investigation and that his career was on the line if the allegations against him were proved. One of the investigators then asked him:

"... if you wish to change your mind and want to speak to me, while I'm still here, before I go back to Washington; because I'm going back to Washington. Because I'm going to see the Colonel tomorrow, that is the one in London, who is then going to see the General and we're going to get permission to speak to the Americans ... and I shall stay out there, Graeme, until I have spoken to all Americans that you know. Expense is not a problem. Time is not a problem ..."

The detailed evidence given by his wife to the investigators was put to the applicant, including information about his relationship with his son, his daughter and his mother-in-law, about matters relating to the family home of which the applicant was not aware and about his having protected sex with his wife. The interviewer returned again to the subject of the applicant having previously grown cold towards his wife but now declaring his love for her. The applicant continued to respond "no comment". It was explained to the applicant's solicitor that the service attitude in relation to investigations involving acts of alleged homosexuality did not warrant the provision of legal advice and that the applicant's solicitor was only delaying matters. The investigators also mentioned that it was a security matter which they would not detail further since his solicitor did not have security clearance, but that the applicant should not be surprised if some counter-intelligence people came to talk to him and that there would be no legal advice for that.

The applicant requested time to speak to his lawyer and the interview was interrupted at 8.10 p.m. The applicant then spoke to his lawyer and asked to think about matters overnight.

27. The interview recommenced at 3.27 p.m. on 26 May 1994 with the same investigators and an observer, but the applicant did not require a

solicitor. The applicant admitted his homosexuality almost immediately and confirmed that the reason he denied it at first was that he was not clear about the position as regards the retention of certain accumulated benefits on discharge and he was concerned about his family's financial position in that eventuality. However, he had since discovered that his discharge would be administrative and that he would get his terminal benefits, so he could be honest.

The applicant was questioned further about a person called "Randy", whether his wife knew he was homosexual, whether a male colleague was homosexual and when he had "come out". He was asked whether he was a practising homosexual, but he declined to give the name of his current partner, at which stage it was explained to him that the service had to verify his admission of homosexuality to avoid fraudulent attempts at early discharge. He was then questioned about his first homosexual relationship (he confirmed that it began in October 1993), his homosexual partners (past and present), who they were, where they worked, how old they were, how the applicant met them and about the nature of his relationship with them, including the type of sex they had.

During this interview, the personal items taken from the applicant were produced and the applicant was questioned about, *inter alia*, the contents of his digital diary, a photograph, a torn envelope and a letter from the applicant to his current partner. He was questioned further about when he first realised he was homosexual, who knew about his sexual orientation, his relationship with his wife (including their sexual relationship), what his wife thought about his homosexuality, his HIV status and again about the nature of his sexual relationships with his homosexual partners. The interview terminated at 4.10 p.m.

28. The investigators prepared a report on 13 June 1994. In his certificate of qualifications and reference on discharge dated 12 October 1994, the applicant was described as a loyal serviceman and a conscientious and hard worker who could be relied upon to achieve the highest standards. It was also noted that he had displayed sound personal qualities and integrity throughout his service and had enjoyed the respect of his superiors, peers and subordinates alike. The applicant was administratively discharged with effect from 12 December 1994.

C. The applicants' judicial review proceedings (*R. v. Ministry of Defence, ex parte Smith and Others* 2 Weekly Law Reports 305)

29. Along with Mr Lustig-Prean and Mr Beckett (see paragraph 3 above), the applicants obtained leave to apply for judicial review of the decisions to discharge them from the armed forces. The applicants argued that the policy of the Ministry of Defence against homosexuals in the

armed forces was “irrational”, that it was in breach of the Convention and that it was contrary to the Equal Treatment Directive. The Ministry of Defence maintained that the policy was necessary mainly to maintain morale and unit effectiveness, in view of the *loco parentis* role of the services as regards minor recruits and in light of the requirement of communal living in the armed forces.

30. On 7 June 1995 the High Court dismissed the application for judicial review, Lord Justice Simon Brown giving the main judgment of the court. He noted that the cases illustrated the hardships resulting from the absolute policy against homosexuals in the armed forces and that all four of the applicants had exemplary service records, some with reports written in glowing terms. Moreover, he found that in none of the cases before him was it suggested that the applicants’ sexual orientation had in any way affected their ability to carry out their work or had any ill-effect on discipline. There was no reason to doubt that, but for their discharge on the sole ground of sexual orientation, they would have continued to perform their service duties entirely efficiently and with the continued support of their colleagues. All were devastated by their discharge.

Simon Brown LJ reviewed the background to the “age-old” policy, the relevance of the Parliamentary Select Committee’s report of 1991, the position in other armed forces around the world, the arguments of the Ministry of Defence (noting that the security argument was no longer of substantial concern to the government) together with the applicants’ arguments against the policy. He considered that the balance of argument clearly lay with the applicants, describing the applicants’ submissions in favour of a conduct-based code as “powerful”. In his view, the tide of history was against the Ministry of Defence. He further observed that it was improbable, whatever the High Court would say, that the policy could survive for much longer and added, “I doubt whether most of those present in court throughout the proceedings now believe otherwise.”

31. However, having considered arguments as to the test to be applied in the context of these judicial review proceedings, Simon Brown LJ concluded that the conventional *Wednesbury* principles, adapted to a human rights context, should be applied.

Accordingly, where fundamental human rights were being restricted, the Minister of Defence needed to show that there was an important competing interest to justify the restriction. The primary decision was for him and the secondary judgment of the court amounted to asking whether a reasonable Minister, on the material before him, could have reasonably made that primary judgment. He later clarified that it was only if the purported justification “outrageously defies logic or accepted moral standards” that the court could strike down the Minister’s decision. He noted that within the limited scope of that review, the court had to be scrupulous to ensure that no recognised ground of challenge was in truth available to

an applicant before rejecting the application. When the most fundamental human rights are threatened, the court would not, for example, be inclined to overlook some minor flaw in the decision-making process, or to adopt a particularly benevolent view of the Minister's evidence, or to exercise its discretion to withhold relief. However, he emphasised that, even where the most fundamental human rights were being restricted, "the threshold of unreasonableness is not lowered".

It was clear that the Secretary of State had cited an important competing public interest. But the central question was whether it was reasonable for the Secretary of State to take the view that allowing homosexuals into the forces would imperil that interest. He pointed out that, although he might have considered the Minister wrong,

"... [the courts] owe a duty ... to remain within their constitutional bounds and not trespass beyond them. Only if it were plain beyond sensible argument that no conceivable damage could be done to the armed services as a fighting unit would it be appropriate for this court now to remove the issue entirely from the hands of both the military and of the government. If the Convention ... were part of our law and we were accordingly entitled to ask whether the policy answers a pressing social need and whether the restriction on human rights involved can be shown proportionate to the benefits then clearly the primary judgment ... would be for us and not others: the constitutional balance would shift. But that is not the position. In exercising merely a secondary judgment, this court is bound to act with some reticence. Our approach must reflect, not overlook, where responsibility ultimately lies for the defence of the realm and recognise too that Parliament is exercising a continuing supervision over this area of prerogative power."

Accordingly, while the Minister's suggested justification for the ban may have seemed "unconvincing", the Minister's stand could not properly be said to be unlawful. It followed that the applications had to be rejected "albeit with hesitation and regret". A brief analysis of the Convention's case-law led the judge to comment that he strongly suspected that, as far as the United Kingdom's obligations were concerned, the days of the policy were numbered.

32. Simon Brown LJ also found that the Equal Treatment Directive was not applicable to discrimination on grounds of sexual orientation and that the domestic courts could not rule on Convention matters. He also observed that the United States, Canada, Australia, New Zealand, Ireland, Israel, Germany, France, Norway, Sweden, Austria and the Netherlands permitted homosexuals to serve in their armed forces and that the evidence indicated that the only countries operating a blanket ban were Turkey and Luxembourg (and, possibly, Portugal and Greece).

33. In August 1995 a consultation paper was circulated by the Ministry of Defence to "management" levels in the armed forces relating to the Ministry of Defence's policy against homosexuals in those forces. The covering letter circulating this paper pointed out that the "Minister for

the Armed Forces has decided that evidence is to be gathered within the Ministry of Defence in support of the current policy on homosexuality". It was indicated that the case was likely to progress to the European courts and that the applicants in the judicial review proceedings had argued that the Ministry of Defence's position was "bereft of factual evidence" but that this was not surprising since evidence was difficult to amass given that homosexuals were not permitted to serve. Since "this should not be allowed to weaken the arguments for maintaining the policy", the addressees of the letter were invited to comment on the consultation paper and "to provide any additional evidence in support of the current policy by September 1995". The consultation paper attached referred, *inter alia*, to two incidents which were considered damaging to unit cohesion. The first involved a homosexual who had had a relationship with a sergeant's mess waiter and the other involved an Australian on secondment whose behaviour was described as "so disruptive" that his attachment was terminated.

34. On 3 November 1995 the Court of Appeal dismissed the applicants' appeal. The Master of the Rolls, Sir Thomas Bingham, delivered the main judgment (with which the two other judges of the Court of Appeal agreed).

35. As to the court's approach to the issue of "irrationality", he considered that the following submission was an accurate distillation of the relevant jurisprudence on the subject:

"the court may not interfere with the exercise of an administrative discretion on substantive grounds save where the court is satisfied that the decision is unreasonable in the sense that it is beyond the range of responses open to a reasonable decision-maker. But in judging whether the decision-maker has exceeded this margin of appreciation the human rights context is important. The more substantial the interference with human rights, the more the court will require by way of justification before it is satisfied that the decision is reasonable in the sense outlined above."

He went on to quote from, *inter alia*, the judgment of Lord Bridge in *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind* [1991] 1 Appeal Cases 696, where it was pointed out that:

"the primary judgment as to whether the particular competing public interest justifies the particular restriction imposed falls to be made by the Secretary of State to whom Parliament has entrusted the discretion. But we are entitled to exercise a secondary judgment by asking whether a reasonable Secretary of State, on the material before him, could reasonably make that primary judgment."

Moreover, he considered that the greater the policy content of the decision, and the more remote the subject matter of a decision from ordinary judicial experience, the more hesitant the court had to be in holding a decision to be irrational.

36. Prior to applying this test of irrationality, the Master of the Rolls noted that the case concerned innate qualities of a very personal kind, that the decisions of which the applicants complained had had a profound

effect on their careers and prospects and that the applicants' rights as human beings were very much in issue. While the domestic court was not the primary decision-maker and while it was not the role of the courts to regulate the conditions of service in the armed forces, "it has the constitutional role and duty of ensuring that the rights of citizens are not abused by the unlawful exercise of executive power. While the court must properly defer to the expertise of responsible decision-makers, it must not shrink from its fundamental duty to 'do right to all manner of people' ...".

37. He then reviewed, by reference to the test of irrationality outlined above, the submissions of the parties in favour of and against the policy, commenting that the applicants' arguments were "of very considerable cogency" which called to be considered in depth with particular reference to past experience in the United Kingdom, to the developing experience of other countries and to the potential effectiveness of a detailed prescriptive code in place of the present blanket ban. However, he concluded that the policy could not be considered "irrational" at the time the applicants were discharged from the armed forces, finding that the threshold of irrationality was "a high one" and that it had not been crossed in this case.

38. On the Convention, the Master of the Rolls noted as follows:

"It is, inevitably, common ground that the United Kingdom's obligation, binding in international law, to respect and ensure compliance with [Article 8 of the Convention] is not one that is enforceable by domestic courts. The relevance of the Convention in the present context is as background to the complaint of irrationality. The fact that a decision-maker failed to take account of Convention obligations when exercising an administrative discretion is not of itself a ground for impugning the exercise of that discretion."

He observed that to dismiss a person from his or her employment on the grounds of a private sexual preference, and to interrogate him or her about private sexual behaviour, would not appear to show respect for that person's private and family life and that there might be room for argument as to whether the policy answered a "pressing social need" and, in particular, was proportionate to the legitimate aim pursued. However, he held that these were not questions to which answers could be properly or usefully proffered by the Court of Appeal but rather were questions for the European Court of Human Rights, to which court the applicants might have to pursue their claim. He further accepted that the Equal Treatment Directive did not apply to complaints in relation to sexual orientation.

39. Henry LJ of the Court of Appeal agreed with the judgment of the Master of the Rolls and, in particular, with the latter's approach to the irrationality test and with his view on the inability of the court to resolve Convention issues. He questioned the utility of a debate as to the likely fate of the "longstanding" policy of the Ministry of Defence before the European Court of Human Rights with which the primary adjudicating role on the Convention lay. The Court of Appeal did not entertain "hypothetical ques-

tions". In Henry LJ's view, the only relevance of the Convention was as "background to the complaint of irrationality", which point had been already made by the Master of the Rolls. It was important to highlight this point since Parliament had not given the domestic courts primary jurisdiction over human rights issues contained in the Convention and because the evidence and submissions before the Court of Appeal related to that court's secondary jurisdiction and not to its primary jurisdiction.

40. Thorpe LJ of the Court of Appeal agreed with both preceding judgments and, in particular, with the views expressed on the rationality test to be applied and on its application in the particular case. The applicants' arguments that their rights under Article 8 had been breached were "persuasive" but the evidence and arguments that would ultimately determine that issue were not before the Court of Appeal. He also found that the applicants' challenge to the arguments in support of the policy was "completely persuasive" and added that what impressed him most in relation to the merits was the complete absence of illustration and substantiation by specific examples, not only in the Secretary of State's evidence filed in the High Court, but also in the case presented to the Parliamentary Select Committee in 1991. The policy was, in his view, "ripe for review and for consideration of its replacement by a strict conduct code". However, the applicants' attack on the Secretary of State's rationality fell "a long way short of success".

41. On 19 March 1996 the Appeals Committee of the House of Lords refused leave to appeal to the House of Lords.

D. The applicants' Industrial Tribunal proceedings

42. At or around the time the applicants lodged their applications for leave to take judicial review proceedings, they also instituted proceedings before the Industrial Tribunal alleging discrimination contrary to the Sexual Discrimination Act 1975. The latter proceedings were stayed pending the outcome of the judicial review proceedings.

43. By letter dated 25 November 1998 the applicants confirmed to the Court that they had requested the withdrawal of the Industrial Tribunal proceedings given the outcome of the judicial review proceedings and other intervening jurisprudence of the domestic courts and of the ECJ.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

A. Decriminalisation of homosexual acts

44. By virtue of section 1(1) of the Sexual Offences Act 1967, homosexual acts in private between two consenting adults (at the time meaning

21 years or over) ceased to be criminal offences. However, such acts continued to constitute offences under the Army and Air Force Acts 1955 and the Naval Discipline Act 1957 (Section 1(5) of the 1967 Act). Section 1(5) of the 1967 Act was repealed by the Criminal Justice and Public Order Act 1994 (which Act also reduced the age of consent to 18 years). However, section 146(4) of the 1994 Act provided that nothing in that section prevented a homosexual act (with or without other acts or circumstances) from constituting a ground for discharging a member of the armed forces.

B. *R. v. Secretary of State for Defence, ex parte Perkins*, judgments of 13 March 1997 and 13 July 1998, and related cases

45. On 30 April 1996 the ECJ decided that transsexuals were protected from discrimination on grounds of their transsexuality under European Community law (*P. v. S. and Cornwall County Council* [1996] Industrial Relations Law Reports 347).

46. On 13 March 1997 the High Court referred to the ECJ pursuant to Article 177 of the Treaty of Rome the question of the applicability of the Equal Treatment Directive to differences of treatment based on sexual orientation (*R. v. Secretary of State for Defence, ex parte Perkins*, 13 March 1997). Mr Perkins had been discharged from the Royal Navy on grounds of his homosexuality.

47. On 17 February 1998 the ECJ found that the Equal Pay Directive 75/117/EEC did not apply to discrimination on grounds of sexual orientation (*Grant v. South West Trains Ltd* [1998] Industrial Cases Reports 449).

48. Consequently, on 2 March 1998 the ECJ enquired of the High Court in the Perkins' case whether it wished to maintain the Article 177 reference. After a hearing between the parties, the High Court decided to withdraw the question from the ECJ (*R. v. Secretary of State for Defence, ex parte Perkins*, 13 July 1998). Leave to appeal was refused.

C. The Ministry of Defence policy on homosexual personnel in the armed forces

49. As a consequence of the changes made by the Criminal Justice and Public Order Act 1994, updated Armed Forces' Policy and Guidelines on Homosexuality ("the Guidelines") were distributed to the respective service directorates of personnel in December 1994. The Guidelines provided, *inter alia*, as follows:

"Homosexuality, whether male or female, is considered incompatible with service in the armed forces. This is not only because of the close physical conditions in which personnel often have to live and work, but also because homosexual behaviour can cause

offence, polarise relationships, induce ill-discipline and, as a consequence, damage morale and unit effectiveness. If individuals admit to being homosexual whilst serving and their Commanding Officer judges that this admission is well-founded they will be required to leave the services ...

The armed forces' policy on homosexuality is made clear to all those considering enlistment. If a potential recruit admits to being homosexual, he/she will not be enlisted. Even if a potential recruit admits to being homosexual but states that he/she does not at present nor in the future intend to engage in homosexual activity, he/she will not be enlisted ...

In dealing with cases of suspected homosexuality, a Commanding Officer must make a balanced judgment taking into account all the relevant factors. ... In most circumstances, however, the interests of the individual and the armed forces will be best served by formal investigation of the allegations or suspicion. Depending on the circumstances, the Commanding Officer will either conduct an internal inquiry, using his own staff, or he will seek assistance from the Service Police. When conducting an internal inquiry he will normally discuss the matter with his welfare support staff. Homosexuality is not a medical matter, but there may be circumstances in which the Commanding Officer should seek the advice of the Unit Medical Officer on the individual concerned and may then, if the individual agrees, refer him/her to the Unit Medical Officer ...

A written warning in respect of an individual's conduct or behaviour may be given in circumstances where there is some evidence of homosexuality but insufficient ... to apply for administrative discharge If the Commanding Officer is satisfied on a high standard of proof of an individual's homosexuality, administrative action to terminate service ... is to be initiated ..."

One of the purposes of the Guidelines was the reduction of the involvement of the service police whose investigatory methods, based on criminal procedures, had been strongly resented and widely publicised in the past (confirmed at paragraph 9 of the Homosexual Policy Assessment Team's report of February 1996 which is summarised at paragraphs 51-62 below. However, paragraph 100 of this report indicated that investigation into homosexuality is part of "normal service police duties".)

50. The affidavit of Air Chief Marshal Sir John Frederick Willis KCB, CBE, Vice Chief of the Defence Staff, Ministry of Defence dated 4 September 1996, which was submitted to the High Court in the case of *R. v. Secretary of State for Defence, ex parte Perkins* (13 July 1998), read, in so far as relevant, as follows:

"The policy of the Ministry of Defence is that the special nature of homosexual life precludes the acceptance of homosexuals and homosexuality in the armed forces. The primary concern of the armed forces is the maintenance of an operationally effective and efficient force and the consequent need for strict maintenance of discipline. [The Ministry of Defence] believes that the presence of homosexual personnel has the potential to undermine this.

The conditions of military life, both on operations and within the service environment, are very different from those experienced in civilian life. ... The [Ministry of Defence] believes that these conditions, and the need for absolute trust and confidence between personnel of all ranks, must dictate its policy towards homosexuality in the

armed forces. It is not a question of a moral judgement, nor is there any suggestion that homosexuals are any less courageous than heterosexual personnel; the policy derives from a practical assessment of the implications of homosexuality for fighting power.”

D. The report of the Homosexuality Policy Assessment Team – February 1996

1. General

51. Following the decision in the case of *R. v. Ministry of Defence, ex parte Smith and Others* 2 Weekly Law Reports 305, the Homosexuality Policy Assessment Team (“HPAT”) was established by the Ministry of Defence in order to undertake an internal assessment of the armed forces’ policy on homosexuality. The HPAT was composed of Ministry of Defence civil servants and representatives of the three services. The HPAT’s assessment was to form the basis of the Ministry’s evidence to the next Parliamentary Select Committee (as confirmed in the affidavit of Air Chief Marshal Sir John Frederick Willis referred to at paragraph 50 above). The HPAT was to consult the Ministry of Defence, the armed forces’ personnel of all ranks, service and civilian staff responsible for carrying out the policy together with members of the legal adviser’s staff. It was also to examine the policies of other nations (Annex D to the HPAT report).

The report of the HPAT was published in February 1996 and ran to approximately 240 pages, together with voluminous annexes. The starting-point of the assessment was an assumption that homosexual men and women were in themselves no less physically capable, brave, dependable and skilled than heterosexuals. It was considered that any problems to be identified would lie in the difficulties which integration of declared homosexuals would pose to the military system which was largely staffed by heterosexuals. The HPAT considered that the best predictors of the “reality and severity” of the problems of the integration of homosexuals would be the service personnel themselves (paragraph 30 of the report).

2. The methods of investigation used

52. There were eight main areas of investigation (paragraph 28 of the report):

(a) The HPAT consulted with policy-makers in the Ministry of Defence. The latter emphasised the uniqueness of the military environment and the distinctly British approach to service life and the HPAT found little disagreement with this general perspective from the service people it interviewed (paragraph 37);

(b) A signal was sent to all members of the services, including the reserve forces, requesting any written views on the issues. By 16 January 1996 the HPAT had received 639 letters. 587 of these letters were against any change in the policy, 58 of which were multiply signed. Only 11 of those letters were anonymous (paragraphs 46-48);

(c) The HPAT attitude survey consisted of a questionnaire administered to a total of 1,711 service personnel chosen as representative of the services. The questionnaires were administered in examination-type conditions and were to be completed anonymously. The results indicated that there was “overwhelming support across the services” for the policy excluding homosexuals from the armed forces. Service personnel viewed homosexuality as clearly more acceptable in civilian than in service life (paragraphs 49-59 and Annex G);

(d) During the HPAT’s visit to ten military bases in late 1995 in order to administer the above questionnaire, individual one-to-one interviews were conducted with personnel who had completed the attitude questionnaire. 180 interviewees randomly selected from certain ranks and occupational areas were selected from each of the ten units visited. Given the small number of interviewees, the responses were analysed qualitatively rather than quantitatively (Annex G);

(e) A number of single-service focus group discussions were held with randomly selected personnel from representative ranks and functions (Annex G refers to 36 such discussions whereas paragraph 61 of the report refers to 43). The purpose of the group discussions was to examine the breadth and depth of military views and to provide insights that would complement the survey results. The HPAT commented that the nature of the discussions showed little reticence in honestly and fully putting forward views; there was an “overwhelming view that homosexuality was not ‘normal’ or ‘natural’ whereas women and ethnic minorities were ‘normal’”. The vast majority of participants believed that the present ban on homosexuals should remain (paragraphs 61-69 and Annex G);

(f) One sub-team of the HPAT went to Australia, Germany and France and the other visited the United States, Canada and the Netherlands. The HPAT interviewed an eminent Israeli military psychologist since the Israeli military would not accept the HPAT visit (paragraphs 70-77 and Annex H). It is also apparent that the HPAT spoke to representatives of the police, the fire service and the merchant navy (paragraphs 78-82);

(g) Tri-service regional focus discussion groups were also held to examine the breadth and depth of the personnel’s views. The groups were drawn from the three services and from different units. Three such discussion groups were held and overall the results were the same as those from the single-service focus groups (paragraphs 83-84 and Annex G);

(h) Postal single-service attitude surveys were also completed by a randomly selected sample of personnel stratified by rank, age and gender.

The surveys were distributed to 3,000 (6%) of the Royal Navy and Royal Marines personnel, to 6,000 (5.4%) of the Army personnel and to 4,491 (6%) of the Royal Air Force personnel. On average over half of the surveys were returned (paragraphs 65-86 and Annex G).

3. The impact on fighting power

53. The HPAT report defined “fighting power” (often used interchangeably with combat effectiveness, operational efficiency or operational effectiveness) as the “ability to fight” which is in turn made up of three components. These are the “conceptual” and “physical” components together with the “moral component”, the latter being defined as “the ability to get people to fight including morale, comradeship, motivation, leadership and management”.

54. The focus throughout the assessment was upon the anticipated effects on fighting power and this was found to be the “key problem” in integrating homosexuals into the armed forces. It was considered well-established that the presence of known or strongly suspected homosexuals in the armed forces would produce certain behavioural and emotional responses and problems which would affect morale and, in turn, significantly and negatively affect the fighting power of the armed forces.

These anticipated problems included controlling homosexual behaviour and heterosexual animosity, assaults on homosexuals, bullying and harassment of homosexuals, ostracism and avoidance, “cliquishness” and pairing, leadership and decision-making problems including allegations of favouritism, discrimination and ineffectiveness (but excluding the question of homosexual officers taking tactical decisions swayed by sexual preference), sub-cultural friction, privacy/decency issues, increased dislike and suspicions (polarised relationships), and resentment over imposed change especially if controls on heterosexual expression also had to be tightened (see Section F.II of the report).

4. Other issues

55. The HPAT also assessed other matters it described as “subsidiary” (Section G and paragraph 177 of the report). It found that, while cost implications of changing the policy were not quantifiable, it was not considered that separate accommodation for homosexuals would be warranted or wise and, accordingly, major expenditures on accommodation were considered unlikely (paragraphs 95-97). Wasted training as regards discharged homosexuals was not considered to be a significant argument against maintaining the policy (paragraphs 98-99). Should the wider social and legal position change in relation to civilian homosexual couples, then entitlements for homosexual partners would have to be accepted (para-

graph 101). Large amounts of money or time were unlikely to be devoted to homosexual awareness training, given that it was unlikely to be effective in changing attitudes. It was remarked that, if required, tolerance training would probably be best addressed as “part of an integrated programme for equal opportunities training in the military” (paragraph 102). There were strong indications that recruitment and retention rates would go down if there was a change in policy (paragraphs 103-04).

56. Concerns expressed about the fulfilment of the forces’ *loco parentis* responsibilities for young recruits were found not to stand up to close examination (paragraph 111).

5. *Medical and security concerns*

57. Medical and security concerns were considered separately (Sections H and I, respectively, and paragraph 177 of the report). While it was noted that medical concerns of personnel (in relation to, *inter alia*, Aids) were disproportionate to the clinical risks involved, it was considered that these concerns would probably need to be met with education packages and compulsory Aids testing. Otherwise, real acceptance and integration of homosexuals would be seriously prejudiced by emotional reactions and resentments and by concerns about the threat of Aids. The security issues (including the possibility of blackmail of those suspected of being homosexual) raised in defence of the policy were found not to stand up to close examination.

6. *The experience in other countries and in civilian disciplined services*

58. The HPAT observed that there were a wide variety of official positions and legal arrangements evolving from local legal and political circumstances and ranging from a formal prohibition of all homosexual activity (the United States), to administrative arrangements falling short of real equality (France and Germany), to a deliberate policy to create an armed force friendly to homosexuals (the Netherlands). According to the HPAT, those countries which had no legal ban on homosexuals were more tolerant, had written constitutions and therefore a greater tradition of respect for human rights. The report continued:

“But nowhere did HPAT learn that there were significant numbers of open homosexuals serving in the Forces Whatever the degree of official toleration or encouragement, informal pressures or threats within the military social system appeared to prevent the vast majority of homosexuals from choosing to exercise their varying legal rights to open expression of their active sexual identity in a professional setting. ... It goes without saying that the continuing reticence of military homosexuals in these armed forces means that there has been little practical experience of protecting them against ostracism, harassment or physical attack.

Since this common pattern of a near absence of openly homosexual personnel occurs irrespective of the formal legal frameworks, it is reasonable to assume that it is the informal functioning of actual military systems which is largely incompatible with homosexual self-expression. This is entirely consistent with the pattern of British service personnel's attitudes confirmed by the HPAT."

59. In January 1996 there were over 35,000 British service personnel (25% approximately of the British armed forces) deployed overseas on operations, more than any other NATO country in Europe (paragraph 43).

The HPAT concluded, nevertheless, that the policy had not presented significant problems when working with the armed forces of allied nations. The HPAT remarked that British service personnel had shown a "robust indifference" to arrangements in foreign forces and no concern over what degree of acceptance closely integrated allies give to homosexuals. This is because the average service person considers that those others "are not British, have different standards, and are thus only to be expected to do things differently" and because personnel from different nations are accommodated apart. It was also due to the fact that homosexuals in foreign forces, where they were not formally banned, were not open about their sexual orientation. Consequently, the chances were small of the few open homosexuals happening to be in a situation where their sexual orientation would become a problem with British service personnel (paragraph 105).

60. Important differences were considered by the HPAT to exist between the armed forces and civilian disciplined services in the United Kingdom including the police, the fire brigade and the merchant navy which did not operate the same policy against homosexuals. It considered that:

"None of these occupations involves the same unremittingly demanding and long-term working environment as the Armed Forces, or requires the same emphasis on building rapidly interchangeable, but fiercely committed and self-supporting teams, capable of retaining their cohesion after months of stress, casualties and discomfort ..."
(paragraph 203)

7. Alternative options to the current policy

61. Alternative options were considered by the HPAT including a code of conduct applicable to all, a policy based on the individual qualities of homosexual personnel, lifting the ban and relying on service personnel reticence, the "don't ask, don't tell" solution offered by the USA and a "no open homosexuality" code. It concluded that no policy alternative could be identified which avoided risks for fighting power with the same certainty as the present policy and which, in consequence, would not be strongly opposed by the service population (paragraphs 153-75).

8. *The conclusions of the HPAT (paragraphs 176-91)*

62. The HPAT found that:

“the key problem remains and its intractability has indeed been re-confirmed. The evidence for an anticipated loss in fighting power has been set out in section F and forms the centrepiece of this assessment. The various steps in the argument and the overall conclusion have been shown not only by the Service authorities but by the great majority of Service personnel in all ranks.”

Current service attitudes were considered unlikely to change in the near future. While clearly hardship and invasion of privacy were involved, the risk to fighting power demonstrated why the policy was, nevertheless, justified. It considered that it was not possible to draw any meaningful comparison between the integration of homosexuals and of women and ethnic minorities into the armed forces since homosexuality raised problems of a type and intensity that gender and race did not.

The HPAT considered that, in the longer term, evolving social attitudes towards homosexuality might reduce the risks to fighting power inherent in change but that their assessment could “only deal with present attitudes and risks”. It went on:

“... certainly, if service people believed that they could work and live alongside homosexuals without loss of cohesion, far fewer of the anticipated problems would emerge. But the Ministry must deal with the world as it is. Service attitudes, in as far as they differ from those of the general population, emerge from the unique conditions of military life, and represent the current social and psychological realities. They indicate military risk from a policy change ...

... after collecting the most exhaustive evidence available, it is also evident that in the UK homosexuality remains in practice incompatible with service life if the armed services, in their present form, are to be maintained at their full potential fighting power. ... Furthermore, the justification for the present policy has been overwhelmingly endorsed by a demonstrated consensus of the profession best able to judge it. It must follow that a major change to the Ministry’s current Tri-service Guidelines on homosexuality should be contemplated only for clearly stated non-defence reasons, and with a full acknowledgement of the impact on Service effectiveness and service people’s feelings.”

E. The armed forces’ policy on sexual and racial harassment and bullying and on equal opportunities

63. The Defence Council’s “Code of Practice on Race Relations” issued in December 1993 declared the armed forces to be equal opportunity employers. It stated that no form of racial discrimination, harassment or abuse would be tolerated, that allegations would be investigated and, if proved, disciplinary action would be taken. It provided for a complaints procedure in relation to discrimination or harassment and it warned against the victimisation of service personnel who made use of their right of complaint and redress.

64. In January 1996 the army published an Equal Opportunities Directive dealing with racial and sexual harassment and bullying. The policy document contained, as a preamble, a statement of the Adjutant-General which reads as follows:

“The reality of conflict requires high levels of teamwork in which individual soldiers can rely absolutely on their comrades and their leaders. There can, therefore, be no place in the Army for harassment, bullying and discrimination which will affect morale and break down the trust and cohesion of the group.

It is the duty of every soldier to ensure that the Army is kept free of such behaviour which would affect cohesion and efficiency. Army policy is clear: all soldiers must be treated equally on the basis of their ability to perform their duty.

I look to each one of you to uphold this policy and to ensure that we retain our acknowledged reputation as a highly professional Army.”

The Directive provided definitions of racial and sexual harassment, indicated that the army wanted to prevent all forms of offensive and unfair behaviour in these respects and pointed out that it was the duty of each soldier not to behave in a way that could be offensive to others or to allow others to behave in that way. It also defined bullying and indicated that, although the army fosters an aggressive spirit in soldiers who will have to go to war, controlled aggression, self-sufficiency and strong leadership must not be confused with thoughtless and meaningless use of intimidation and violence which characterise bullying. Bullying undermines morale and creates fear and stress both in the individual and the group being bullied and in the organisation. The army was noted to be a close-knit community where team work, cohesion and trust are paramount. Thus, high standards of personal conduct and respect for others were demanded from all.

The Directive endorsed the use of military law by commanders. Supplementary leaflets promoting the Directive were issued to every individual soldier. In addition, specific equal opportunities posts were created in personnel centres and a substantial training programme in the Race Relations Act 1976 was initiated.

F. The reports of the Parliamentary Select Committee

65. Every five years an Armed Forces' Bill goes through Parliament and a Select Committee conducts a review in connection with that bill.

66. The report of the Select Committee dated 24 April 1991 noted, under the heading “Homosexuality”:

“That the present policy causes very real distress and the loss to the services of some men and women of undoubted competence and good character is beyond dispute. Society outside the armed forces is now much more tolerant of differences in sexual orientation than it was, and this may also possibly be true of the armed forces. Never-

theless, there is considerable force to the [Ministry of Defence's] argument that the presence of people known to be homosexual can cause tension in a group of people required to live and work sometimes under great stress and physically at very close quarters, and thus damage its cohesion and fighting effectiveness. It may be that this will change particularly with the integration of women into hitherto all-male units. We are not yet persuaded that the time has come to require the armed forces to accept homosexuals or homosexual activity."

67. The 1996 Select Committee report (produced after that committee's review of the Armed Forces Act 1996) referred to evidence taken from members of the Ministry of Defence and from homosexual support groups and to the HPAT report. Once again, the committee did not recommend any change in the government's policy. It noted that, since its last report, a total of 30 officers and 331 persons of other rank had been discharged or dismissed on grounds of homosexuality. The committee was satisfied that no reliable lessons could as yet be drawn from the experience of other countries. It acknowledged the strength of the human rights arguments put forward, but noted that there had to be a balance struck between individual rights and the needs of the whole. It was persuaded by the HPAT summary of the strength of opposition throughout the armed services to any relaxation of the policy. It accepted that the presence of openly homosexual servicemen and women would have a significant adverse impact on morale and, ultimately, on operational effectiveness. The matter was then debated in the House of Commons and members, by 188 votes to 120, rejected any change to the existing policy.

G. Information to persons recruited into the armed forces

68. Prior to September 1995, applicants to the armed forces were informed about the armed forces' policy as regards homosexuals in the armed forces by means of a leaflet entitled "Your Rights and Responsibilities". To avoid any misunderstanding and so that each recruit to each of the armed services received identical information, on 1 September 1995 the armed forces introduced a Service Statement to be read and signed before enlistment. Paragraph 8 of that statement is headed "Homosexuality" and states that homosexuality is not considered compatible with service life and "can lead to administrative discharge".

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

69. The applicants complained that the investigations into their homosexuality and their subsequent discharge from the Royal Air Force

on the sole ground that they were homosexual, in pursuance of the Ministry of Defence's absolute policy against homosexuals in the British armed forces, constituted a violation of their right to respect for their private lives protected by Article 8 of the Convention. That Article, in so far as is relevant, reads as follows:

“1. Everyone has the right to respect for his private ... life ...

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, ... for the prevention of disorder ...”

A. Whether there was an interference

70. The Government accepted, in their written observations, that there had been interferences with the applicants' right to respect for their private lives. However, noting that neither of the applicants denied knowledge during the relevant period of the policy against homosexuals in the armed forces, the Government made no admissions as to the dates from which the applicants also appreciated that they were homosexual. During the hearing before the Court the Government, referring in particular to Ms Smith, clarified that, if the applicants were aware of the policy and of their homosexuality on recruitment, then their discharge would not have amounted to an interference with their rights guaranteed by Article 8 of the Convention.

The applicants argued that they were not complaining about being refused entry to the armed forces and that they had not been dismissed for lying during recruitment. In any event, the protection afforded by Article 8 could not depend on the degree of knowledge of the applicants of their sexual orientation when they were young men or women.

71. The Court notes that the Government have not claimed that the applicants waived their rights under Article 8 of the Convention when they initially joined the armed forces. It also notes that the applicants were not dismissed for failure to disclose their homosexuality on recruitment. Further, it finds from the evidence that Ms Smith only came to realise that she was homosexual after recruitment.

In these circumstances, the Court is of the view that the investigations by the military police into the applicants' homosexuality, which included detailed interviews with each of them and with third parties on matters relating to their sexual orientation and practices, together with the preparation of a final report for the armed forces' authorities on the investigations, constituted a direct interference with the applicants' right to respect for their private lives. Their consequent administrative discharge on the sole ground of their sexual orientation also constituted an interference with that right (see the *Dudgeon v. the United Kingdom* judg-

ment of 22 October 1981, Series A no. 45, pp. 18-19, § 41, and, *mutatis mutandis*, the Vogt v. Germany judgment of 26 September 1995, Series A no. 323, p. 23, § 44).

B. Whether the interferences were justified

72. Such interferences can only be considered justified if the conditions of the second paragraph of Article 8 are satisfied. Accordingly, the interferences must be “in accordance with the law”, have an aim which is legitimate under this paragraph and must be “necessary in a democratic society” for the aforesaid aim (see the Norris v. Ireland judgment of 26 October 1988, Series A no. 142, p. 18, § 39).

1. “In accordance with the law”

73. The parties did not dispute that there had been compliance with this element of Article 8 § 2 of the Convention. The Court notes that the Ministry of Defence policy excluding homosexuals from the armed forces was confirmed by the Court of Appeal in the present case to be lawful, in terms of both domestic and applicable European Community law. The policy was given statutory recognition and approval by the Sexual Offences Act 1967 and, more recently, by the Criminal Justice and Public Order Act 1994. The Court, accordingly, finds this requirement to be satisfied.

2. Legitimate aim

74. The Court observes that the essential justification offered by the Government for the policy and for the consequent investigations and discharges is the maintenance of the morale of service personnel and, consequently, of the fighting power and the operational effectiveness of the armed forces (see paragraph 95 below). The Court finds no reason to doubt that the policy was designed with a view to ensuring the operational effectiveness of the armed forces or that investigations were, in principle, intended to establish whether the person concerned was a homosexual to whom the policy was applicable. To this extent, therefore, the Court considers that the resulting interferences can be said to have pursued the legitimate aims of “the interests of national security” and “the prevention of disorder”.

The Court has more doubt as to whether the investigations continued to serve any such legitimate aim once the applicants had admitted their homosexuality. However, given the Court’s conclusion at paragraph 111 below, it does not find it necessary to decide whether this element of the

investigations pursued a legitimate aim within the meaning of Article 8 § 2 of the Convention.

3. “*Necessary in a democratic society*”

75. It remains to be determined whether the interferences in the present cases can be considered “necessary in a democratic society” for the aforesaid aims.

(a) **The Government’s submissions**

76. The Government accepted from the outset that neither the applicants’ service records nor their conduct gave any grounds for complaint and that there was no evidence that, prior to the discovery of their sexual orientation, such orientation adversely affected the performance by them or by their colleagues of their duties. Nor was it contended by the Government that homosexuals were less physically capable, brave, dependable or skilled than heterosexuals.

77. However the Government emphasised, in the first place, the special British armed forces’ context of the case. It was special because it was intimately connected with the nation’s security and was, accordingly, central to a State’s vital interests. Unit cohesion and morale lay at the heart of the effectiveness of the armed forces. Such cohesion and morale had to withstand the internal rigours of normal and corporate life, close physical and shared living conditions together with external pressures such as grave danger and war, all of which factors the Government argued applied or could have applied to each applicant. In this respect, the armed forces were unique and there were no genuine comparables in terms of the civilian disciplined forces, such as the police and the fire brigade.

In such circumstances, the Government, while accepting that members of the armed forces had the right to the Convention’s protection, argued that different, and stricter, rules applied in this context (see the *Engel and Others v. the Netherlands* judgment of 8 June 1976, Series A no. 22, p. 24, § 57; the *Grigoriades v. Greece* judgment of 25 November 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VII, pp. 2589-90, § 45; and the *Kalaç v. Turkey* judgment of 1 July 1997, *Reports* 1997-IV, p. 1209, § 28). Moreover, given the national security dimension to the present case a wide margin of appreciation was properly open to the State (see the *Leander v. Sweden* judgment of 26 March 1987, Series A no. 116, p. 25, § 59). Accordingly, the narrow margin of appreciation which applied to cases involving intimate private-life matters could not be transposed unaltered to the present case.

In support of their argument for a broad margin of appreciation, the Government also referred to the fact that the issue of homosexuals in the armed forces has been the subject of intense debate in recent years in the

United Kingdom, suggesting that the sensitivity and special context of the question meant that the decision was largely one for the national authorities. It was true that the degree of risk to fighting power was not consistent over time, given that attitudes and opinions, and, consequently, domestic law on the subject of homosexuality had developed over the years. Nevertheless, the approach to such matters in an armed forces' context had to be cautious given the inherent risks. The process of review was ongoing and the Government indicated their commitment to a free vote in Parliament on the subject after the next Parliamentary Select Committee review of the policy in 2001.

78. Secondly, the Government argued that admitting homosexuals to the armed forces at this time would have a significant and negative effect on the morale of armed forces' personnel and, in turn, on the fighting power and the operational effectiveness of the armed forces. They considered that the observations and conclusions in the HPAT report of February 1996 (and, in particular, Section F of the report) provided clear evidence of the risk to fighting power and operational effectiveness. The Government submitted that the armed forces' personnel (on whose views the HPAT report was based) were best placed to make this risk assessment and that their views should therefore be afforded considerable weight. Moreover, the relatively recent analyses completed by the HPAT, by the domestic courts (in *R. v. Ministry of Defence, ex parte Smith and Others* 2 Weekly Law Reports 305) and by the Parliamentary Select Committee all led to the conclusion that the policy should be maintained.

The Government considered that the choice between establishing a code of conduct and maintaining the present policy lay at the heart of the judgment to be made in this matter. However, the view in the United Kingdom was that such a code would not at present be sufficient to meet the risks identified because it was the knowledge or suspicion of the fact that a person was homosexual, and not the conduct of that person, which would cause damage to morale and effectiveness. Even assuming that the attitudes on which the HPAT report was based were at least in part based on a lack of tolerance or on insufficient broadmindedness, the reality of the risk to effectiveness remained. It was true that many European armed forces no longer excluded homosexuals but the relevant changes had been adopted in those countries too recently to yield any valuable lessons.

As to the applicants' submission about the alleged lack of evidence of past problems caused by the presence of homosexuals in the armed forces, the Government pointed out that the discharge of all persons of established homosexual orientation before such damage occurred meant that concrete evidence establishing the risks identified by the HPAT might not be available. In any event, the Government noted that the risks envisaged would result from the general relaxation of the policy, rather than its modification in any particular instance.

79. Thirdly, and as to the charge made by the applicants that the views expressed to the HPAT by the clear majority of serving personnel could be labelled as “homophobic prejudice”, the Government pointed out that these views represented genuine concerns expressed by those with first-hand and detailed knowledge of the demands of service life. Most of those surveyed displayed a clear difference in attitude towards homosexuality in civilian life. Conclusions could not be drawn from the fact that women and racial minorities were admitted while homosexuals were not because women and men were segregated in recognition of potential problems that might arise, whereas such arrangements were simply not possible in the case of same-sex orientation. The concerns about homosexuals were of a type and intensity not engendered by women or racial minorities.

80. Once there was a suspicion of homosexuality, an investigation was carried out. According to the Government, the extent of such investigation would depend on the circumstances but an investigation usually implied questioning the individual and seeking corroborative evidence. If homosexuality was denied, investigations were necessary and even if it was admitted, attempts were made to find relevant evidence through interviews and, depending on the circumstances, other inquiries. The aim of the investigations was to verify the homosexuality of the person suspected in order to detect those seeking an administrative discharge based on false pretences. During the hearing, the Government gave two recent examples of false claims of homosexuality in the Army and in the Royal Air Force and three recent examples of such false claims in the Royal Navy. The investigations were also necessary given certain security concerns (in particular, the risk of blackmail of homosexual personnel), in light of the greater risk from the Aids virus in the homosexual community and for disciplinary reasons (homosexual acts might be disciplined in certain cases including, for example, where they resulted from an abuse of authority). The Government maintained that the applicants freely chose, in any event, to answer the questions put to them. Both were told that they did not have to answer the questions and that they could have legal advice.

While the bulk of the questioning was, in the submission of the Government, justified by the reasons for the investigation outlined above, the Government did not seek to defend the question put to Ms Smith as to whether she or her partner had had a sexual relationship with their foster daughter. However, they argued that this indefensible, but specific, aspect of the questioning did not tilt the balance in favour of a finding of a violation.

(b) The applicants' submissions

81. The applicants submitted that the interferences with their private lives, given the subject matter, nature and extent of the intrusions at issue,

were serious and grave and required particularly serious reasons by way of justification (see the Dudgeon judgment cited above, p. 21, § 52). The subject matter of the interferences was a most intimate part of their private lives, made public by the Ministry of Defence policy itself. The applicants also took issue with the detailed investigations carried out by the service police and with, in particular, the prurient questions put during the interviews, the interviews with third parties, the search of Mr Grady's accommodation and the seizure of his personal affairs. Referring also to their years of service, to their promotions (past and imminent), to their exemplary service records and to the fact that there was no indication that their homosexuality had in any way affected their work or service life, the applicants emphasised that they were, nevertheless, deprived of a career in which they excelled on the basis of "unsuitability for service" by reason of a blanket policy against homosexuals in the armed forces.

The applicants added, in this context, that a blanket policy was not adopted by the armed forces in any other context. It was not adopted in the case of personal characteristics or traits such as gender, race or colour. Indeed, the Ministry of Defence actively promoted equality and tolerance in these areas. Nor was there a blanket policy against those whose actions could or did affect morale and service efficiency such as those involved in theft or adultery or those who carried out dangerous acts under the influence of drugs or alcohol. In the latter circumstances, the individual could be dismissed, but only after a consideration of all the circumstances of the case. Moreover, no policy against homosexuals existed in comparable British services such as the Merchant Navy, the Royal Fleet Auxiliary, the police, the fire brigade and the nursing profession.

82. The applicants also argued that the Government's core argument as to the risk to morale and, consequently, to fighting power and operational effectiveness was unsustainable for three main reasons.

83. In the first place, the applicants considered that the Government could not, consistently with Article 8, rely on and pander to the perceived prejudice of other service personnel. Given the absence of any rational basis for armed forces' personnel to behave any differently if they knew that an individual was a homosexual, the alleged risk of adverse reactions by service personnel was based on pure prejudice. It was the responsibility of the armed forces by reason of Article 1 of the Convention to ensure that those they employed understood that it was not acceptable for them to act by reference to pure prejudice. However, rather than taking steps to remedy such prejudice, the armed forces punished the victims of prejudice. The applicants considered that the logic of the Government's argument applied equally to the contexts of racial, religious and gender prejudice; the Government could not seriously suggest that, for example, racial prejudice on the part of armed forces' personnel would be sufficient to justify excluding coloured persons from those forces.

Moreover, Convention jurisprudence established that the Government could not rely on pure prejudice to justify interference with private life (see, *inter alia*, application no. 25186/94, *Sutherland v. the United Kingdom*, Commission's report of 1 July 1997, unreported, §§ 56, 57, 62, 63 and 65). Furthermore, the applicants pointed out that the Court has found (in its *Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v. Austria* judgment of 19 December 1994, Series A no. 302, p. 17, §§ 36 and 38) that the demands of "pluralism, tolerance and broad-mindedness" apply as much to service personnel as to other persons and that fundamental rights must be protected in the army of a democratic State just as in the society that such an army serves. They argued that the Court's reasoning in that case was based on a vital principle equally applicable in the present case – the armed forces of a country exist to protect the liberties valued by a democratic society, and so the armed forces should not be allowed themselves to march over, and cause substantial damage to, such principles.

84. Secondly, the applicants argued that such perceived prejudice would not have occurred but for the actions of the Ministry of Defence in adopting and applying the policy. The Government accepted that the applicants had worked efficiently and effectively in the armed forces for years without any problems arising by reason of their sexual orientation. The Government's concern related to the presence of openly homosexual service personnel; the private lives of the present applicants were indeed private and would have remained so but for the policy. There was, accordingly, no reason to believe that any difficulty would have arisen had it not been for the policy adopted by the Government.

85. Thirdly, the applicants submitted that the Government were required to substantiate their concerns about the threat to military discipline (see the *Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi* judgment cited above, p. 17, § 38) but had not produced any objective evidence to support their submission as to the risk to morale and operational effectiveness.

In this respect, they argued that the HPAT report was inadequate and fundamentally flawed. The assessment was not carried out by independent consultants. It was, moreover, conducted against the background of the publicly voiced hostility of the armed forces' authorities to a change in the policy and followed the circulation of an army consultation document which suggested that senior army personnel thought that the purpose of the HPAT review was to gather evidence in support of the current policy on homosexuality. Indeed the majority of the questions in the HPAT questionnaire expressed hostile attitudes to homosexuality or suggested negative responses. In addition, the report contained no concrete evidence of specific problems caused by the presence of homosexual personnel in the armed forces of the United Kingdom or overseas. Furthermore, it was

based on a statistically insignificant response rate and those responding were not guaranteed anonymity.

86. As to the dismissal by the HPAT of the experience of other countries which did not ban homosexuals from their armed forces, the applicants considered that the statement in the report that armed forces' personnel of such other countries were more tolerant was not supported by any evidence. In any event, even if those other countries had written constitutions and, consequently, a longer tradition of respect for human rights, the Government were required to comply with their Convention obligations. Whether there was a lack of openly homosexual personnel serving in the armed forces of those countries or not, the fact remained that sexual orientation was part of an individual's private life and no conclusions could be drawn from the fact that homosexuals serving in foreign armed forces might have chosen to keep their sexuality private as they were entitled to do. The applicants also pointed to the number of United Kingdom service personnel who had worked and were currently working alongside homosexual personnel in the armed forces of other NATO countries without any apparent problems.

As to the assertion that investigations were necessary to avoid false declarations of homosexuality by those wishing to leave the armed forces, the applicants pointed to the lack of evidence of such false declarations presented by the Government and to the fact that they themselves had clearly wished to stay in the armed forces. In addition, they submitted that they felt obliged to answer the questions in the interviews because otherwise, as the Government accepted, their private and intimate affairs would have been the subject of wider and less discreet investigations elsewhere.

As to the Government's reliance on the Court's *Kalaç* judgment, the applicants pointed out that the case related to the sanctioning of public conduct and not of an individual's private characteristics.

(c) The Court's assessment

(i) Applicable general principles

87. An interference will be considered "necessary in a democratic society" for a legitimate aim if it answers a pressing social need and, in particular, is proportionate to the legitimate aim pursued (see the *Norris* judgment cited above, p. 18, § 41).

Given the matters at issue in the present case, the Court would underline the link between the notion of "necessity" and that of a "democratic society", the hallmarks of the latter including pluralism, tolerance and broadmindedness (see the *Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs* and *Gubi* judgment cited above, p. 17, § 36, and the *Dudgeon* judgment cited above, p. 21, § 53).

88. The Court recognises that it is for the national authorities to make the initial assessment of necessity, though the final evaluation as to whether the reasons cited for the interference are relevant and sufficient is one for this Court. A margin of appreciation is left to Contracting States in the context of this assessment, which varies according to the nature of the activities restricted and of the aims pursued by the restrictions (see the Dudgeon judgment cited above, pp. 21 and 23, §§ 52 and 59).

89. Accordingly, when the relevant restrictions concern “a most intimate part of an individual’s private life”, there must exist “particularly serious reasons” before such interferences can satisfy the requirements of Article 8 § 2 of the Convention (see the Dudgeon judgment cited above, p. 21, § 52).

When the core of the national security aim pursued is the operational effectiveness of the armed forces, it is accepted that each State is competent to organise its own system of military discipline and enjoys a certain margin of appreciation in this respect (see the Engel and Others judgment cited above, p. 25, § 59). The Court also considers that it is open to the State to impose restrictions on an individual’s right to respect for his private life where there is a real threat to the armed forces’ operational effectiveness, as the proper functioning of an army is hardly imaginable without legal rules designed to prevent service personnel from undermining it. However, the national authorities cannot rely on such rules to frustrate the exercise by individual members of the armed forces of their right to respect for their private lives, which right applies to service personnel as it does to others within the jurisdiction of the State. Moreover, assertions as to a risk to operational effectiveness must be “substantiated by specific examples” (see, *mutatis mutandis*, the Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi judgment cited above, p. 17, §§ 36 and 38, and the Grigoriades judgment cited above, pp. 2589-90, § 45).

(ii) Application to the facts of the case

90. It is common ground that the sole reason for the investigations conducted and for the applicants’ discharge was their sexual orientation. Concerning as it did a most intimate aspect of an individual’s private life, particularly serious reasons by way of justification were required (see paragraph 89 above). In the case of the present applicants, the Court finds the interferences to have been especially grave for the following reasons.

91. In the first place, the investigation process (see the Guidelines at paragraph 49 above and the Government’s submissions at paragraph 80) was of an exceptionally intrusive character.

Anonymous telephone calls to Ms Smith and to the service police, and information supplied by the nanny of Mr Grady’s commander, prompted the investigations into their sexual orientation, a matter which, until then,

each applicant had kept private. The investigations were conducted by the service police, whose investigation methods were, according to the HPAT, based on criminal procedures and whose presence the HPAT described as widely publicised and strongly resented among the forces (see paragraph 49 above).

Once the matter was brought to the attention of the service authorities, Mr Grady was required to return immediately (without his wife or children) to the United Kingdom. While he was in the United Kingdom, detailed investigations into his homosexuality began in the United States and included detailed and intrusive interviews about his private life with his wife, a colleague, the latter's husband and the nanny who worked with his commander's family.

Both applicants were interviewed and asked detailed questions of an intimate nature about their particular sexual practices and preferences. Certain lines of questioning of both applicants were, in the Court's view, particularly intrusive and offensive and, indeed, the Government conceded that they could not defend the question put to Ms Smith about whether she had had a sexual relationship with her foster daughter.

Ms Smith's partner was also interviewed. Mr Grady's accommodation was searched, many personal items (including a letter to his homosexual partner) were seized and he was later questioned in detail on the content of these items. After the interviews, a service police report was prepared for the air force authorities on each applicant's homosexuality and related matters.

92. Secondly, the administrative discharge of the applicants had, as Sir Thomas Bingham MR described, a profound effect on their careers and prospects.

Prior to the events in question, both applicants enjoyed relatively successful service careers in their particular field. Ms Smith had over five years' service in the air force; she had been recommended for promotion, had been accepted for a training course which would facilitate this promotion and was about to complete the course final examinations. Her evaluations prior to and after her discharge were very positive. Mr Grady had served in the air force for fourteen years, being promoted to sergeant and posted to a high-security position in Washington in 1991. His evaluations prior to and after his discharge were also very positive with recommendations for further promotion. The Government accepted in their observations that neither the service records nor the conduct of the applicants gave any grounds for complaint and the High Court described their service records as "exemplary".

The Court notes, in this respect, the unique nature of the armed forces (underlined by the Government in their pleadings before the Court) and, consequently, the difficulty in directly transferring essentially military qualifications and experience to civilian life. The Court recalls in this

respect that one of the several reasons why the Court considered Mrs Vogt's dismissal from her post as a schoolteacher to be a "very severe measure", was its finding that schoolteachers in her situation would "almost certainly be deprived of the opportunity to exercise the sole profession for which they have a calling, for which they have been trained and in which they have acquired skills and experience" (Vogt judgment cited above, p. 29, § 60). In this regard, the Court accepts that the applicants' training and experience would be of use in civilian life. However, it is clear that the applicants would encounter difficulty in obtaining civilian posts in their areas of specialisation which would reflect the seniority and status which they had achieved in the air force.

93. Thirdly, the absolute and general character of the policy which led to the interferences in question is striking (see the Dudgeon judgment cited above, p. 24, § 61, and the Vogt judgment cited above, p. 28, § 59). The policy results in an immediate discharge from the armed forces once an individual's homosexuality is established and irrespective of the individual's conduct or service record. With regard to the Government's reference to the Kalaç judgment, the Court considers that the compulsory retirement of Mr Kalaç is to be distinguished from the discharge of the present applicants, the former having been dismissed on grounds of his conduct while the applicants were discharged on grounds of their innate personal characteristics.

94. Accordingly, the Court must consider whether, taking account of the margin of appreciation open to the State in matters of national security, particularly convincing and weighty reasons exist by way of justification for the interferences with the applicants' right to respect for their private lives.

95. The core argument of the Government in support of the policy is that the presence of open or suspected homosexuals in the armed forces would have a substantial and negative effect on morale and, consequently, on the fighting power and operational effectiveness of the armed forces. The Government rely in this respect on the report of the HPAT and, in particular, on Section F of the report.

Although the Court acknowledges the complexity of the study undertaken by the HPAT, it entertains certain doubts as to the value of the HPAT report for present purposes. The independence of the assessment contained in the report is open to question given that it was completed by Ministry of Defence civil servants and service personnel (see paragraph 51 above) and given the approach to the policy outlined in the letter circulated by the Ministry of Defence in August 1995 to management levels in the armed forces (see paragraph 33 above). In addition, on any reading of the report and the methods used (see paragraph 52 above), only a very small proportion of the armed forces' personnel participated in the assessment. Moreover, many of the methods of assessment (including the

consultation with policy-makers in the Ministry of Defence, one-to-one interviews and the focus group discussions) were not anonymous. It also appears that many of the questions in the attitude survey suggested answers in support of the policy.

96. Even accepting that the views on the matter which were expressed to the HPAT may be considered representative, the Court finds that the perceived problems which were identified in the HPAT report as a threat to the fighting power and operational effectiveness of the armed forces were founded solely upon the negative attitudes of heterosexual personnel towards those of homosexual orientation. The Court observes, in this respect, that no moral judgment is made on homosexuality by the policy, as was confirmed in the affidavit of the Vice Chief of the Defence Staff filed in the Perkins' proceedings (see paragraph 50 above). It is also accepted by the Government that neither the records nor conduct of the applicants nor the physical capability, courage, dependability and skills of homosexuals in general are in any way called into question by the policy.

97. The question for the Court is whether the above-noted negative attitudes constitute sufficient justification for the interferences at issue.

The Court observes from the HPAT report that these attitudes, even if sincerely felt by those who expressed them, ranged from stereotypical expressions of hostility to those of homosexual orientation, to vague expressions of unease about the presence of homosexual colleagues. To the extent that they represent a predisposed bias on the part of a heterosexual majority against a homosexual minority, these negative attitudes cannot, of themselves, be considered by the Court to amount to sufficient justification for the interferences with the applicants' rights outlined above any more than similar negative attitudes towards those of a different race, origin or colour.

98. The Government emphasised that the views expressed in the HPAT report served to show that any change in the policy would entail substantial damage to morale and operational effectiveness. The applicants considered these submissions to be unsubstantiated.

99. The Court notes the lack of concrete evidence to substantiate the alleged damage to morale and fighting power that any change in the policy would entail. Thorpe LJ in the Court of Appeal found that there was no actual or significant evidence of such damage as a result of the presence of homosexuals in the armed forces (see paragraph 40 above), and the Court further considers that the subsequent HPAT assessment did not, whatever its value, provide evidence of such damage in the event of the policy changing. Given the number of homosexuals dismissed between 1991 and 1996 (see paragraph 67 above), the number of homosexuals who were in the armed forces at the relevant time cannot be said to be insignificant. Even if the absence of such evidence can be explained by the consistent application of the policy, as submitted by the Government, this is insuffi-

cient to demonstrate to the Court's satisfaction that operational-effectiveness problems of the nature and level alleged can be anticipated in the absence of the policy (see the *Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi* judgment cited above, p. 17, § 38).

100. However, in the light of the strength of feeling expressed in certain submissions to the HPAT and the special, interdependent and closely knit nature of the armed forces' environment, the Court considers it reasonable to assume that some difficulties could be anticipated as a result of any change in what is now a long-standing policy. Indeed, it would appear that the presence of women and racial minorities in the armed forces led to relational difficulties of the kind which the Government suggest admission of homosexuals would entail (see paragraphs 63 and 64 above).

101. The applicants submitted that a strict code of conduct applicable to all personnel would address any potential difficulties caused by negative attitudes of heterosexuals. The Government, while not rejecting the possibility out of hand, emphasised the need for caution given the subject matter and the armed forces context of the policy and pointed out that this was one of the options to be considered by the next Parliamentary Select Committee in 2001.

102. The Court considers it important to note, in the first place, the approach already adopted by the armed forces to deal with racial discrimination and with racial and sexual harassment and bullying (see paragraphs 63-64 above). The January 1996 Directive, for example, imposed both a strict code of conduct on every soldier together with disciplinary rules to deal with any inappropriate behaviour and conduct. This dual approach was supplemented with information leaflets and training programmes, the army emphasising the need for high standards of personal conduct and for respect for others.

The Government, nevertheless, underlined that it is "the knowledge or suspicion of homosexuality" which would cause the morale problems and not conduct, so that a conduct code would not solve the anticipated difficulties. However, in so far as negative attitudes to homosexuality are insufficient, of themselves, to justify the policy (see paragraph 97 above), they are equally insufficient to justify the rejection of a proposed alternative. In any event, the Government themselves recognised during the hearing that the choice between a conduct code and the maintenance of the policy lay at the heart of the judgment to be made in this case. This is also consistent with the Government's direct reliance on Section F of the HPAT's report where the anticipated problems identified as posing a risk to morale were almost exclusively problems related to behaviour and conduct (see paragraphs 53-54 above).

The Government maintained that homosexuality raised problems of a type and intensity that race and gender did not. However, even if it can be assumed that the integration of homosexuals would give rise to problems

not encountered with the integration of women or racial minorities, the Court is not satisfied that the codes and rules which have been found to be effective in the latter case would not equally prove effective in the former. The “robust indifference” reported by the HPAT of the large number of British armed forces’ personnel serving abroad with allied forces to homosexuals serving in those foreign forces serves to confirm that the perceived problems of integration are not insuperable (see paragraph 59 above).

103. The Government highlighted particular problems which might be posed by the communal accommodation arrangements in the armed forces. Detailed submissions were made during the hearing, the parties disagreeing as to the potential consequences of shared single-sex accommodation and associated facilities.

The Court notes that the HPAT itself concluded that separate accommodation for homosexuals would not be warranted or wise and that substantial expenditure would not, therefore, have to be incurred in this respect. Nevertheless, the Court remains of the view that it has not been shown that the conduct codes and disciplinary rules referred to above could not adequately deal with any behavioural issues arising on the part either of homosexuals or of heterosexuals.

104. The Government, referring to the relevant analysis in the HPAT report, further argued that no worthwhile lessons could be gleaned from the relatively recent legal changes in those foreign armed forces which now admitted homosexuals. The Court disagrees. It notes the evidence before the domestic courts to the effect that the European countries operating a blanket legal ban on homosexuals in their armed forces are now in a small minority. It considers that, even if relatively recent, the Court cannot overlook the widespread and consistently developing views and associated legal changes to the domestic laws of Contracting States on this issue (see the Dudgeon judgment cited above, pp. 23-24, § 60).

105. Accordingly, the Court concludes that convincing and weighty reasons have not been offered by the Government to justify the policy against homosexuals in the armed forces or, therefore, the consequent discharge of the applicants from those forces.

106. While the applicants’ administrative discharges were a direct consequence of their homosexuality, the Court considers that the justification for the investigations into the applicants’ homosexuality requires separate consideration in so far as those investigations continued after the applicants’ admissions of homosexuality. In Ms Smith’s case her admission was immediate and Mr Grady admitted his homosexuality when his interview of 26 May 1994 commenced.

107. The Government maintained that investigations, including interviews and searches, were necessary in order to detect false claims of homosexuality by those seeking administrative discharges from the armed

forces. The Government cited five examples of individuals in the armed forces who had relatively recently made such false claims in order to obtain discharge. However, and despite the fact that Mr Grady's family life could have led to some doubts about the genuineness of the information received as to his homosexuality, it was and is clear, in the Court's opinion, that at the relevant time both Ms Smith and Mr Grady wished to remain in the air force. Accordingly, the Court does not find that the risk of false claims of homosexuality could, in the case of the present applicants, provide any justification for their continued questioning.

108. The Government further submitted that the medical, security and disciplinary concerns outlined by the HPAT justified certain lines of questioning of the applicants. However, the Court observes that, in the HPAT report, security issues relating to those suspected of being homosexual were found not to stand up to close examination as a ground for maintaining the policy. The Court is, for this reason, not persuaded that the risk of blackmail, being the main security ground canvassed by the Government, justified the continuation of the questioning of either of the present applicants. Similarly, the Court does not find that the clinical risks (which were, in any event, substantially discounted by the HPAT as a ground for maintaining the policy) justified the extent of the applicants' questioning. Moreover, no disciplinary issue existed in the case of either applicant.

109. The Government, referring to the cautions given to the applicants at the beginning of their interviews, further argued that the applicants were not obliged to participate in the interview process. Moreover, Ms Smith was asked to consent to her partner being interviewed and Mr Grady agreed to the search of his accommodation and to hand over his electronic diary. The Court considers, however, that the applicants did not have any real choice but to cooperate in this process. It is clear that the interviews formed a standard and important part of the investigation process which was designed to verify to "a high standard of proof" the sexual orientation of the applicants (see the Guidelines at paragraph 49 above and the Government's submissions at paragraph 80). Had the applicants not cooperated with the interview process, including with the additional elements of this process outlined above, the Court is satisfied that the authorities would have proceeded to verify the suspected homosexuality of the applicants by other means which were likely to be less discreet. That this was the alternative open to the applicants in the event of their failing to cooperate was made clear to both applicants, and in particularly forthright terms to Mr Grady.

110. In such circumstances, the Court considers that the Government have not offered convincing and weighty reasons justifying the continued investigation of the applicants' sexual orientation once they had confirmed their homosexuality to the air force authorities.

111. In sum, the Court finds that neither the investigations conducted into the applicants' sexual orientation, nor their discharge on the grounds of their homosexuality in pursuance of the Ministry of Defence policy, were justified under Article 8 § 2 of the Convention.

112. Accordingly, there has been a violation of Article 8 of the Convention.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 14 OF THE CONVENTION TAKEN IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 8

113. The applicants also invoked Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 in relation to the operation of the Ministry of Defence policy against them. Article 14 reads as follows:

"The enjoyment of the rights and freedoms set forth in [the] Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status."

114. The Government argued that no separate issue arose under Article 14 of the Convention and the applicants relied on their submissions outlined in the context of Article 8 above.

115. The Court considers that, in the circumstances of the present case, the applicants' complaints that they were discriminated against on grounds of their sexual orientation by reason of the existence and application of the policy of the Ministry of Defence, amounts in effect to the same complaint, albeit seen from a different angle, that the Court has already considered in relation to Article 8 of the Convention (see the Dudgeon judgment cited above, pp. 25-26, §§ 64-70).

116. Accordingly, the Court considers that the applicants' complaints under Article 14 in conjunction with Article 8 do not give rise to any separate issue.

III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 3 OF THE CONVENTION TAKEN ALONE AND IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 14

117. The applicants also complained, under Article 3 of the Convention taken alone and in conjunction with Article 14, that the policy excluding homosexuals from the armed forces and the consequent investigations and discharges amounted to degrading treatment. Article 3 reads, in so far as relevant, as follows:

"No one shall be subjected to ... degrading treatment or punishment."

118. The Government submitted that, given the serious and reasonable basis and aim of the policy (maintaining the fighting power and operational effectiveness of the armed forces) and the absence of any

intention to degrade or humiliate, the policy cannot be categorised as degrading. They argued that the East African Asians case (applications nos. 4403/70 et sqq., *East African Asians v. the United Kingdom*, Commission's report of 14 December 1973, Decisions and Reports 78-A, p. 5) to which the applicants referred, was not relevant as it dealt with racial discrimination. They agreed that the investigation process was not pleasant but argued that, given the matter at issue, intimate questions were inevitable and that the aim was not to humiliate persons but to deal with cases as quickly and as discreetly as possible. The Government again pointed out that the applicants chose to participate in the interviews.

119. The applicants maintained that their discriminatory treatment, based on crude stereotyping and prejudice, denied and caused affront to their individuality and dignity and, as such, amounted to treatment contrary to Article 3. The distinction made by the Government in relation to the above-cited East African Asians case was a technical one since the applicants were labelled and categorised, a process which debased and denigrated each applicant's existence and character. Moreover, treatment contrary to Article 3 could not be justified. As to the suggestion that they could have chosen not to participate in the interviews, they submitted that their complaint related to the entire investigation and dismissal process; the caution given was in fact the standard caution given to a criminal suspect and the very fact that questions were put was hurtful and degrading. The absence of a legal obligation to answer the questions in no way mitigated that effect since they had to cooperate in order to keep the investigations as discreet as possible. In any event, the questions extended significantly beyond an inquiry into sexual orientation in that they were questioned after they admitted their sexual orientation and many questions were prurient and offensive.

120. The Court recalls that ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3 of the Convention. The assessment of that minimum is relative and depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment and its physical or mental effects (see the *Ireland v. the United Kingdom* judgment of 18 January 1978, Series A no. 25, p. 65, § 162).

It is also recalled that treatment may be considered degrading if it is such as to arouse in its victims feelings of fear, anguish and inferiority capable of humiliating and debasing them and possibly breaking their physical or moral resistance (see the *Ireland v. the United Kingdom* judgment cited above, pp. 66-67, § 167). Moreover, it is sufficient if the victim is humiliated in his or her own eyes (see the *Tyrer v. the United Kingdom* judgment of 25 April 1978, Series A no. 26, p. 16, § 32).

121. The Court has outlined above why it considers that the investigation and discharge together with the blanket nature of the policy of the Ministry of Defence were of a particularly grave nature (see para-

graphs 90-93 above). Moreover, the Court would not exclude that treatment which is grounded upon a predisposed bias on the part of a heterosexual majority against a homosexual minority of the nature described above could, in principle, fall within the scope of Article 3 (see, *mutatis mutandis*, the Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom judgment of 28 May 1985, Series A no. 94, p. 42, §§ 90-91).

122. However, while accepting that the policy, together with the investigation and discharge which ensued, were undoubtedly distressing and humiliating for each of the applicants, the Court does not consider, having regard to all the circumstances of the case, that the treatment reached the minimum level of severity which would bring it within the scope of Article 3 of the Convention.

123. Accordingly, the Court concludes that there has been no violation of Article 3 of the Convention taken alone or in conjunction with Article 14.

IV. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 10 OF THE CONVENTION TAKEN ALONE AND IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 14

124. The applicants further complained under Article 10 of the Convention, taken alone and in conjunction with Article 14, about the limitation imposed by the existence and operation of the policy of the Ministry of Defence on their right to give expression to their sexual identity. Article 10, in so far as relevant, reads as follows:

“1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority ...

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, ... for the prevention of disorder ...”

125. The Government maintained that freedom of expression was not an issue in these cases. They submitted that the applicants were free to express information and ideas and to inform others of their sexual orientation. The investigations and their discharges were not the result of any expression of information or ideas but rather a consequence of the fact of their homosexuality which, until they came under investigation, they had chosen to conceal. In any event, any interference with the applicants' freedom of expression was justified for the reasons outlined in the context of Article 8 and, accordingly, no separate issue arose under Article 10.

126. The applicants argued that the right to give expression to one's sexuality encapsulated opinions, ideas and information essential to an individual and his or her identity. The policy of the Ministry of Defence forced them to live secret lives denying them the simple opportunity to

communicate openly and freely their own sexual identity which, in turn, had a chilling effect on them and was a powerful inhibiting factor in their right to express themselves. For the reasons outlined in the context of Article 8, the applicants submitted that the interference with their right to freedom of expression did not comply with the requirements of the second paragraph of Article 10 of the Convention. They added that any restriction on freedom of expression, including the expression of one's sexual orientation, must be narrowly interpreted and the Government's reliance solely on the justification offered for the interferences with their Article 8 rights was, therefore, insufficient in the Article 10 context. Given the fact that expression which might shock, offend or disturb was protected, the mere fact that members of the armed forces would, as the Government submitted, have been upset by the presence of known homosexuals was insufficient justification for an interference under Article 10 of the Convention.

Finally, the applicants maintained that the Government's submission as to their freedom to express their homosexuality was hardly credible. If the applicants had done so, they would have been immediately investigated and discharged; that was what effectively happened.

127. The Court would not rule out that the silence imposed on the applicants as regards their sexual orientation, together with the consequent and constant need for vigilance, discretion and secrecy in that respect with colleagues, friends and acquaintances as a result of the chilling effect of the Ministry of Defence policy, could constitute an interference with their freedom of expression.

However, the Court notes that the subject matter of the policy and, consequently, the sole ground for the investigation and discharge of the applicants, was their sexual orientation which is "an essentially private manifestation of human personality" (see the Dudgeon judgment cited above, p. 23, § 60). It considers that the freedom of expression element of the present case is subsidiary to the applicants' right to respect for their private lives which is principally at issue (see, *mutatis mutandis*, the Kokkinakis v. Greece judgment of 25 May 1993, Series A no. 260-A, p. 23, § 55, and the Larissis and Others v. Greece judgment of 24 February 1998, *Reports* 1998-I, p. 383, § 64).

128. Consequently, the Court considers that it is not necessary to examine the applicants' complaints under Article 10 of the Convention, either taken alone or in conjunction with Article 14.

V. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 13 OF THE CONVENTION

129. Finally, the applicants complained of a violation of Article 13 of the Convention, in that they had no effective remedy before a national

authority in respect of the violations of the Convention of which they were victims. Article 13 reads, in so far as relevant, as follows:

“Everyone whose rights and freedoms as set forth in [the] Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority ...”

130. The Government maintained, referring to the *Vilvarajah* case (*Vilvarajah and Others v. the United Kingdom* judgment of 30 October 1991, Series A no. 215), that proceedings by way of judicial review afforded an effective remedy to the applicants. The applicants were able to, and did, advance the substance of the Convention arguments before the domestic courts which were, in turn, relied upon by the applicants before this Court. Any difference between the judicial review test and the test under the Convention was not central to the issues in this case and the essential reasoning of the Court of Appeal mirrored that which underpinned the Convention margin of appreciation. Both the domestic courts and the Convention organs retained a supervisory role to ensure that the State did not abuse its powers or exceed its margin of appreciation.

131. The applicants submitted that Article 13 contained two minimum requirements. First, the relevant national authority had to have jurisdiction to examine the substance of an individual’s complaint by reference to the Convention or other corresponding provisions of national law and, secondly, that authority had to have jurisdiction to grant a remedy if it accepted that the individual’s complaint was well-founded. Moreover, the precise scope of the obligations under Article 13 would depend on the nature of the individual’s complaint. The context of the present case was the application of a blanket policy which interfered with the Article 8 rights of a minority group and not an assessment of an individual extradition or expulsion in the context of Article 3 as in the *Soering* and *Vilvarajah* cases (*Soering v. the United Kingdom* judgment of 7 July 1989, Series A no. 161, and the *Vilvarajah and Others* judgment cited above).

132. In the applicants’ view, the judicial review remedy did not meet the first of these requirements of Article 13 for two connected reasons. Since the Ministry of Defence policy was a blanket policy admitting of no exceptions, it was impossible for the domestic courts to consider the merits of the applicants’ individual complaints. However, the impact of the policy on them varied from case to case. In contrast, the domestic courts could and indeed were bound to apply the “most anxious scrutiny” to the individual facts in the above-mentioned extradition and expulsion cases of *Soering* and *Vilvarajah*. Secondly, the domestic courts could not ask themselves whether a fair balance had been struck between the general interest and the applicants’ rights. The domestic courts were confined to asking themselves whether it had been shown that the policy as a whole was irrational or perverse and the burden of proving irrationality was on the applicants. They were required to show that the

policy-maker had “taken leave of his senses” and the applicants had to show that this high threshold had been crossed before the domestic courts could intervene. Moreover, the applicants pointed to the comments of the High Court and of the Court of Appeal as the best evidence that those courts lacked jurisdiction to deal with the substance of the applicants’ Convention complaints. In this context, the *Soering* and *Vilvarajah* cases cited above could be distinguished because the test applied in judicial review proceedings concerning proposed extraditions and expulsions happened to coincide with the Convention test.

133. The applicants further contended that their judicial review proceedings did not comply with the second requirement of Article 13 because the domestic courts were not able to grant a remedy even though four out of the five judges who examined the applicants’ case considered that the policy was not justified.

134. Although the applicants invoked Article 13 of the Convention in relation to all of their complaints, the Court recalls that it is the applicants’ right to respect for their private lives which is principally at issue in the present case (see paragraph 127 above). In such circumstances, it is of the view that the applicants’ complaints under Article 13 of the Convention are more appropriately considered in conjunction with Article 8.

135. The Court recalls that Article 13 guarantees the availability of a remedy at national level to enforce the substance of Convention rights and freedoms in whatever form they may happen to be secured in the domestic legal order. Thus, its effect is to require the provision of a domestic remedy allowing the competent national authority both to deal with the substance of the relevant Convention complaint and to grant appropriate relief. However, Article 13 does not go so far as to require incorporation of the Convention or a particular form of remedy, Contracting States being afforded a margin of appreciation in conforming with their obligations under this provision. Nor does the effectiveness of a remedy for the purposes of Article 13 depend on the certainty of a favourable outcome for the applicant (see the *Vilvarajah and Others* judgment cited above, p. 39, § 122).

136. The Court has found that the applicants’ right to respect for their private lives (see paragraph 112 above) was violated by the investigations conducted and by the discharge of the applicants pursuant to the policy of the Ministry of Defence against homosexuals in the armed forces. As was made clear by the High Court and the Court of Appeal in the judicial review proceedings, since the Convention did not form part of English law, questions as to whether the application of the policy violated the applicants’ rights under Article 8 and, in particular, as to whether the policy had been shown by the authorities to respond to a pressing social need or to be proportionate to any legitimate aim served, were not questions to which answers could properly be offered. The sole issue before the domestic courts was whether the policy could be said to be “irrational”.

137. The test of “irrationality” applied in the present case was that explained in the judgment of Sir Thomas Bingham MR: a court was not entitled to interfere with the exercise of an administrative discretion on substantive grounds save where the court was satisfied that the decision was unreasonable in the sense that it was beyond the range of responses open to a reasonable decision-maker. In judging whether the decision-maker had exceeded this margin of appreciation, the human rights context was important, so that the more substantial the interference with human rights, the more the court would require by way of justification before it was satisfied that the decision was reasonable.

It was, however, further emphasised that, notwithstanding any human rights context, the threshold of irrationality which an applicant was required to surmount was a high one. This is, in the view of the Court, confirmed by the judgments of the High Court and the Court of Appeal themselves. The Court notes that the main judgments in both courts commented favourably on the applicants’ submissions challenging the reasons advanced by the Government in justification of the policy. Simon Brown LJ considered that the balance of argument lay with the applicants and that their arguments in favour of a conduct-based code were powerful (see paragraph 30 above). Sir Thomas Bingham MR found that those submissions of the applicants were of “very considerable cogency” and that they fell to be considered in depth with particular reference to the potential effectiveness of a conduct-based code (see paragraph 37 above). Furthermore, while offering no conclusive views on the Convention issues raised by the case, Simon Brown LJ expressed the opinion that “the days of the policy were numbered” in light of the United Kingdom’s Convention obligations (see paragraph 31 above), and Sir Thomas Bingham MR observed that the investigations and the discharge of the applicants did not appear to show respect for their private lives. He considered that there might be room for argument as to whether there had been a disproportionate interference with their rights under Article 8 of the Convention (see paragraph 38 above).

Nevertheless, both courts concluded that the policy could not be said to be beyond the range of responses open to a reasonable decision-maker and, accordingly, could not be considered to be “irrational”.

138. In such circumstances, the Court considers it clear that, even assuming that the essential complaints of the applicants before this Court were before and considered by the domestic courts, the threshold at which the High Court and the Court of Appeal could find the Ministry of Defence policy irrational was placed so high that it effectively excluded any consideration by the domestic courts of the question of whether the interference with the applicants’ rights answered a pressing social need or was proportionate to the national security and public order aims pursued, principles which lie at the heart of the Court’s analysis of complaints under Article 8 of the Convention.

The present applications can be contrasted with the cases of Soering and Vilvarajah cited above. In those cases, the Court found that the test applied by the domestic courts in applications for judicial review of decisions by the Secretary of State in extradition and expulsion matters coincided with the Court's own approach under Article 3 of the Convention.

139. In such circumstances, the Court finds that the applicants had no effective remedy in relation to the violation of their right to respect for their private lives guaranteed by Article 8 of the Convention. Accordingly, there has been a violation of Article 13 of the Convention.

VI. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

140. Article 41 of the Convention provides:

"If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party."

141. The applicants submitted detailed claims for compensation in respect of pecuniary and non-pecuniary damage and for the reimbursement of their costs and expenses. However, they required further information from the Government before they could complete their proposals.

142. The Government argued at the hearing that a finding of a violation would be sufficient just satisfaction or, in the alternative, that the submissions of the applicants were inflated. The Government also required further time to respond in detail to the applicants' definitive proposals.

143. The Court has already agreed to provide further time to the parties to submit their definitive just satisfaction proposals. Accordingly, the Court considers that the question raised under Article 41 is not yet ready for decision. It is, accordingly, necessary to reserve it and to fix the further procedure, account being taken of the possibility of an agreement between the parties (Rule 75 § 4 of the Rules of Court).

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Holds* that there has been a violation of Article 8 of the Convention;
2. *Holds* that no separate issue arises under Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8;
3. *Holds* that there has been no violation of Article 3 of the Convention taken either alone or in conjunction with Article 14;

4. *Holds* that it is not necessary to examine the applicants' complaints under Article 10 of the Convention taken either alone or in conjunction with Article 14;
5. *Holds* that there has been a violation of Article 13 of the Convention;
6. *Holds* that the question of the application of Article 41 of the Convention is not ready for decision;
Consequently,
 - (a) *reserves* the said question;
 - (b) *invites* the parties to notify the Court of any agreement they may reach;
 - (c) *reserves* the further procedure and *delegates* to the President the power to fix the same if need be.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 27 September 1999.

S. DOLLÉ
Registrar

J.-P. COSTA
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the partly concurring, partly dissenting opinion of Mr Loucaides is annexed to this judgment.

J.-P.C.
S.D.

PARTLY CONCURRING, PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGE LOUCAIDES

I agree with the majority on all points except as regards the finding that there has been a violation of Article 8 of the Convention by reason of the applicants' discharge from the armed forces on account of their homosexuality.

In this respect I have been convinced by the argument of the Government that particular problems might be posed by the communal accommodation arrangements in the armed forces. The applicants would have to share single-sex accommodation and associated facilities (showers, toilets, etc.) with their heterosexual colleagues. To my mind, the problems in question are in substance analogous to those which would result from the communal accommodation of male members of the armed forces with female members. What makes it necessary for males not to share accommodation and other associated facilities with females is the difference in their sexual orientation. It is precisely this difference between homosexuals and heterosexuals which makes the position of the Government convincing.

I find the answer given by the majority regarding this aspect of the case unsatisfactory. The Court noted (at paragraph 103 of the judgment) that the HPAT considered that "separate accommodation for homosexuals would not be warranted or wise" and the Court found that, in any case, "it ha[d] not been shown that the conduct codes and disciplinary rules ... could not adequately deal with any behavioural issues arising on the part either of homosexuals or of heterosexuals". The fact that separate accommodation is not "warranted or wise" does not justify communal accommodation if such accommodation is really problematic. On the other hand, "conduct codes and disciplinary rules" cannot change the sexual orientation of people and the relevant problems which – for the purposes of the issue under consideration – in the analogous case of women makes it incumbent to accommodate them separately from male soldiers. It is the compulsory living together of groups of people of different sexual orientation which creates the problem. I should add here that if homosexuals had a right to be members of the armed forces their sexual orientation could become known either through them disclosing it or manifesting it in some way.

The aim of not allowing homosexuals in the armed forces was to ensure the operational effectiveness of the armed forces and to this extent the resulting interferences pursued the legitimate aims of "the interests of national security" and "the prevention of disorder". This was accepted by the Court. My disagreement with the majority relates to the question of whether the interference in the present case can be considered "necessary

in a democratic society” for the aim in question. The majority underlined the principle that when the relevant restrictions to a Convention right concern a most intimate part of an individual’s private life there must exist particularly serious reasons before the interferences can satisfy the requirements of Article 8 of the Convention. However, I agree with the Government that the narrow margin of appreciation which is applied to cases involving intimate private-life matters is widened in cases like the present, in which the legitimate aim of the relevant restriction relates to the operational effectiveness of the armed forces and, therefore, to the interests of national security. This, I think, is the logical connotation of the principle that, in assessing the pressing social need in cases of interferences with the right to respect for an individual’s private life from the standpoint of the protection of national security, the State has a wide margin of appreciation (see the *Leander v. Sweden* judgment of 26 March 1987, Series A no. 116, p. 25, § 59).

Regard must also be had to the principle that limitations incapable of being imposed on civilians may be placed on certain of the rights and freedoms of members of the armed forces (see the *Kalaç v. Turkey* judgment of 1 July 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-IV, p. 1209, § 28).

I believe that the Court should not interfere simply because there is a disagreement with the necessity of the measures taken by a State. Otherwise the concept of the margin of appreciation would be meaningless. The Court may substitute its own view for that of the national authorities only when the measure is patently disproportionate to the aim pursued. I should add that the wider the margin of appreciation allowed to the State, the narrower should be the scope for interference by the Court.

I do not think that the facts of the present case justify our Court’s interference. As I have already stated above, the sexual orientation of homosexuals does create the problems highlighted by the Government as a result of the communal accommodation with heterosexuals. There is nothing patently disproportionate in the approach of the Government. On the contrary, it was in the circumstances reasonably open to them to adopt the policy of not allowing homosexuals in the armed forces. This condition was made clear to the applicants before their recruitment. It was not imposed afterwards (cf. the *Young, James and Webster v. the United Kingdom* judgment of 13 August 1981, Series A no. 44, p. 25, § 62). In this respect it may be useful to add that the Convention does not guarantee the right to serve in the armed forces (see *Marangos v. Cyprus*, application no. 31106/96, Commission decision of 3 December 1997, p. 14, unreported).

In the circumstances, I find that the applicants’ discharge on account of their homosexuality in pursuance of the Ministry of Defence policy was justified under Article 8 § 2 of the Convention, as being necessary in a democratic society in the interests of national security and the prevention of disorder.

SMITH ET GRADY c. ROYAUME-UNI¹
(Requêtes n^{os} 33985/96 et 33986/96)

TROISIÈME SECTION

ARRÊT DU 27 SEPTEMBRE 1999

1. Un arrêt analogue a été rendu le même jour par la Cour dans l'affaire *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni*, n^{os} 31417/96 et 32377/96. Le texte peut en être obtenu au greffe.

SOMMAIRE¹

**Homosexuels révoqués de l'armée à la suite d'enquêtes indiscrètes
Caractère effectif du contrôle juridictionnel en tant que recours pour faire
valoir un grief tenant à la vie privée**

Article 3

Traitement dégradant – Enquêtes indiscrètes sur la vie privée d'homosexuels engagés dans l'armée – Degré minimum de gravité

Article 8

Vie privée – Interdiction générale des homosexuels dans l'armée – Homosexuels révoqués de l'armée – Enquêtes indiscrètes sur la vie privée d'homosexuels – Ingérence – Gravité de l'ingérence – Sécurité nationale – Défense de l'ordre – Nécessaire dans une société démocratique – Proportionnalité – Nécessité de raisons convaincantes et solides justifiant l'ingérence

Article 13

Recours effectif – Contrôle juridictionnel – Critère d'irrationalité appliqué par les juridictions internes excluant tout examen de la nécessité et de la proportionnalité

*
* *

Les requérants étaient respectivement caporale et sergent dans la Royal Air Force. A l'époque des faits, la présence d'homosexuels dans l'armée faisait l'objet d'une interdiction générale. La première requérante reconnut son homosexualité au cours d'un entretien préalable à une procédure disciplinaire, à la suite d'une absence non justifiée. Elle-même et sa partenaire furent alors interrogées par la police militaire, qui élaborait un rapport recommandant la révocation administrative de l'intéressée. Le deuxième requérant fut également soupçonné d'être homosexuel. La police militaire interrogea son épouse et plusieurs personnes de son entourage avant de convoquer l'intéressé, qui admit son homosexualité après l'avoir niée au départ. On lui posa alors d'autres questions. Au cours des interrogatoires, les deux requérants furent interrogés sur la nature de leurs liaisons homosexuelles respectives. Tous deux furent dûment révoqués des forces armées. Leurs demandes de contrôle juridictionnel furent rejetées au motif que, nonobstant le caractère exemplaire de leurs états de service et le fait que rien n'indiquait que leurs préférences sexuelles aient de quelque manière que ce fût nuï à leur capacité de remplir leurs tâches, on ne pouvait prétendre que la décision de les révoquer était irrationnelle, ce qui représentait le critère à appliquer. Les

1. Rédigé par le greffe, il ne lie pas la Cour.

requérants furent déboutés par la Cour d'appel, et la Chambre des lords leur refusa l'autorisation de la saisir.

1. Article 8 : quant à l'existence d'une ingérence dans le droit au respect de la vie privée, le Gouvernement ne soutient pas que les requérants, en entrant dans l'armée, ont renoncé aux droits garantis par l'article 8, et les intéressés n'ont pas été révoqués pour avoir omis de révéler leur homosexualité à ce moment-là. En outre, certains éléments indiquent que la première requérante n'a pris conscience de son homosexualité qu'après son recrutement. Les enquêtes, qui ont impliqué des interrogatoires détaillés des requérants et de tierces personnes sur des questions relatives à leurs préférences et pratiques sexuelles, ainsi que l'élaboration d'un rapport, ont porté directement atteinte aux droits des intéressés, comme leur révocation ultérieure, motivée uniquement par leur orientation sexuelle. Ces ingérences étaient prévues par la loi et l'on peut considérer que la politique consistant à exclure les homosexuels de l'armée poursuivait les buts légitimes que sont la sécurité nationale et la défense de l'ordre. S'il y a des doutes quant à savoir si les investigations poursuivaient encore un tel but légitime après que les requérants eurent admis leur homosexualité, il n'y a pas lieu d'examiner la question.

Quant à la nécessité des ingérences, l'unique motivation des investigations et de la révocation des requérants était l'orientation sexuelle des intéressés. Considérant qu'un aspect des plus intimes de la vie privée était en jeu, des raisons particulièrement sérieuses devaient justifier les ingérences. Celles-ci étaient particulièrement graves pour les raisons suivantes : premièrement, le caractère exceptionnellement indiscret du processus d'enquête, qui a impliqué des questions précises sur les pratiques et préférences sexuelles des intéressés ; deuxièmement, la profonde incidence qu'a eue la révocation des requérants sur leurs perspectives de carrière, notamment la difficulté à retrouver des situations équivalentes dans la société civile ; et troisièmement, le caractère absolu et général de la politique litigieuse, qui autorise la révocation d'un individu en raison de ses caractéristiques personnelles innées plutôt que de sa conduite. Même si les études conduites par l'armée sur la question sont représentatives des points de vue du personnel militaire – ce qui est sujet à caution –, les problèmes perçus comme menaçant l'efficacité opérationnelle de l'armée tenaient uniquement aux attitudes négatives des militaires hétérosexuels envers la minorité homosexuelle. Dans la mesure où ces attitudes négatives correspondent à des préjugés, elles ne peuvent passer en soi pour une justification suffisante aux ingérences. Il y a un manque d'éléments concrets démontrant l'atteinte au moral et à la puissance de combat qu'un changement de politique occasionnerait prétendument. Certes, il semble raisonnable de prévoir certaines difficultés, mais des mesures ont déjà été prises pour lutter, par exemple, contre la discrimination raciale et les attitudes négatives ne suffisent pas à légitimer le rejet d'une solution de rechange envisagée ; il n'est pas établi que les codes de conduites et règles disciplinaires se révéleraient inefficaces pour traiter les problèmes éventuels. Par ailleurs, on ne peut faire abstraction des idées qui ne cessent de se répandre et d'évoluer, ni des changements juridiques qu'elles entraînent au sein des États contractants – dont seule une petite minorité pratique une telle interdiction générale. En conclusion, le Gouvernement n'a donné aucune raison convaincante et solide pour justifier la politique litigieuse et la révocation subséquente des requérants. Quant à la poursuite des investigations après les aveux des requérants, elle appelle un examen séparé. Les intéressés souhaitaient

manifestement rester dans l'armée de l'air et le risque de fausses affirmations d'homosexualité ne pouvait fournir une quelconque justification, non plus que le risque de chantage ou les risques cliniques. Dès lors, le Gouvernement n'a fourni aucune raison convaincante et solide.

Conclusion : violation (unanimité).

2. Article 14 combiné avec l'article 8 : ce grief coïncide en pratique, bien que présenté sous un angle différent, avec la plainte examinée sur le terrain de l'article 8.

Conclusion : aucune question distincte (unanimité).

3. Article 3 considéré isolément et combiné avec l'article 14 : certes, l'on ne peut exclure qu'un traitement fondé sur un préjugé envers les homosexuels, tel que celui qui est décrit par les requérants, puisse en principe tomber sous l'empire de l'article 3, et les enquêtes et révocations en cause ont indéniablement été pénibles et humiliantes pour les requérants ; toutefois, le traitement n'a pas atteint le minimum de gravité requis pour tomber sous le coup de l'article 3 de la Convention.

Conclusion : non-violation (unanimité).

4. Article 10 considéré isolément et combiné avec l'article 14 : on ne saurait exclure que le silence imposé aux requérants quant à leurs préférences sexuelles a pu constituer une ingérence dans leur liberté d'expression. Toutefois, l'objet de la politique et l'unique raison des enquêtes et des révocations étaient une manifestation essentiellement privée de la personnalité humaine. L'aspect relatif à la liberté d'expression est accessoire et il est inutile d'examiner ces griefs.

Conclusion : non-lieu à examen (unanimité).

5. Article 13 : considérant que la Convention n'est pas incorporée dans le droit anglais, la question de savoir si l'application de la politique a enfreint les droits des requérants au regard de l'article 8 – et, en particulier, de savoir s'il a été démontré que la politique répondait à un besoin social impérieux ou était proportionnée – ne pouvait recevoir une réponse adéquate par les tribunaux internes, qui étaient uniquement appelés à rechercher si les décisions étaient irrationnelles. Or, le seuil à cet égard était si élevé qu'il excluait en pratique tout examen de la nécessité et de la proportionnalité. Dès lors, les requérants n'ont pas disposé d'un recours effectif.

Conclusion : violation (unanimité).

Article 41 : la Cour estime que la question de l'application de l'article 41 n'est pas en état et réserve ladite question.

Jurisprudence citée par la Cour

Engel et autres c. Pays-Bas, arrêt du 8 juin 1976, série A n° 22

Irlande c. Royaume-Uni, arrêt du 18 janvier 1978, série A n° 25

Tyrer c. Royaume-Uni, arrêt du 25 avril 1978, série A n° 26

Dudgeon c. Royaume-Uni, arrêt du 22 octobre 1981, série A n° 45

Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, arrêt du 28 mai 1985, série A n° 94

Norris c. Irlande, arrêt du 26 octobre 1988, série A n° 142

Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni, arrêt du 30 octobre 1991, série A n° 215

Kokkinakis c. Grèce, arrêt du 25 mai 1993, série A n° 260-A

Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs et Gubi c. Autriche, arrêt du 19 décembre 1994, série A n° 302

Vogt c. Allemagne, arrêt du 26 septembre 1995, série A n° 323
Kalaç c. Turkey, arrêt du 1^{er} juillet 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-IV
Grigoriades c. Grèce, arrêt du 25 novembre 1997, *Recueil* 1997-VII
Larissis et autres c. Grèce, arrêt du 24 février 1998, *Recueil* 1998-I

En l'affaire Smith et Grady c. Royaume-Uni,

La Cour européenne des Droits de l'Homme (troisième section), siégeant en une chambre composée de :

M. J.-P. COSTA, *président*,

Sir Nicolas BRATZA,

MM. L. LOUCAIDES,

P. KÜRIS,

W. FUHRMANN,

M^{me} H.S. GREVE,

M. K. TRAJA, *juges*,

et de M^{me} S. DOLLÉ, *greffière de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 18 mai et 24 août 1999,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date :

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouvent deux requêtes dirigées contre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, dont les requérants avaient saisi la Commission européenne des Droits de l'Homme (« la Commission ») en vertu de l'ancien article 25 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (« la Convention »).

La première requérante, M^{me} Jeanette Smith, ressortissante britannique née en 1966, est domiciliée à Edimbourg. Sa requête, introduite le 9 septembre 1996, a été enregistrée le 27 novembre 1996 sous le numéro de dossier 33985/96. Le deuxième requérant, M. Graeme Grady, ressortissant britannique né en 1963, est domicilié à Londres. Sa requête, introduite le 6 septembre 1996, a été enregistrée le 27 novembre 1996 également, sous le numéro de dossier 33986/96. Les requérants ont été tous deux représentés devant la Commission, puis devant la Cour, par M. P. Leech, directeur juridique de Liberty, une association de défense des libertés civiles ayant son siège à Londres.

2. Les requérants allèguent que l'enquête menée sur leur homosexualité et leur révocation de l'armée de l'air britannique au seul motif qu'ils sont homosexuels ont emporté violation de l'article 8 de la Convention, considéré isolément et combiné avec l'article 14. Ils invoquent aussi les articles 3 et 10 de la Convention, considérés isolément et combinés avec l'article 14, quant à la politique du ministère de la Défense excluant les homosexuels de l'armée et aux investigations et révocations qui en ont résulté. Ils se plaignent en outre sur le terrain de l'article 13 de ne pas avoir disposé d'un recours effectif devant une instance nationale pour faire redresser ces violations.

3. Le 20 mai 1997, la Commission (plénière) a décidé de porter les requêtes à la connaissance du gouvernement britannique (« le Gouvernement »), qu'elle a invité à présenter des observations sur leur recevabilité et leur bien-fondé. Elle a en outre décidé de les joindre à deux autres requêtes similaires (n^{os} 31417/96 et 32377/96, *Lustig-Prean c. Royaume-Uni* et *Beckett c. Royaume-Uni*).

Le Gouvernement, représenté par ses agents successifs, M. M. Eaton puis M. C. Whomersley, tous deux du ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth, a déposé des observations le 17 octobre 1997.

4. Le 17 janvier 1998, la Commission a décidé d'ajourner l'examen des requêtes en attendant l'issue d'un renvoi préjudiciel à la Cour européenne de justice (« CEJ ») par la *High Court* anglaise, en vertu de l'article 177 du Traité de Rome, de la question de l'applicabilité à une différence de traitement fondée sur les préférences sexuelles de la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (« la directive relative à l'égalité de traitement »).

5. Le 17 avril 1998, les requérants ont présenté leurs observations en réponse à celles du Gouvernement.

6. Par décision du 13 juillet 1998, la *High Court* a renoncé au renvoi préjudiciel susmentionné à la lumière de la décision de la CEJ dans l'affaire *R. v. Secretary of State for Defence, ex parte Perkins* (13 juillet 1998).

7. A la suite de l'entrée en vigueur du Protocole n^o 11 à la Convention le 1^{er} novembre 1998, les requêtes sont examinées par la Cour en application de l'article 5 § 2 dudit Protocole.

Conformément à l'article 52 § 1 du règlement de la Cour (« le règlement »)¹, le président de la Cour, M. L. Wildhaber, a attribué l'affaire à la troisième section. La chambre constituée au sein de ladite section comprenait de plein droit Sir Nicolas Bratza, juge élu au titre du Royaume-Uni (articles 27 § 2 de la Convention et 26 § 1 a) du règlement) et M. J.-P. Costa, qui a assumé la présidence de la section et donc de la chambre (articles 12 et 26 § 1 a) du règlement). Les autres membres désignés par ce dernier pour compléter la chambre étaient M. L. Loucaides, M. P. Kūris, M. W. Fuhrmann, M^mc H.S. Greve et M. K. Traja (article 26 § 1 b) du règlement).

8. Le 23 février 1998, la chambre a déclaré les présentes requêtes recevables² et, tout en maintenant leur jonction, a décidé de les disjoindre des affaires *Lustig-Prean* et *Beckett* précitées. Elle a en outre résolu de tenir une audience sur le fond en l'espèce.

Notes du greffe

1. Entré en vigueur le 1^{er} novembre 1998.

2. La décision de la Cour est disponible au greffe.

and Security Service – « la police militaire »), affirmant notamment que la requérante était homosexuelle et lui faisait subir un harcèlement sexuel.

13. Le 15 juin 1994, la requérante se présenta à son poste. Elle fut convoquée à un entretien préalable à l'ouverture d'une procédure disciplinaire pour s'être absentée sans autorisation. Pour justifier son absence, elle mentionna l'appel téléphonique anonyme et reconnut qu'elle était homosexuelle. Elle confirma également avoir déjà eu une liaison homosexuelle et en entretenir alors une autre, qui impliquaient toutes deux des personnes civiles ; la relation en cours avait débuté dix-huit mois auparavant. L'assistance de la police militaire fut requise, un dossier d'enquête interne ouvert et un enquêteur de la police militaire désigné.

14. Le même jour, la requérante fut interrogée par cet enquêteur et par un autre officier (une femme) appartenant à la police militaire. L'interrogatoire dura trente-cinq minutes environ. L'intéressée fut avisée qu'elle n'était pas tenue de parler mais que toute déclaration de sa part pourrait être versée au dossier. Elle affirma ultérieurement que son *solicitor* lui avait conseillé de se taire ; elle avait toutefois accepté de répondre à des questions simples mais refusé de donner « des détails ». Elle fut avertie que certaines questions étaient susceptibles de la gêner et qu'elle pouvait dans ce cas exprimer son embarras. On lui expliqua également que les questions avaient pour but de vérifier que ses aveux ne visaient pas à obtenir une révocation anticipée.

La requérante déclara que si elle se « posait des questions » sur ses préférences sexuelles depuis environ six ans, elle avait eu sa première liaison homosexuelle durant sa première année dans l'armée de l'air. On l'invita à dire comment elle en était venue à prendre conscience qu'elle était lesbienne, quels étaient les noms de ses anciennes partenaires (qu'elle refusa de donner) et si celles-ci appartenaient à l'armée (cette question lui fut posée à plusieurs reprises). On l'interrogea également sur la façon dont elle avait rencontré sa partenaire actuelle et la nature de leurs rapports ; devant son refus de répondre, son interlocuteur lui demanda par quel autre moyen il pourrait prouver son homosexualité. La requérante confirma alors qu'elle-même et sa partenaire entretenaient des relations intimes.

On lui demanda également si elle-même et sa partenaire avaient des rapports sexuels avec la jeune fille (de seize ans) placée dans leur foyer. La requérante indiqua qu'elle connaissait les conséquences de la découverte de son homosexualité et que, tout en s'estimant aussi apte que quiconque à remplir ses fonctions, elle s'était résignée à ce qui devait lui arriver. Ses interlocuteurs voulurent aussi savoir si elle avait consulté un homme de loi, quel était le nom de son *solicitor*, quels conseils celui-ci lui avait déjà donnés, et ce qu'elle envisageait de faire à cet égard après l'interrogatoire. On l'invita à dire si elle s'était posé des questions concernant le VIH, si elle « prenait des précautions », ce qu'elle faisait pendant ses loisirs et si

elle participait à des « jeux de garçon manqué » comme le hockey ou le netball. La requérante accepta que sa partenaire, qui attendait à l'extérieur, fût interrogée pour « corroborer » ses dires.

15. Dans leur rapport du 15 juin 1994, les enquêteurs consignèrent leur entretien ultérieur avec la partenaire de la requérante, qui confirma qu'elles entretenaient des relations intimes depuis dix-huit mois environ ; elle refusa cependant d'en dire plus.

16. Le rapport d'enquête fut envoyé au chef de corps de la requérante, lequel préconisa, le 10 août 1994, la révocation administrative de l'intéressée. Le 16 novembre 1994, celle-ci reçut une attestation de révocation des forces armées. Selon un document interne de l'armée de l'air en date du 17 octobre 1996, l'appréciation des compétences professionnelles et des qualités personnelles de la requérante est très bonne, et le comportement général de l'intéressée est qualifié d'exemplaire.

B. Le second requérant

17. Le 12 août 1980, M. Graeme Grady (le second requérant) entra comme auxiliaire administratif dans la Royal Air Force, au grade de soldat de deuxième classe. En 1991, il avait atteint le grade de sergent et travaillait comme administrateur du personnel ; il fut alors muté à Washington, au bureau de liaison du ministère de la Défense britannique pour l'Amérique du Nord (*British Defence Intelligence Liaison Service (North America)* – « BDILS(NA) »). Il avait alors le statut de cadre et dirigeait l'équipe de soutien du BDILS(NA). En mai 1993, le requérant, qui était marié et avait deux enfants, annonça à son épouse qu'il était homosexuel.

18. L'appréciation générale portée sur l'intéressé pour la période allant de juin 1992 à juin 1993 indique qu'il a obtenu huit sur neuf au total pour ses capacités professionnelles, ses compétences en matière d'encadrement et ses qualités personnelles. Son aptitude à travailler avec des personnes de tous les grades, avec ses homologues canadiens et australiens et avec ses supérieurs hiérarchiques fut mise en exergue, son chef de corps notant en conclusion que le requérant était tout désigné pour être inscrit au tableau d'avancement (une recommandation spéciale passant pour être à sa portée) et qu'il correspondait particulièrement bien au profil « PS [assistant personnel]/SDL [fonctions spéciales]/fonctions diplomatiques ».

19. A la suite des révélations faites à l'épouse du chef du BDILS(NA) par la nourrice de la famille, le chef du BDILS(NA) fit savoir que l'on soupçonnait le requérant d'être homosexuel. Un dossier d'enquête interne fut ouvert et un officier de la police militaire désigné comme enquêteur.

20. Le 12 mai 1994, l'habilitation de sécurité du requérant fut remplacée par une habilitation plus restreinte. Le 17 mai 1994, le chef du

BDILS(NA) le releva de ses fonctions et l'informa qu'il était renvoyé au Royaume-Uni en attendant l'issue d'une enquête sur un problème concernant son habilitation de sécurité. Le même jour, l'intéressé fut emmené chez lui pour y faire ses valises et invité à quitter Washington pour le Royaume-Uni. On lui demanda alors de rester dans l'enceinte de la base aérienne concernée au Royaume-Uni.

21. Le 19 mai 1994, le chef du BDILS(NA) conseilla à deux enquêteurs de la police militaire, qui étaient entre-temps arrivés à Washington, d'interroger sa propre épouse, la nourrice, l'épouse du requérant ainsi qu'une employée du BDILS(NA) et le mari de cette dernière.

22. Dans sa déposition, la nourrice expliqua comment, du fait de ses propres liens dans le milieu homosexuel, elle en était venue à soupçonner le requérant d'être homosexuel. L'épouse du chef du BDILS(NA) rapporta pendant l'interrogatoire les confidences que lui avait faites l'épouse du requérant sur leurs difficultés conjugales et leur vie sexuelle, et révéla aux enquêteurs que l'intéressé était parti en randonnée à bicyclette avec un collègue. Les enquêteurs décidèrent que sa déposition ne pouvait leur être utile. La collègue du requérant et son mari évoquèrent eux aussi les problèmes conjugaux de l'intéressé et de son épouse, la circonstance qu'ils faisaient chambre à part, et la randonnée à bicyclette que le requérant avait effectuée avec un collègue. On interrogea également ces personnes sur la possibilité que le requérant entretînt une liaison adultère et des liens avec la communauté homosexuelle. Les enquêteurs expliquèrent par la suite que ces amis étaient manifestement loyaux envers l'intéressé et qu'il ne fallait pas les croire.

23. L'épouse de M. Grady fut interrogée à son tour. L'interrogatoire est consigné en détail dans le rapport en date du 22 mai 1994. On expliqua à l'épouse du requérant que l'interrogatoire portait sur l'habilitation de sécurité de son mari et que celui-ci avait été transféré sur-le-champ au Royaume-Uni, conformément à la procédure habituelle. Elle accepta de parler aux enquêteurs de son époux et d'elle-même et, répondant aux questions, donna des précisions sur leur situation financière, l'évolution et l'état actuel de leur vie conjugale, leurs habitudes sexuelles et la relation du requérant avec ses deux enfants. Elle indiqua que les tendances sexuelles de son époux étaient normales et qu'il était parti seul faire la randonnée à bicyclette en question.

24. Le 23 mai 1994, l'habilitation de sécurité restreinte accordée au requérant fut suspendue.

25. Le 25 mai 1994, le requérant fut convoqué à un interrogatoire avec les deux mêmes enquêteurs, qui étaient rentrés des Etats-Unis. L'interrogatoire débuta à 14 h 35 et fut conduit, après avertissement de l'intéressé, en présence d'un observateur (appartenant également à l'armée de l'air) à la demande du requérant. Celui-ci fut informé de l'existence d'une allégation concernant ses préférences sexuelles (les

termes de « tantouze » (*queen*) et de « pédale intégrale » (*out and out bender*) furent employés) et on lui précisa que les enquêteurs s'étaient rendus à Washington et avaient parlé à plusieurs personnes, dont une ou deux pensaient qu'il était homosexuel.

Le requérant nia être homosexuel. On lui posa de nombreuses questions sur son travail, ses relations avec le chef du BDILS(NA), sa randonnée à bicyclette et sa collègue. Les enquêteurs lui déclarèrent que son épouse avait subi un interrogatoire approfondi et lui dirent de temps à autre si leurs réponses concordaient. Il fut invité à parler de l'échec de son mariage, de ses éventuelles aventures extraconjugales, de ses relations intimes avec son épouse, y compris du fait qu'ils utilisaient des préservatifs, et de leur situation financière. On lui posa également des questions sur la randonnée à bicyclette, sur un collègue et sur l'orientation sexuelle de ce dernier. On demanda au requérant qui il appelait depuis qu'il était au Royaume-Uni et comment il téléphonait. On lui dit qu'il serait invité à fournir son agenda électronique qui contenait des noms, adresses et numéros de téléphone et que l'on vérifierait si les entrées correspondaient à des contacts homosexuels. Les enquêteurs informèrent le requérant qu'ils avaient un mandat les autorisant à perquisitionner à son domicile s'il n'était pas d'accord. Le requérant donna son consentement à la perquisition. Il demanda également qu'on lui laisse le temps de réfléchir et de consulter un homme de loi. L'interrogatoire fut suspendu à 15 h 14.

26. Le requérant prit alors l'avis d'un *solicitor* et une perquisition fut conduite à son domicile. L'interrogatoire reprit à 19 h 44, en présence du *solicitor* et d'un observateur. Bien qu'on le pressât de questions, le requérant répondit « pas de commentaire » à la plupart d'entre elles. Devant les réponses de l'intéressé, on demanda à son *solicitor* ce qu'il lui avait conseillé. L'agenda électronique du requérant lui fut confisqué. On lui demanda s'il percevait les conséquences de l'enquête d'un point de vue sécuritaire et savait que sa carrière était finie si les allégations à son encontre étaient prouvées. L'un des enquêteurs lui dit alors :

« (...) si vous changez d'avis et souhaitez me parler, pendant que je suis encore ici, avant que je ne rentre à Washington ; parce que je rentre à Washington. Je vais voir le colonel demain, celui de Londres, qui verra alors le général et nous allons demander l'autorisation de parler aux Américains (...) et je resterai là-bas, Graeme, jusqu'à ce que j'aie parlé à tous les Américains que vous connaissez. L'argent n'est pas un problème. Le temps n'est pas un problème. (...) »

On présenta au requérant les déclarations circonstanciées faites par son épouse aux enquêteurs, lesquelles comprenaient des renseignements sur sa relation avec son fils, sa fille et sa belle-mère, sur des sujets concernant le domicile familial dont le requérant n'avait pas connaissance, et sur l'utilisation par l'intéressé de préservatifs lors de ses rapports sexuels avec sa femme. L'enquêteur revint sur la froideur que le requérant avait manifestée envers son épouse, et sur son apparent regain

d'amour à son égard. Le requérant continua de répondre « pas de commentaire ». On expliqua à son *solicitor* que l'attitude de l'armée quant à des investigations concernant des allégations d'homosexualité ne justifiait pas le recours à des conseils juridiques et que le *solicitor* ne faisait que retarder les choses. Les enquêteurs déclarèrent également qu'il s'agissait d'une question de sécurité et qu'ils ne donneraient pas plus de détails, le *solicitor* n'ayant pas d'habilitation de sécurité ; cependant, le requérant ne devait pas être surpris si des personnes appartenant au contre-espionnage venaient lui parler, et il n'aurait alors aucune possibilité de prendre un avis juridique.

Le requérant demanda du temps pour parler à son *solicitor* et l'interrogatoire fut interrompu à 20 h 10. Après discussion avec son conseil, il sollicita une nuit de réflexion.

27. L'interrogatoire reprit le 26 mai 1994 à 15 h 27, en présence des mêmes enquêteurs et d'un observateur, mais le requérant ne demanda pas l'assistance d'un *solicitor*. Il reconnut presque immédiatement son homosexualité et expliqua qu'il l'avait niée au départ parce qu'il ne savait pas s'il pourrait conserver le bénéfice de certains droits cumulés en cas de révocation, et qu'il s'inquiétait de la situation financière de sa famille dans cette éventualité. Or, il avait depuis lors découvert qu'il bénéficierait d'une révocation administrative et qu'il aurait droit à une indemnité normale à la cessation de service ; il pouvait donc se montrer honnête.

Le requérant fut en outre interrogé sur un dénommé « Randy » ; on lui demanda si son épouse était au courant de son homosexualité, si l'un de ses collègues était homosexuel, et quand il avait révélé son homosexualité. On lui demanda s'il avait actuellement un partenaire, mais il refusa de donner son nom ; à ce stade, on lui expliqua que le service devait vérifier ses aveux concernant son homosexualité pour éviter des tentatives frauduleuses de révocation anticipée. Il fut alors interrogé sur sa première liaison homosexuelle (il déclara qu'elle avait commencé en octobre 1993) et sur ses partenaires homosexuels (passés et présents) ; on lui demanda qui ils étaient, où ils travaillaient, quel âge ils avaient, comment il les avait rencontrés et quelle était la nature des relations, y compris sexuelles, qu'il entretenait avec eux.

Pendant l'interrogatoire, on produisit les effets personnels qui lui avaient été confisqués et on l'interrogea notamment sur le contenu de son agenda électronique, une photographie, une enveloppe déchirée et une lettre qu'il avait adressée à son partenaire actuel. On lui demanda également quand il avait pris conscience de son homosexualité pour la première fois, qui connaissait ses tendances sexuelles, quels étaient ses rapports (y compris sexuels) avec son épouse, ce que celle-ci pensait de son homosexualité, s'il était séropositif et, de nouveau, quelle était la nature de ses relations sexuelles avec ses partenaires homosexuels. L'interrogatoire s'acheva à 16 h 10.

28. Les enquêteurs rédigèrent un rapport le 13 juin 1994. Dans le récapitulatif de ses qualifications et son certificat de références du 12 octobre 1994, le requérant était décrit comme un soldat loyal et un professionnel consciencieux et travailleur à qui l'on pouvait se fier pour atteindre l'excellence. Il était également noté qu'il avait fait preuve de solides qualités personnelles et d'intégrité pendant toute la période où il avait servi dans l'armée, et qu'il s'était attiré le respect aussi bien de ses supérieurs que de ses pairs et subordonnés. La révocation administrative du requérant prit effet le 12 décembre 1994.

C. La procédure de contrôle juridictionnel engagée par les requérants (*R. v. Ministry of Defence, ex parte Smith and Others*, *Weekly Law Reports*, vol. 2, p. 305)

29. Avec MM. Lustig-Prean et Beckett (paragraphe 3 ci-dessus), les requérants furent autorisés à demander le contrôle juridictionnel des décisions de les révoquer de l'armée. Ils prétendirent que la politique du ministère de la Défense envers les homosexuels appartenant à l'armée était « irrationnelle », emportait violation de la Convention et contrevenait à la directive relative à l'égalité de traitement. Selon le ministère de la Défense, cette politique était nécessaire, principalement pour soutenir le moral et l'efficacité des troupes, compte tenu du rôle parental de l'armée vis-à-vis des jeunes recrues et de l'exigence de vie en communauté au sein des forces armées.

30. Le 7 juin 1995, la *High Court* rejeta la demande de contrôle juridictionnel, *Lord Justice* Simon Brown exposant l'arrêt principal de la cour. Il observa que ces affaires illustraient les problèmes qu'engendrait la politique absolutiste à l'égard des homosexuels dans les forces armées, et constata que les demandeurs avaient tous les quatre des états de service exemplaires, certains d'entre eux pouvant se prévaloir de rapports établis en termes élogieux. En outre, il releva que nul n'avait allégué dans les affaires devant la cour que les préférences sexuelles des intéressés avaient de quelque manière que ce fût nui à leur capacité de remplir leurs tâches ou eu un effet négatif sur la discipline. Rien ne permettait de croire que sans ces révocations, motivées uniquement par leurs tendances sexuelles, ils n'auraient pas continué à remplir leurs fonctions avec une parfaite efficacité et avec le soutien sans faille de leurs collègues. Tous étaient accablés par leur révocation.

Lord Justice Simon Brown examina le contexte de cette politique « séculaire », l'intérêt que présentait le rapport de 1991 de la commission parlementaire restreinte, la situation au sein d'autres armées dans le monde, l'argumentation du ministère de la Défense (remarquant que le moyen tenant à la sécurité n'était plus au cœur des préoccupations du

gouvernement) ainsi que les arguments des demandeurs à l'encontre de cette politique. Il estima que les moyens des demandeurs avaient nettement plus de poids que ceux de leurs adversaires, qualifiant de « puissants » leurs arguments en faveur d'un code de conduite. A son avis, le ministère de la Défense allait contre le sens de l'histoire. Il ajouta que quelle que soit la décision de la *High Court*, cette politique ne survivrait probablement plus longtemps, et ajouta : « je doute que la majorité de ceux qui ont suivi la procédure dans cette enceinte puissent à présent penser autrement. »

31. Toutefois, s'agissant des arguments concernant le critère à employer dans le cadre de cette procédure de contrôle juridictionnel, *Lord Justice Simon Brown* conclut qu'il fallait appliquer les principes *Wednesbury* classiques, adaptés au contexte des droits de l'homme.

En conséquence, dès lors qu'une restriction était apportée à des droits fondamentaux, le ministre de la Défense devait démontrer l'existence d'un intérêt concurrent majeur pour justifier la restriction. La décision principale lui appartenait, l'examen subsidiaire de la cour portant uniquement sur le point de savoir si un ministre raisonnable, eu égard aux éléments dont il disposait, pouvait raisonnablement avoir émis ce jugement principal. Il précisa ensuite que la cour ne pouvait annuler la décision du ministre que si la justification avancée « défiait de manière flagrante la logique ou les principes moraux communément admis ». Il releva que dans le cadre limité de ce contrôle, la cour devait méticuleusement s'assurer, avant de rejeter la demande, que le demandeur n'avait en vérité aucun moyen de contestation reconnu. Si les droits les plus fondamentaux étaient menacés, la cour refuserait, par exemple, de passer sur un vice mineur dans le processus de décision, de considérer les preuves du ministre avec une bienveillance particulière ou d'exercer son pouvoir discrétionnaire de ne pas accorder réparation. Cependant, il souligna que même en cas de restriction des droits les plus fondamentaux, « le seuil à partir duquel une décision perd son caractère raisonnable n'[était] pas abaissé ».

Le ministre avait manifestement fait valoir un intérêt public concurrent majeur. Mais la question centrale était de savoir s'il était raisonnable pour le ministre d'estimer qu'autoriser les homosexuels à servir dans l'armée menacerait l'intérêt en jeu. Bien que ne pouvant exclure que le ministre eût tort, le magistrat souligna que :

« (...) [les tribunaux] ont un devoir (...) celui de rester dans les limites constitutionnelles et de ne pas les franchir. Il conviendrait que cette cour reprenne l'ensemble de cette affaire des mains des militaires et du gouvernement uniquement s'il était totalement déraisonnable d'affirmer qu'aucun préjudice concevable ne peut être causé à l'armée en tant que force de combat. Si la Convention (...) était intégrée dans notre droit, et que nous étions en conséquence en droit de rechercher si cette politique répond à un besoin social impérieux et s'il peut être démontré que la restriction apportée aux

droits de l'homme en question est proportionnée aux avantages qu'elle procure, alors la décision principale (...) nous appartiendrait manifestement, à nous et non à d'autres : l'équilibre constitutionnel serait modifié. Mais ce n'est pas le cas. Etant appelée à émettre un simple jugement subsidiaire, la présente cour est tenue d'observer une certaine retenue. Notre attitude doit souligner, et non pas masquer, qui en définitive est responsable de la défense du royaume, et rappeler également que le Parlement contrôle en permanence ce domaine de prérogatives. »

Par conséquent, si le motif invoqué par le ministre pour justifier l'interdiction pouvait paraître « peu convaincant », la position du ministre ne pouvait à proprement parler passer pour illégale. Dès lors, « quoique avec hésitation et regret », il convenait de rejeter les demandes. Une brève analyse de la jurisprudence fondée sur la Convention conduisit le juge à déclarer qu'il y avait de fortes chances, eu égard aux obligations du Royaume-Uni, que les jours de cette politique fussent comptés.

32. *Lord Justice Simon Brown* estima également que la directive relative à l'égalité de traitement ne s'appliquait pas à un traitement discriminatoire fondé sur l'orientation sexuelle, et que les tribunaux internes ne pouvaient pas statuer sur les questions relevant de la Convention. Il constata aussi que les Etats-Unis, le Canada, l'Australie, la Nouvelle-Zélande, l'Irlande, Israël, l'Allemagne, la France, la Norvège, la Suède, l'Autriche et les Pays-Bas autorisaient les homosexuels à servir dans leurs forces armées et que, selon les éléments du dossier, les seuls pays ayant édicté une interdiction générale étaient la Turquie et le Luxembourg (ainsi que, peut-être, le Portugal et la Grèce).

33. En août 1995, le ministère de la Défense adressa aux « organes dirigeants » des forces armées un document devant servir à évaluer sa politique à l'égard des homosexuels au sein de l'armée. Dans la lettre de couverture accompagnant ce document, il était souligné que « le secrétaire d'Etat aux Forces armées a[vait] décidé qu'il [fallait] recueillir au sein du ministère de la Défense des éléments en faveur de la politique actuelle sur l'homosexualité ». Il était précisé que les juridictions européennes allaient probablement être saisies de l'affaire et que les requérants, dans la procédure de contrôle juridictionnel, avaient fait valoir que la position du ministère de la Défense « ne se fondait sur aucune preuve factuelle », ce qui n'avait rien de surprenant : en effet, les preuves étaient difficiles à rassembler puisque les homosexuels n'étaient pas autorisés à servir dans l'armée. Etant donné que « les arguments en faveur d'un maintien de cette politique ne [devaient] pas s'en trouver affaiblis », les destinataires de la lettre étaient invités à commenter le document et « à fournir tout autre élément favorable à la politique actuelle d'ici à septembre 1995 ». Le document joint invoquait notamment deux incidents considérés comme préjudiciables à la cohésion de l'armée. Le premier impliquait un homosexuel qui entretenait une liaison avec un serveur du mess des sous-officiers, et l'autre concernait un Australien en déta-

chement, dont le comportement avait été qualifié de « tellement perturbant » que l'on avait mis fin au détachement.

34. Le 3 novembre 1995, la Cour d'appel débouta les requérants. L'arrêt principal fut rendu par Sir Thomas Bingham, *Master of the Rolls* (avec qui les deux autres juges de la Cour d'appel marquèrent leur accord).

35. Quant au point de vue de la cour sur la question de « l'irrationalité », le *Master of the Rolls* estima que les considérations suivantes dépeignaient exactement l'état de la jurisprudence pertinente sur le sujet :

« La cour ne peut intervenir pour des raisons de fond dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire administratif que si elle est convaincue que la décision est déraisonnable en ce qu'elle n'entre pas dans la gamme de réactions qui s'offre à un responsable raisonnable. Toutefois, s'agissant de juger si l'auteur de la décision a dépassé cette marge d'appréciation, le contexte des droits de l'homme est important. Plus l'ingérence dans les droits de l'homme est grave, plus la cour exigera une justification sérieuse avant de se convaincre du caractère raisonnable de la décision au sens défini ci-dessus. »

Le magistrat continua en citant notamment l'arrêt rendu par Lord Bridge dans l'affaire *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind* (*Appeal Cases* 1991, vol. 1, p. 696), qui précisait ceci :

« C'est au ministre, à qui le Parlement a confié un pouvoir discrétionnaire en la matière, qu'il appartient de prendre la décision principale quant à savoir si l'intérêt public concurrent en jeu justifie la restriction imposée dans le cas d'espèce. Mais nous sommes en droit d'exercer un jugement subsidiaire en recherchant si un ministre raisonnable, eu égard aux éléments dont il disposait, pouvait raisonnablement émettre ce jugement principal. »

Par ailleurs, il estima que plus la décision était politique et plus son objet s'écartait de la pratique judiciaire ordinaire, plus la cour devait avoir scrupule à tenir cette décision pour irrationnelle.

36. Avant d'appliquer le critère d'irrationalité, le *Master of the Rolls* releva que l'affaire portait sur des caractéristiques innées de nature très personnelle, que les décisions contestées par les demandeurs avaient une profonde incidence sur leurs carrière et avenir, et que les droits des intéressés en tant qu'êtres humains étaient au cœur de l'affaire. S'il n'appartenait pas à la cour de prendre la décision principale et de régler les conditions de service dans l'armée, « elle a[vait] le rôle et le devoir constitutionnels de garantir que les droits des citoyens ne [fussent] pas bafoués par l'exercice illégal du pouvoir exécutif. La cour doit s'incliner devant l'expertise des responsables, mais elle ne doit pas faillir à son devoir fondamental de « rendre justice à toute personne, quelle qu'elle soit » (...) ».

37. Appliquant le critère de l'irrationalité invoqué ci-dessus, il aborda ensuite les arguments des parties pour et contre la politique, observant que les moyens des demandeurs présentaient « une force considérable » et

appelaient un examen approfondi, compte tenu notamment de la pratique au Royaume-Uni, des évolutions constatées dans d'autres pays et de l'efficacité potentielle d'un code renfermant des prescriptions détaillées qui remplacerait l'actuelle interdiction générale. Toutefois, le magistrat conclut que la politique ne pouvait être considérée comme « irrationnelle » à l'époque où les demandeurs avaient été révoqués de l'armée, estimant que le seuil d'irrationalité était « élevé » et qu'il n'avait pas été franchi en l'espèce.

38. Quant à la Convention, le *Master of the Rolls* fit les observations suivantes :

« Bien évidemment, nul ne conteste que les juridictions internes ne peuvent rendre exécutoire l'obligation du Royaume-Uni en vertu du droit international de respecter et de faire respecter [l'article 8 de la Convention]. La Convention présente un intérêt en l'espèce en ce qu'elle peut éclairer le contexte du grief relatif à l'irrationalité. Le fait qu'un responsable, dans l'exercice d'un pouvoir administratif discrétionnaire, n'ait pas pris en compte les obligations qu'impose la Convention ne constitue pas en soi un moyen de contester l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. »

Le magistrat constata que, selon toute apparence, le fait de révoquer une personne de son poste en raison de tendances sexuelles personnelles et de l'interroger sur son comportement sexuel observé en privé ne dénotait pas un grand respect pour la vie privée et familiale de cette personne ; il releva en outre que l'on pouvait se demander si la politique répondait à un « besoin social impérieux » et, en particulier, était proportionnée au but légitime recherché. Toutefois, il conclut que la Cour d'appel ne pouvait répondre de manière satisfaisante ou utile à ces questions, et qu'il fallait plutôt les adresser à la Cour européenne des Droits de l'Homme, devant laquelle les demandeurs pourraient avoir à faire valoir leurs prétentions. Il admit en outre que la directive relative à l'égalité de traitement ne s'appliquait pas à des griefs ayant trait aux préférences sexuelles.

39. *Lord Justice Henry*, de la Cour d'appel, marqua son accord avec le jugement du *Master of the Rolls* et, en particulier, avec le point de vue de celui-ci concernant le critère de l'irrationalité et l'inaptitude de la cour à résoudre les questions relevant de la Convention. Il exprima des doutes quant à l'utilité d'un débat sur le sort probable de la « très ancienne » politique du ministère de la Défense devant la Cour européenne des Droits de l'Homme, à qui il appartenait en priorité de statuer sur les questions touchant la Convention. La Cour d'appel ne s'occupait pas « d'hypothétiques problèmes ». Pour *Lord Justice Henry*, la Convention ne présentait un intérêt que « pour éclairer le contexte du grief relatif à l'irrationalité », comme l'avait déjà fait remarquer le *Master of the Rolls*. Il était important de souligner ce point, puisque le Parlement n'avait pas attribué aux tribunaux internes la compétence principale pour connaître des questions relatives aux droits de l'homme relevant de la Convention, et que les éléments et observations présentés à la Cour d'appel se rap-

portaient à ses pouvoirs subsidiaires en la matière et non à sa compétence principale.

40. *Lord Justice Thorpe*, de la Cour d'appel, se rallia aux deux jugements exposés ci-dessus et, en particulier, aux points de vue exprimés sur le critère de l'irrationalité et son application en l'espèce. Les moyens des demandeurs à l'appui de la thèse de la violation des droits garantis par l'article 8 étaient certes « convaincants », mais la Cour d'appel ne disposait pas des éléments et arguments qui permettraient en définitive de régler de la question. Il estima également que les observations des demandeurs en réponse aux arguments en faveur de la politique étaient « totalement convaincantes », ajoutant que, sur le fond, le plus frappant était l'absence totale d'illustration et de justification par des exemples spécifiques, tant parmi les éléments produits par le ministre devant la *High Court* que dans le dossier présenté à la commission parlementaire restreinte en 1991. A son sens, « il était temps de revoir cette politique et d'envisager de la remplacer par un code de conduite strict ». Toutefois, la contestation par les demandeurs de la rationalité du ministre avait « fait long feu ».

41. Le 19 mars 1996, le comité de sélection des recours (*Appeals Committee*) de la Chambre des lords refusa aux requérants l'autorisation de la saisir.

D. La procédure engagée par les requérants devant le tribunal du travail

42. A l'époque où les requérants sollicitèrent l'autorisation d'engager une procédure de contrôle juridictionnel, ils saisirent également le tribunal du travail (*Industrial Tribunal*), alléguant un traitement discriminatoire contraire à la loi de 1975 sur la discrimination sexuelle (*Sexual Discrimination Act 1975*). Cette dernière instance fut suspendue en attendant l'issue de la procédure de contrôle juridictionnel.

43. Par une lettre du 25 novembre 1998, les requérants confirmèrent à la Cour qu'ils avaient demandé à se désister de l'instance en cours devant le tribunal du travail, eu égard à l'issue de la procédure de contrôle juridictionnel et à d'autres décisions des juridictions internes et de la CEJ rendues dans l'intervalle.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

A. Dépénalisation des actes homosexuels

44. En vertu de l'article 1 § 1 de la loi de 1967 sur les infractions sexuelles (*Sexual Offences Act 1967*), les actes homosexuels commis en privé

entre adultes consentants (soit, à l'époque, les personnes de 21 ans et plus) ont été dépenalisés. Toutefois, l'article 1 § 5 de la loi de 1967 précisait que de tels actes constituaient toujours des infractions au regard des lois de 1955 sur l'armée de terre et sur l'armée de l'air, et de la loi de 1957 sur la discipline dans la marine. L'article 1 § 5 de la loi de 1967 a été abrogé par la loi de 1994 sur la justice pénale et l'ordre public (*Criminal Justice and Public Order Act* 1994), laquelle a également ramené l'âge du consentement à 18 ans. Toutefois, selon l'article 146 § 4 de la loi de 1994, cette disposition n'empêche pas qu'un acte homosexuel (accompagné ou non d'autres actes ou circonstances) peut constituer un motif de révocation d'un militaire.

B. Arrêts *R. v. Secretary of State for Defence, ex parte Perkins*, des 13 mars 1997 et 13 juillet 1998, et affaires apparentées

45. Le 30 avril 1996, la CEJ a décidé que le droit communautaire protégeait les transsexuels de toute forme de discrimination fondée sur leur transsexualité (*P. v. S. and Cornwall County Council, Industrial Relations Law Reports* 1996, p. 347).

46. Le 13 mars 1997, la *High Court* a saisi la CEJ en vertu de l'article 177 du Traité de Rome d'une question préjudicielle sur l'applicabilité de la directive relative à l'égalité de traitement aux différences de traitement fondées sur les tendances sexuelles (*R. v. Secretary of State for Defence, ex parte Perkins*, 13 mars 1997). M. Perkins avait été renvoyé de la Royal Navy en raison de son homosexualité.

47. Le 17 février 1998, la CEJ a estimé que la directive 75/117/CEE relative à l'égalité des rémunérations ne s'appliquait pas à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (*Grant v. South West Trains Ltd, Industrial Cases Reports* 1998, p. 449).

48. En conséquence, le 2 mars 1998, la CEJ a demandé à la *High Court* si celle-ci, dans le cadre de l'affaire Perkins, souhaitait maintenir la question préjudicielle qu'elle lui avait posée en vertu de l'article 177. A la suite d'une audience en présence des parties, la *High Court* a décidé de renoncer à son renvoi préjudiciel devant la CEJ (*R. v. Secretary of State for Defence, ex parte Perkins*, 13 juillet 1998). L'autorisation d'interjeter appel a été refusée.

C. La politique du ministère de la Défense vis-à-vis des homosexuels dans l'armée

49. A la suite des modifications introduites par la loi de 1994 sur la justice pénale et l'ordre public, une version mise à jour d'un document intitulé « Politique et directives de l'armée relatives à l'homosexualité »

(*Armed Forces' Policy and Guidelines* – « les directives ») a été distribuée en décembre 1994 aux services du personnel des trois armées. Les directives renfermaient notamment les dispositions suivantes :

« L'homosexualité, masculine ou féminine, est considérée comme incompatible avec l'engagement dans l'armée. Cela ne tient pas seulement aux conditions d'intimité physique dans lesquelles le personnel doit fréquemment vivre et travailler, mais aussi au fait que le comportement homosexuel peut choquer, entraîner la création de deux camps, susciter des manquements à la discipline et, par conséquent, porter atteinte au moral et à l'efficacité des troupes. Si des individus admettent être homosexuels pendant leur temps de service et que leur chef de corps estime que cet aveu correspond à la réalité, les intéressés seront invités à quitter l'armée. (...) »

Tous les candidats à l'engagement doivent prendre connaissance de la politique relative à l'homosexualité. Si un(e) engagé(e) potentiel(le) reconnaît être homosexuel(le), il/elle ne sera pas enrôlé(e). Dès lors qu'un(e) engagé(e) potentiel(le) reconnaît être homosexuel(le) même s'il/si elle déclare n'avoir actuellement aucune liaison homosexuelle et ne pas envisager d'en avoir à l'avenir, il/elle ne sera pas enrôlé(e). (...) »

Face à des présomptions d'homosexualité, un chef de corps doit prendre une décision équilibrée en tenant compte de tous les facteurs pertinents. (...) Dans la plupart des cas toutefois, c'est une enquête formelle sur les allégations ou soupçons qui servira le mieux les intérêts de la personne et de l'armée. Selon les circonstances, le chef de corps mènera une enquête interne, avec son propre personnel, ou demandera l'assistance de la police militaire. S'il mène une enquête interne, il discutera normalement de la question avec le bureau social de son unité. L'homosexualité n'est pas un problème médical, mais dans certaines situations, le chef de corps peut être amené à rechercher l'avis du médecin militaire de l'unité sur la personne concernée qu'il adressera, si elle est d'accord, au médecin militaire. (...) »

Un avertissement écrit concernant la conduite ou le comportement d'une personne peut être donné lorsqu'il existe une présomption d'homosexualité, mais qui reste insuffisante (...) pour demander la révocation administrative de l'intéressé(e) (...). Si le chef de corps est convaincu, par des preuves solides, de l'homosexualité d'une personne, une action administrative visant à mettre fin à l'engagement de l'intéressé(e) (...) doit être intentée (...) »

Les directives visaient notamment à réduire les interventions de la police militaire dont les méthodes d'investigation, fondées sur la procédure pénale, avaient donné lieu par le passé à un fort ressentiment et à une large publicité (ce que confirmait le paragraphe 9 du rapport de février 1996 du groupe d'évaluation sur la politique relative à l'homosexualité, résumé aux paragraphes 51 à 62 ci-après. Toutefois, selon le paragraphe 100 dudit rapport, les investigations sur l'homosexualité font partie des « fonctions normales de la police militaire ».)

50. Sir John Frederick Willis *KCB, CBE*, général d'armée aérienne, adjoint au chef du personnel des armées (ministère de la Défense), a soumis à la *High Court*, dans l'affaire *R. v. Secretary of State for Defence, ex parte Perkins* (13 juillet 1998), une déclaration datée du 4 septembre 1996, dont les passages pertinents se lisent ainsi :

« La politique du ministère de la Défense se fonde sur l'idée que la nature spécifique du style de vie des homosexuels exclut toute possibilité d'accepter les homosexuels et l'homosexualité au sein des forces armées. L'armée a pour préoccupation essentielle d'entretenir une force effective et efficace sur le terrain, ce qui nécessite un maintien strict de la discipline. Selon [le ministère de la Défense], la présence de militaires homosexuels risque de nuire à cet objectif.

Les conditions de la vie militaire, sur le terrain ou dans les bureaux, sont très différentes de celles qui ont cours dans la vie civile. (...) Le [ministère de la Défense] estime qu'il doit orienter sa politique relative à l'homosexualité au sein des forces armées en fonction de ces conditions et de la nécessité d'une confiance absolue entre les militaires, quel que soit leur grade. Il ne s'agit pas d'édictier un jugement moral ni de suggérer que les militaires homosexuels sont moins courageux que leurs homologues hétérosexuels ; cette politique se fonde sur une évaluation pratique des incidences de l'homosexualité sur la puissance de combat. »

D. Le rapport du groupe d'évaluation sur la politique relative à l'homosexualité – février 1996

1. Généralités

51. A la suite de la décision dans l'affaire *R. v. Ministry of Defence, ex parte Smith and Others* (*Weekly Law Reports*, vol. 2, p. 305), le groupe d'évaluation sur la politique relative à l'homosexualité (*Homosexuality Policy Assessment Team* – le « GEPH ») a été institué par le ministère de la Défense en vue de procéder à une évaluation interne de la politique de l'armée en matière d'homosexualité. Le GEPH était composé de fonctionnaires du ministère de la Défense et de représentants des trois armées. Son évaluation devait être à la base du dossier que le ministère présenterait à la commission parlementaire restreinte suivante (comme le confirmait Sir John Frederick Willis, général d'armée aérienne, dans sa déclaration évoquée au paragraphe 50 ci-dessus). Le GEPH devait consulter le ministère de la Défense, des militaires de tous les grades, des responsables militaires et civils de la mise en œuvre de la politique ainsi que les membres du bureau juridique. Le groupe devait également se pencher sur les politiques suivies dans d'autres nations (annexe D du rapport du GEPH).

Ce rapport de 240 pages environ, auxquelles s'ajoutent de volumineuses annexes, a été publié en février 1996. Les auteurs commençaient par affirmer que les homosexuels, hommes ou femmes, n'avaient pas moins d'aptitudes physiques et n'étaient pas moins courageux, fiables ou compétents que les hétérosexuels. Selon le rapport, les problèmes devant être identifiés tiendraient aux difficultés soulevées par l'intégration d'homosexuels déclarés au sein de l'armée, composée en grande partie d'hétérosexuels. Pour le GEPH, les personnes les mieux placées pour apprécier « la réalité et la gravité » des problèmes d'intégration des homosexuels étaient les militaires eux-mêmes (paragraphe 30 du rapport).

2. *Les méthodes d'investigation*

52. On comptait huit domaines d'investigation principaux (paragraphe 28 du rapport) :

a) le GEPH a consulté les responsables de l'élaboration des politiques du ministère de la Défense, qui ont mis en exergue le caractère unique du contexte de l'armée et l'approche typiquement britannique de la vie militaire ; le GEPH n'a trouvé que peu à redire au tableau général brossé par les militaires interrogés (paragraphe 37) ;

b) l'appel a été lancé à tous les membres des armées, y compris de l'armée de réserve, demandant des commentaires écrits sur ces questions. Au 16 janvier 1996, le GEPH avait reçu 639 lettres. 587 d'entre elles, dont 58 portaient des signatures multiples, exprimaient une opposition à tout changement de politique. Seules 11 de ces lettres étaient anonymes (paragraphe 46-48) ;

c) l'enquête du GEPH sur les comportements a consisté en un questionnaire distribué à 1 711 militaires au total, composant un échantillon représentatif des trois armées. Les questionnaires ont été remplis dans des conditions d'examen et de façon anonyme. Les résultats traduisaient un « soutien écrasant dans toute l'armée » à la politique excluant les homosexuels des forces armées. Les soldats considéraient l'homosexualité comme nettement plus acceptable dans la vie civile que dans la vie militaire (paragraphe 49-59 et annexe G) ;

d) durant la visite du GEPH dans dix bases militaires fin 1995 dans le but de distribuer le questionnaire susmentionné, des entretiens en tête-à-tête ont été conduits avec les membres du personnel qui avaient rempli le questionnaire sur les comportements. Dans ces dix bases, le GEPH a sélectionné 180 personnes au hasard dans certains grades et domaines d'activité. Compte tenu du petit nombre de personnes interrogées, les réponses ont été analysées de façon qualitative plutôt que quantitative (annexe G) ;

e) un certain nombre de discussions de groupe à l'intérieur d'une même armée (36 selon l'annexe G, 43 selon le paragraphe 61 du rapport) ont été organisées avec des personnes choisies au hasard dans des grades et fonctions représentatifs. Ces discussions visaient à examiner la profondeur et l'étendue des points de vue des militaires et à rassembler des observations qui compléteraient les résultats de l'enquête. Selon le GEPH, la nature des discussions a révélé peu de réticences à exposer honnêtement et complètement les points de vue ; pour « une écrasante majorité, l'homosexualité n'est pas quelque chose de « normal » ou de « naturel » alors que les femmes et les minorités ethniques sont considérées comme « normales ». La très grande majorité des participants pensaient qu'il fallait continuer à exclure les homosexuels (paragraphe 61-69 et annexe G) ;

f) une équipe du GEPH est allée en Australie, en Allemagne et en France, et l'autre s'est rendue aux Etats-Unis, au Canada et aux Pays-Bas. Le GEPH a interrogé un éminent psychologue militaire israélien, l'armée israélienne ayant refusé sa visite (paragraphe 70-77 et annexe H). Il apparaît également que le GEPH s'est entretenu avec des représentants de la police, des pompiers et de la marine marchande (paragraphe 78-82) ;

g) des groupes de discussion tripartites ont également été formés pour étudier la profondeur et l'étendue des idées des membres des trois armées sur la question. Les groupes étaient composés de personnes sélectionnées dans les trois armées et venant d'unités différentes. Trois de ces groupes de discussion ont été organisés et, globalement, les résultats ont été les mêmes que ceux qui étaient ressortis des groupes de discussion au sein d'une même armée (paragraphe 83-84 et annexe G) ;

h) des questionnaires sur les comportements au sein de chaque armée, envoyés par courrier, ont également été remplis par un échantillon de militaires choisis au hasard et regroupés par grade, âge et sexe. Ces questionnaires ont été distribués à 3 000 (6 %) membres de la marine, à 6 000 (5,4 %) membres de l'armée de terre et à 4 491 (6 %) membres de l'armée de l'air. En moyenne, plus de la moitié des questionnaires ont été retournés (paragraphe 65-86 et annexe G).

3. *L'impact sur la puissance de combat (fighting power)*

53. Le rapport du GEPH définit « la puissance de combat » (terme souvent employé de façon interchangeable avec l'efficacité au combat, la capacité opérationnelle ou l'efficacité opérationnelle) comme « l'aptitude au combat », composée à son tour de trois éléments : l'élément « conceptuel », l'élément « physique » et « l'élément moral », lequel est défini comme « l'aptitude à amener les individus à combattre, ce qui inclut le moral, la camaraderie, la motivation, le sens du commandement et l'encadrement ».

54. Dans tout le rapport d'évaluation, l'accent a été mis sur les effets qu'une intégration des homosexuels dans l'armée risquerait d'avoir sur la puissance de combat, ce qui était considéré comme le « problème crucial ». On a tenu pour bien établi que la présence au sein de l'armée d'homosexuels déclarés ou fortement présumés engendrerait certaines réactions comportementales et émotionnelles et des problèmes qui nuiraient au moral des troupes et, par conséquent, porteraient gravement atteinte à la puissance de combat des forces armées.

Ces problèmes escomptés comprenaient la régulation du comportement des homosexuels et de l'animosité des hétérosexuels, les agressions, les menaces et les mesures de harcèlement visant les homosexuels, l'ostracisme et la tendance à éviter les autres, la création de « clans » et de

couples, des problèmes au niveau de l'encadrement et de la prise de décision, ce qui englobait les allégations de favoritisme, de discrimination et d'inefficacité (mais pas l'éventuel problème des décisions tactiques prises par des officiers homosexuels sur la base de leurs préférences sexuelles), des frictions entre les deux groupes culturels, des questions tenant à l'intimité et à la décence, l'intensification des antipathies et des soupçons (création de deux camps), et le ressentiment en raison des changements imposés, surtout s'il s'avérait aussi nécessaire de contrôler plus sévèrement la façon de s'exprimer des hétérosexuels (voir partie F.II du rapport).

4. *Autres questions*

55. L'évaluation du GEPH a également porté sur d'autres questions, qu'il a qualifiées d'« accessoires » (partie G et paragraphe 177 du rapport). Il a estimé que si les conséquences financières d'un changement de politique n'étaient pas quantifiables, on ne pouvait considérer comme justifié ou raisonnable de prévoir des logements séparés pour les homosexuels ; par conséquent, des dépenses importantes dans ce domaine étaient tenues pour improbables (paragraphe 95-97). La perte en termes de formation consécutive à la révocation d'homosexuels de l'armée n'était pas considérée comme un argument concluant contre le maintien de la politique (paragraphe 98-99). Si le cadre social et juridique devait changer pour les couples homosexuels civils, il faudrait alors accepter le droit pour les militaires d'avoir des partenaires homosexuels (paragraphe 101). Il était improbable que l'on consacre beaucoup de temps ou d'argent aux formations visant une meilleure acceptation des homosexuels, puisqu'elles avaient peu de chances d'influer sur les comportements. Le GEPH a observé que si l'on voulait introduire une formation sur la tolérance, le meilleur moyen serait probablement de « l'intégrer dans un programme de formation sur l'égalité des chances dans l'armée » (paragraphe 102). Il y avait de fortes présomptions que l'on constaterait une chute des recrutements et des effectifs en cas de changement de politique (paragraphe 103-104).

56. Pour le GEPH, les préoccupations exprimées au sujet des responsabilités « parentales » de l'armée vis-à-vis des jeunes recrues ne résistaient pas à un examen approfondi (paragraphe 111).

5. *Questions en matière de santé et de sécurité*

57. Les questions touchant la santé et la sécurité ont été examinées séparément (parties H et I, et paragraphe 177 du rapport). Tout en notant que les préoccupations du personnel en matière de santé (concernant

notamment le sida) étaient disproportionnées par rapport aux risques cliniques, le GEPH estimait qu'il faudrait probablement y répondre par des séminaires d'information et des tests de dépistage obligatoires. Sinon, une acceptation et une intégration réelles des homosexuels seraient sérieusement compromises en raison des réactions émotionnelles et des ressentiments ainsi que des inquiétudes liées à la menace du sida. Selon le GEPH, les questions de sécurité (dont la possibilité de chantage exercé sur les homosexuels présumés) qui avaient été avancées pour défendre la politique en vigueur ne résistaient pas à un examen approfondi.

6. *Expériences dans d'autres pays et dans des services civils soumis à des règles disciplinaires*

58. Le GEPH a constaté l'existence d'une multitude de positions officielles et de solutions légales découlant des situations locales sur le plan juridique et politique, allant d'une interdiction formelle de toute activité homosexuelle (Etats-Unis) à une politique visant délibérément à créer un climat favorable aux homosexuels au sein de l'armée (Pays-Bas), en passant par des modalités administratives ne permettant pas une égalité réelle (France et Allemagne). Selon le GEPH, les pays qui n'avaient pas légalement interdit la présence des homosexuels dans l'armée étaient plus tolérants, avaient des constitutions écrites et donc une tradition plus forte en matière de droits de l'homme. Le rapport continuait ainsi :

« Mais le GEPH n'a constaté nulle part la présence d'un nombre appréciable d'homosexuels déclarés dans l'armée (...). Quel que soit le degré de tolérance ou d'encouragement officiel, les pressions ou menaces informelles au sein de la communauté militaire semblent dissuader la grande majorité des homosexuels d'exercer leurs divers droits juridiques à exprimer ouvertement leur identité sexuelle active dans un cadre professionnel. (...) Il va sans dire que la discrétion persistante des homosexuels au sein de ces forces armées fait que l'on a peu d'expérience pratique quant à leur protection contre l'ostracisme, le harcèlement ou les agressions physiques.

Considérant que ce schéma commun d'absence quasi totale de soldats ouvertement homosexuels se retrouve quel que soit le cadre juridique formel, il est raisonnable de supposer que c'est pour une large part le fonctionnement informel des systèmes militaires existants qui entrave l'expression homosexuelle. Cela correspond tout à fait aux modes de comportement observés par le GEPH chez les militaires britanniques. »

59. En janvier 1996, l'armée britannique comptait plus de 35 000 soldats déployés à l'étranger (environ 25 % des forces armées britanniques), soit plus que tout autre pays européen de l'OTAN (paragraphe 43).

Néanmoins, le GEPH a conclu que la politique en vigueur n'avait pas suscité de problèmes importants dans les relations avec les forces armées des nations alliées. Le GEPH a observé que les militaires britanniques manifestaient une « indifférence à toute épreuve » vis-à-vis des situations dans les armées étrangères et faisaient peu de cas du degré d'acceptation

des alliés proches à l'égard des homosexuels : pour le soldat moyen, les autres « ne sont pas britanniques, ont des normes différentes, et l'on ne peut donc que s'attendre à ce qu'ils agissent différemment » ; en outre, les militaires des différents pays sont logés séparément, et les homosexuels au sein des forces armées étrangères, lorsqu'ils ne font pas l'objet d'une interdiction formelle, ne manifestent pas ouvertement leurs préférences sexuelles. En conséquence, il y avait peu de chances que les rares homosexuels déclarés se retrouvent dans une situation où leur orientation sexuelle poserait un problème aux membres de l'armée britannique (paragraphe 105).

60. Pour le GEPH, il existait des différences importantes entre l'armée et des services civils existant au Royaume-Uni qui sont soumis à des règles disciplinaires, tels que la police, les pompiers et la marine marchande, qui n'observaient pas la même politique à l'égard des homosexuels. Le GEPH a estimé que :

« Aucune de ces activités n'oblige un individu à travailler dans un environnement aussi constamment exigeant et sur des périodes aussi longues que l'armée, ni n'implique la même nécessité de former des équipes rapidement interchangeables mais totalement déterminées et autonomes, capables de maintenir leur cohésion interne après des mois de stress, de difficultés et d'inconfort (...) » (paragraphe 203)

7. *Autres solutions possibles*

61. Le GEPH a examiné d'autres solutions, par exemple un code de conduite applicable à tous, une politique fondée sur les qualités individuelles des militaires homosexuels, une stratégie consistant à lever l'interdiction et à se fier à la discrétion des soldats concernés, la solution « ne rien demander, ne rien dire » en vigueur aux États-Unis et un code « de l'homosexualité discrète ». En définitive, il n'a décelé aucune autre politique qui permettrait avec la même certitude que la politique en vigueur d'éviter tout risque d'amoindrir la puissance de combat et qui, par conséquent, ne se heurterait pas à une forte opposition de la population militaire (paragraphe 153-175).

8. *Conclusions du GEPH (paragraphe 176-191)*

62. Le GEPH a estimé que :

« Le problème principal demeure et son caractère inextricable est en fait réaffirmé. Les éléments démontrant que l'on s'attend à un amoindrissement de la puissance de combat ont été exposés dans la partie F et sont au centre de la présente évaluation. Les divers arguments et la conclusion globale ont été mis en avant non seulement par les autorités de l'armée mais également par la grande majorité des militaires de tous rangs. »

Le GEPH a tenu pour improbable que les comportements actuellement observés dans l'armée changent dans un avenir proche. Si la politique entraînait manifestement des épreuves et des intrusions dans la vie privée, les risques pour la puissance de combat démontreraient qu'elle était néanmoins justifiée. Pour le GEPH, on ne pouvait comparer utilement l'intégration des homosexuels et celle des femmes et des minorités ethniques dans l'armée, l'homosexualité soulevant des problèmes d'une nature et d'une intensité que n'impliquaient pas les différences de sexe et de race.

Le GEPH a considéré qu'à plus long terme, l'évolution de l'attitude de la société à l'égard des homosexuels pourrait réduire les risques pour la puissance de combat qu'engendrerait un changement de politique, mais que son évaluation ne pouvait « porter que sur les comportements et risques actuels ». Il a ajouté :

« (...) certainement, si les soldats pensaient qu'ils pouvaient travailler et vivre avec des homosexuels sans que la cohésion de l'armée n'en souffre, beaucoup moins de problèmes seraient à craindre. Mais le ministère doit faire avec le monde tel qu'il est. Les comportements des soldats, en tant qu'ils diffèrent de ceux de la population en général, découlent des conditions singulières de la vie militaire, et traduisent les réalités sociales et psychologiques actuelles. Ils indiquent qu'un changement de politique entraînerait un risque militaire (...)

(...) après avoir recueilli le plus d'éléments possible, on voit qu'au Royaume-Uni, l'homosexualité demeure manifestement incompatible en pratique avec la vie militaire si l'on veut maintenir à son meilleur niveau le potentiel de combativité de l'armée sous sa forme actuelle. (...) En outre, la présente étude démontre que la politique actuelle est approuvée à une écrasante majorité par les militaires eux-mêmes, qui sont le mieux à même de la juger. En conséquence, l'on ne peut envisager d'apporter des modifications importantes aux directives du ministère relatives à l'homosexualité dans les trois armées que pour des raisons clairement énoncées, étrangères à la politique de défense, et en ayant pleinement conscience de l'impact sur l'efficacité de l'armée et sur les sentiments des militaires. »

E. La politique de l'armée relative aux mesures de harcèlement et menaces à caractère sexuel et racial, et à l'égalité des chances

63. Dans le « Code de pratique en matière de relations interraciales » (*Code of Practice on Race Relations*) qu'il a élaboré en décembre 1993, le Conseil de défense (*Defence Council*) a déclaré que l'armée, en tant qu'employeur, devait mettre en œuvre une politique d'égalité des chances. Selon ce code, aucune forme de discrimination, harcèlement ou abus à caractère racial ne doit être tolérée, toute allégation à ce sujet doit faire l'objet d'une enquête et, si elle est prouvée, donner lieu à une action disciplinaire. Le code prévoit une procédure de réclamation par laquelle l'on peut se plaindre d'actes de discrimination ou de harcèlement, et met en garde contre les représailles visant les militaires qui feraient usage de leur droit de porter plainte et d'obtenir réparation.

64. En janvier 1996, l'armée a émis une directive relative à l'égalité des chances qui traite du harcèlement et des menaces à caractère racial et sexuel. Le document avait pour préambule une déclaration du chef de l'administration des forces armées (*Adjutant-General*), ainsi libellée :

« La réalité du conflit armé exige un travail d'équipe exemplaire, pendant lequel chaque soldat doit pouvoir compter absolument sur ses compagnons d'armes et ses supérieurs. Dès lors, il ne peut y avoir dans l'armée aucune place pour les mesures de harcèlement, les menaces et les actes de discrimination qui porteraient atteinte au moral et détruiraient confiance et cohésion au sein du groupe.

Il est du devoir de chaque soldat de veiller à ce que ce type de comportement, qui nuirait à la cohésion et à l'efficacité, ne se produise pas au sein de l'armée. La politique de l'armée est claire : tous les soldats doivent être traités de façon égalitaire sur la base de leur aptitude à remplir leur devoir.

J'attends de chacun de vous qu'il soutienne cette politique et fasse en sorte que l'armée britannique conserve sa réputation bien établie de professionnalisme. »

La directive définissait le harcèlement à caractère racial et sexuel, précisait que l'armée avait la volonté d'empêcher toute forme de comportement agressif et injuste dans ce domaine et soulignait qu'il était du devoir de chaque soldat de ne pas se comporter d'une façon qui pourrait aggraver autrui ou de ne pas permettre à d'autres d'adopter un tel comportement. La directive définissait également les menaces et indiquait que si l'armée encourageait un esprit belliqueux chez les soldats appelés à partir au front, l'agressivité contrôlée, l'autonomie et de fortes qualités de meneur d'hommes ne devaient pas être confondues avec le recours brutal et indu à l'intimidation et à la violence qui caractérise les menaces. Les menaces nuisent au moral et engendrent de la peur et du stress à la fois chez l'individu et le groupe qui en est victime, et au sein de toute l'organisation. On remarquait que l'armée était une communauté étroitement repliée sur elle-même, où le travail d'équipe, la cohésion et la confiance jouaient un rôle crucial. Aussi de grands efforts quant à la conduite personnelle et au respect des autres étaient-ils exigés de tous.

La directive soutenait l'utilisation du droit militaire par les chefs de corps. Des brochures complémentaires donnant des informations sur cette directive ont été distribuées à tous les soldats. De plus, des postes spéciaux visant à promouvoir l'égalité des chances ont été créés dans les services du personnel et un vaste programme de formation a été mis en place en vertu de la loi de 1976 sur les relations interraciales.

F. Les rapports de la commission parlementaire restreinte

65. Tous les cinq ans, un projet de loi sur les forces armées arrive devant le Parlement, et une commission restreinte conduit une étude en rapport avec ce projet.

66. Dans son rapport du 24 avril 1991, la commission restreinte observait, sous la rubrique « Homosexualité » :

« Nul ne conteste que la politique actuelle provoque une détresse bien réelle et oblige à se passer des services de certains hommes et femmes dont la compétence et la bonne volonté ne peuvent être mises en doute. La société extérieure est à présent beaucoup plus tolérante que par le passé vis-à-vis des différences d'orientation sexuelle, et il se peut aussi que cela se vérifie au sein de l'armée. Toutefois, on ne peut que constater la force indéniable de l'argument [du ministère de la Défense] selon lequel la présence d'homosexuels déclarés peut engendrer des tensions dans un groupe de personnes qui doivent vivre et travailler quelquefois dans des conditions de stress énorme et d'étroite intimité physique, et donc nuire à sa cohésion et à son efficacité au combat. Il est possible que cela change, notamment avec l'intégration de femmes dans des unités jusqu'à présent exclusivement masculines. Toutefois, nous ne sommes pas persuadés que le temps soit venu de demander à l'armée d'accepter les homosexuels ou l'activité homosexuelle. »

67. Le rapport de 1996 de la commission restreinte (rédigé à la suite de l'étude qu'elle avait menée sur la loi de 1996 sur les forces armées) invoquait des éléments provenant de membres du ministère de la Défense et de groupes de soutien aux homosexuels, ainsi que le rapport du GEPH. De nouveau, la commission recommandait de ne pas apporter de changement à la politique du gouvernement. Elle remarquait que, depuis son rapport précédent, au total 30 officiers et 331 militaires du rang et sous-officiers avaient été révoqués ou renvoyés en raison de leur homosexualité. La commission était convaincue qu'aucune conclusion fiable ne pouvait encore être tirée de l'expérience d'autres pays. Tout en reconnaissant la force des arguments tenant aux droits de l'homme, elle soulignait qu'il convenait de ménager un équilibre entre les droits des individus et les besoins de la communauté. Elle se déclarait convaincue par la synthèse que faisait le GEPH de la force des résistances au sein de l'armée à tout assouplissement de la politique. Elle admettait que la présence d'homosexuels déclarés nuirait gravement au moral des troupes et, en définitive, à l'efficacité opérationnelle. A l'issue des débats à la Chambre des communes, les députés, par 188 voix contre 120, ont rejeté toute modification de la politique en vigueur.

G. Information aux nouvelles recrues

68. Avant septembre 1995, les candidats souhaitant s'engager dans l'armée étaient informés sur la politique des autorités militaires concernant les homosexuels au sein des forces armées par le biais d'une brochure intitulée « Vos droits et responsabilités ». Afin d'éviter tout malentendu et de veiller à ce que toute recrue dans les trois armées reçoive une information identique, les autorités militaires ont introduit le 1^{er} septembre 1995 une déclaration de service devant être lue et signée

avant l'engagement. Le paragraphe 8 de cette déclaration, intitulé « Homosexualité », dispose que l'homosexualité n'est pas tenue pour compatible avec la vie militaire et « peut conduire à une révocation administrative ».

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

69. Les requérants allèguent que les investigations menées sur leur homosexualité et leur révocation subséquente de la Royal Air Force motivée uniquement par celle-ci, en application de la politique d'interdiction absolue des homosexuels dans l'armée britannique suivie par le ministère de la Défense, emportent violation de leur droit au respect de leur vie privée protégé par l'article 8 de la Convention. Les passages pertinents de cette disposition se lisent ainsi :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée (...)

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, (...) à la défense de l'ordre (...) »

A. Sur l'existence d'une ingérence

70. Le Gouvernement a admis dans ses observations écrites l'existence d'ingérences dans le droit des requérants au respect de leur vie privée. Toutefois, il relève que les intéressés n'ont pas nié avoir été au fait, pendant la période à considérer, de la politique interdisant la présence d'homosexuels dans les forces armées, et ne souscrit pas à leurs allégations concernant les dates à partir desquelles ils auraient pris conscience de leur homosexualité. Pendant l'audience devant la Cour, le Gouvernement, invoquant en particulier le cas de M^{me} Smith, a précisé que si les intéressés avaient connaissance de la politique et de leur homosexualité lors de leur recrutement, leur révocation n'a pas constitué une ingérence dans leurs droits au regard de l'article 8 de la Convention.

Les requérants font valoir qu'ils ne se plaignent pas de s'être vu refuser l'entrée dans les forces armées et qu'ils n'ont pas été renvoyés pour avoir menti lors de leur recrutement. Quoi qu'il en soit, la protection qu'offre l'article 8 ne saurait être fonction du degré de conscience qu'avaient les requérants, lorsqu'ils étaient jeunes, de leur orientation sexuelle.

71. La Cour relève que le Gouvernement ne soutient pas que les requérants, en entrant dans l'armée, ont renoncé aux droits garantis par

l'article 8 de la Convention. Elle remarque également que les intéressés n'ont pas été renvoyés pour ne pas avoir révélé leur homosexualité lors de la procédure de recrutement. En outre, elle estime, eu égard aux éléments du dossier, que M^{me} Smith n'a pris conscience de son homosexualité qu'après son recrutement.

Dans ces conditions, la Cour est d'avis que les enquêtes menées par la police militaire sur l'homosexualité des requérants, lesquelles ont impliqué des interrogatoires détaillés de chacun d'entre eux et de tierces personnes sur des questions relatives à leurs préférences et pratiques sexuelles, ainsi que l'élaboration d'un rapport d'enquête final à l'intention des autorités militaires, ont porté directement atteinte au droit des requérants au respect de leur vie privée. La révocation administrative qui en a résulté, motivée uniquement par leur orientation sexuelle, a également constitué une ingérence dans l'exercice de ce droit (arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981, série A n° 45, pp. 18-19, § 41, et, *mutatis mutandis*, arrêt *Vogt c. Allemagne* du 26 septembre 1995, série A n° 323, p. 23, § 44).

B. Sur la justification des ingérences

72. Pareilles ingérences ne peuvent se justifier que si les exigences du deuxième paragraphe de l'article 8 sont remplies. Les ingérences doivent donc être « prévues par la loi », inspirées par un but légitime au regard de ce paragraphe et « nécessaires, dans une société démocratique », pour le réaliser (arrêt *Norris c. Irlande* du 26 octobre 1988, série A n° 142, p. 18, § 39).

1. « Prévues par la loi »

73. Il n'est pas contesté entre les parties que cet aspect de l'article 8 § 2 de la Convention est respecté. La Cour relève que la Cour d'appel a confirmé en l'espèce que la politique du ministère de la Défense excluant les homosexuels de l'armée était légale, tant au regard du droit interne qu'à celui du droit communautaire applicable. Cette politique a été légalement consacrée et entérinée par la loi de 1967 sur les infractions sexuelles et, plus récemment, par la loi de 1994 sur la justice pénale et l'ordre public. Dès lors, la Cour estime que cette condition est remplie.

2. But légitime

74. La Cour observe que le Gouvernement justifie essentiellement la politique et les investigations et révocations qu'elle a entraînées par le maintien du moral des militaires et, par conséquent, de la puissance de

combat et de l'efficacité opérationnelle de l'armée (paragraphe 95 ci-dessous). La Cour ne voit aucune raison de douter que la politique ait été conçue en vue d'assurer l'efficacité opérationnelle des forces armées ou que les investigations aient visé en principe à établir si la personne concernée était homosexuelle et relevait donc de la politique dont il s'agit. Pour la Cour, on pouvait donc considérer qu'à cet égard les ingérences qui en ont résulté poursuivaient les buts légitimes que sont « la sécurité nationale » et « la défense de l'ordre ».

La Cour est plus dubitative quant à savoir si les investigations poursuivaient encore un tel but légitime après que les requérants eurent admis leur homosexualité. Toutefois, vu sa conclusion exposée au paragraphe 111 ci-après, elle juge inutile de rechercher si cette partie de l'enquête poursuivait un but légitime au sens de l'article 8 § 2 de la Convention.

3. « Nécessaires dans une société démocratique »

75. Il reste à examiner si les ingérences en l'espèce peuvent être considérées comme « nécessaires dans une société démocratique » pour atteindre les buts susmentionnés.

a) Arguments du Gouvernement

76. Le Gouvernement reconnaît d'emblée que ni les états de service des requérants ni leur conduite n'avaient prêté à reproche et que rien ne portait à croire qu'avant la découverte de leur orientation sexuelle celle-ci avait nui à la façon dont eux-mêmes ou leurs collègues remplissaient leurs fonctions. De même, le Gouvernement ne prétend pas que les homosexuels aient moins d'aptitudes physiques ou soient moins courageux, fiables ou compétents que les hétérosexuels.

77. Toutefois, en premier lieu, le Gouvernement insiste sur la spécificité du cadre militaire de l'affaire : l'armée britannique est en effet en lien étroit avec la sécurité de la nation et joue donc un rôle primordial pour les intérêts vitaux de l'Etat. La cohésion et le moral des troupes sont essentiels à l'efficacité de l'armée et doivent résister aux rigueurs et aux conditions de la vie normale en communauté, qui s'accompagne d'intimité physique, ainsi qu'à des pressions externes telles que de graves dangers ou la guerre, facteurs qui, d'après le Gouvernement, concernaient ou auraient pu concerner chacun des requérants. A cet égard, le contexte de l'armée est singulier et ne peut véritablement se comparer à aucun service civil soumis à des règles disciplinaires, tel que la police ou les pompiers.

Dès lors, le Gouvernement, tout en admettant que les membres des forces armées ont droit à la protection de la Convention, fait valoir que des règles différentes et plus strictes s'appliquent dans ce contexte (arrêts Engel et autres c. Pays-Bas du 8 juin 1976, série A n° 22, p. 24, § 57 ;

Grigoriades c. Grèce du 25 novembre 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VII, pp. 2589-2590, § 45, et Kalaç c. Turquie du 1^{er} juillet 1997, *Recueil* 1997-IV, p. 1209, § 28). Par ailleurs, eu égard à la dimension de sécurité nationale de la présente affaire, l'Etat bénéficie d'une large marge d'appréciation (arrêt Leander c. Suède du 26 mars 1987, série A n° 116, p. 25, § 59). En conséquence, la marge d'appréciation étroite applicable à des affaires touchant à l'intimité de personnes ne saurait être transposée telle quelle à la présente cause.

A l'appui de son argumentation en faveur d'une ample marge d'appréciation, le Gouvernement fait également valoir que la question des homosexuels dans l'armée a donné lieu à d'intenses débats ces dernières années au Royaume-Uni ; il considère que, vu le caractère sensible et le contexte spécifique dont il s'agit, la décision appartient pour une large part aux autorités nationales. Certes, le risque pour la puissance de combat n'est pas le même à travers le temps, compte tenu de l'évolution des attitudes et opinions et, par conséquent, du droit interne sur le sujet de l'homosexualité au fil des ans. Néanmoins, ces problèmes doivent être abordés avec prudence dans le contexte militaire, eu égard aux risques inhérents à celui-ci. Le processus de réexamen est en cours et le Gouvernement s'est déclaré en faveur d'un vote libre au Parlement sur la question après le prochain contrôle de la politique auquel la commission parlementaire restreinte se livrera en 2001.

78. Deuxièmement, le Gouvernement prétend qu'admettre les homosexuels dans l'armée aujourd'hui porterait gravement atteinte au moral des militaires et, par conséquent, à la puissance de combat et à l'efficacité opérationnelle des forces armées. Il estime que les observations et conclusions exposées par le GEPH dans son rapport de février 1996 (et, en particulier, dans la section F) mettent clairement en évidence le risque existant pour la puissance de combat et l'efficacité opérationnelle. Pour le Gouvernement, les militaires (dont les idées ont servi de base au rapport du GEPH) sont les mieux placés pour apprécier ce risque ; il y a donc lieu d'attacher une importance considérable à leurs opinions. En outre, les analyses relativement récentes du GEPH, des tribunaux internes (dans l'affaire *R. v. Ministry of Defence, ex parte Smith and Others*, *Weekly Law Reports*, vol. 2, p. 305) et de la commission parlementaire restreinte concluent toutes à la nécessité de maintenir la politique.

Le Gouvernement estime que le choix entre l'élaboration d'un code de conduite et le maintien de la politique en vigueur est le nœud de la décision à prendre dans cette affaire. Toutefois, on considère au Royaume-Uni qu'un tel code ne suffirait pas à l'heure actuelle à pallier les risques perçus, parce que c'est le fait de connaître ou de soupçonner l'homosexualité d'une personne, et non pas la conduite de l'intéressé(e), qui nuirait au moral et à l'efficacité. Même en admettant que les positions qui fondent le rapport du GEPH traduisent, du moins en partie, un

manque de tolérance ou d'ouverture d'esprit, le risque pour l'efficacité n'en est pas moins réel. Certes, nombre de pays européens n'excluent plus les homosexuels de leurs forces armées, mais les changements opérés ont été adoptés dans ces pays trop récemment pour qu'on puisse en tirer des leçons utiles.

Quant au moyen des requérants relatif à l'absence alléguée d'éléments démontrant les problèmes que la présence d'homosexuels dans les forces armées aurait causés par le passé, le Gouvernement souligne que si l'on ne dispose peut-être pas de preuves concrètes établissant les risques décelés par le GEPH, c'est que toutes les personnes ayant des tendances homosexuelles avérées ont été révoquées avant la survenue de tels problèmes. Quoi qu'il en soit, le Gouvernement remarque que les risques envisagés résulteraient d'un assouplissement général de la politique plutôt que de sa modification dans tel ou tel cas.

79. Troisièmement, quant à la critique des requérants selon laquelle les idées exprimées au GEPH par la grande majorité des engagés pourraient être qualifiées de « préjugés homophobes », le Gouvernement souligne que ces idées sont le reflet des véritables préoccupations exprimées par des personnes ayant une connaissance directe et approfondie des exigences de la vie militaire. La plupart de ceux qui ont été interrogés ont une attitude nettement différente envers les homosexuels dans la vie civile. On ne peut tirer des conclusions du fait que les femmes et les minorités raciales sont admises, mais non les homosexuels ; en effet, la ségrégation entre les femmes et les hommes répond aux problèmes qui pourraient éventuellement surgir, alors qu'aucun arrangement de la sorte n'est possible dans le cas de tendances homosexuelles. Les préoccupations concernant les homosexuels revêtent une nature et une intensité que n'ont pas celles que suscitent les femmes ou les minorités raciales.

80. Dès lors qu'il y a soupçon d'homosexualité, une enquête est menée. Selon le Gouvernement, l'ampleur d'une telle enquête dépend des circonstances mais cette démarche implique généralement d'interroger la personne concernée et de rechercher des éléments corroborants. Si quelqu'un nie son homosexualité, des investigations sont nécessaires et même si cette personne admet ses penchants, l'on s'efforce de trouver des éléments pertinents au moyen d'interrogatoires et, selon la situation, par d'autres mesures. Pareilles investigations visent à vérifier l'homosexualité de la personne soupçonnée afin de détecter ceux qui tentent d'obtenir une révocation administrative sous de faux prétextes. A l'audience, le Gouvernement a donné des exemples récents – deux dans l'armée de terre et dans l'armée de l'air, trois dans la marine – de personnes qui avaient faussement prétendu être homosexuelles. Des investigations sont également nécessaires en raison de certaines inquiétudes en matière de sécurité (en particulier le risque de chantage exercé sur le personnel homosexuel), du risque de contamination par le virus du sida, plus élevé dans la

communauté homosexuelle, ainsi que pour des raisons disciplinaires (les actes homosexuels peuvent dans certains cas donner lieu à une procédure disciplinaire, par exemple lorsqu'ils résultent d'un abus d'autorité). Le Gouvernement soutient que les requérants ont, quoi qu'il en soit, librement choisi de répondre aux questions qui leur étaient posées. Tous deux ont été avertis qu'ils n'y étaient pas tenus et qu'ils pouvaient prendre un avis juridique.

Tout en affirmant que la plupart des questions se justifiaient pour les raisons susmentionnées de mener l'enquête, le Gouvernement ne cherche pas à cautionner la question posée à M^{me} Smith quant à savoir si elle-même ou sa partenaire avaient des relations sexuelles avec la jeune fille placée dans leur foyer. Le Gouvernement considère cependant que cet aspect de l'interrogatoire, indéfendable mais limité, ne fait pas pencher la balance en faveur d'un constat de violation.

b) Arguments des requérants

81. Les requérants soutiennent que les ingérences dans leur vie privée, eu égard à leurs objet, nature et étendue, revêtaient une extrême gravité et demandaient à être justifiées par des raisons particulièrement sérieuses (arrêt Dudgeon précité, p. 21, § 52). Les ingérences avaient pour objet un aspect des plus intimes de la vie privée des intéressés, lequel était rendu public par la politique du ministère de la Défense elle-même. Les requérants s'en prennent également aux investigations détaillées menées par les services de police et, en particulier, aux questions tendancieuses posées durant les interrogatoires des intéressés et ceux de tierces personnes, à la fouille du domicile de M. Grady et à la saisie de ses affaires personnelles. Invoquant également leurs années de service, leurs promotions (passées et à venir), leurs états de service exemplaires et l'absence de tout élément indiquant que leur homosexualité aurait nui de quelque façon que ce soit à leur travail ou à la vie militaire, les requérants soulignent qu'ils ont néanmoins été privés d'une carrière, dans laquelle ils excellaient, pour « incompatibilité avec les fonctions militaires » en raison d'une politique générale contre les homosexuels au sein des forces armées.

A cet égard, les intéressés ajoutent qu'une telle politique absolue n'est adoptée par l'armée dans aucun autre contexte, par exemple lorsqu'il s'agit de caractéristiques ou traits personnels tels que le sexe, la race ou la couleur. En fait, le ministère de la Défense favorise l'égalité et la tolérance dans ces domaines. Il n'existe pas davantage de politique générale contre ceux dont les actions peuvent nuire ou nuisent au moral et à l'efficacité des troupes, tels que les auteurs d'un vol ou d'un adultère ou ceux qui commettent des actes dangereux sous l'empire de stupéfiants ou de l'alcool. Dans ces derniers cas, la personne peut être renvoyée, mais seulement après examen de toutes les circonstances de l'affaire. D'ail-

leurs, il n'existe pas de politique dirigée contre les homosexuels dans d'autres services britanniques comparables comme la marine marchande, la flotte royale auxiliaire, la police, les pompiers et les professions de santé.

82. Les requérants plaident également que l'argument principal du Gouvernement concernant le risque pour le moral et, en conséquence, pour la puissance de combat et l'efficacité opérationnelle ne tient pas, ce pour trois raisons essentielles.

83. En premier lieu, ils considèrent que le Gouvernement ne peut, au regard de l'article 8, invoquer et encourager avec complaisance les préjugés apparents des autres soldats. Aucun motif rationnel ne justifiant une différence de comportement de la part des militaires dès lors que l'homosexualité d'un individu est connue, le risque allégué de réactions hostiles du personnel militaire se fonde purement et simplement sur des préjugés. En vertu de l'article 1 de la Convention, il incombe à l'armée de faire comprendre à ceux qu'elle emploie qu'elle n'acceptera pas qu'ils agissent selon de simples partis pris. Or, au lieu de prendre des mesures pour remédier à ces préjugés, les forces armées en punissent les victimes. Les requérants estiment que la logique de l'argument du Gouvernement vaut également pour les idées préconçues vis-à-vis de la race, de la religion ou du sexe ; le Gouvernement ne peut raisonnablement donner à entendre que, par exemple, les préjugés raciaux des militaires suffiraient à justifier d'exclure de l'armée les personnes de couleur.

D'ailleurs, il ressort de la jurisprudence des organes de la Convention qu'un Etat ne peut se fonder sur de simples préjugés pour justifier des ingérences dans la vie privée (voir, entre autres, requête n° 25186/94, *Sutherland c. Royaume-Uni*, rapport de la Commission du 1^{er} juillet 1997, non publié, §§ 56, 57, 62, 63 et 65). En outre, les requérants soulignent que la Cour a estimé (dans son arrêt *Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs et Gubi c. Autriche* du 19 décembre 1994, série A n° 302, p. 17, §§ 36 et 38) que les exigences « du pluralisme, de la tolérance et de l'esprit d'ouverture » valent tout autant pour les militaires que pour les autres personnes et que les droits fondamentaux doivent être protégés dans l'armée d'un Etat démocratique autant que dans la société que sert une telle armée. Ils arguent que le raisonnement de la Cour en cette affaire se fondait sur un principe vital, qui s'applique aussi en l'espèce – les forces armées d'un pays existent pour protéger les libertés prônées par une société démocratique, et ne sauraient dès lors piétiner de tels principes et leur porter gravement atteinte.

84. En second lieu, les requérants prétendent que ces préjugés apparents ne se seraient pas manifestés si le ministère de la Défense n'avait pas adopté et appliqué cette politique. Le Gouvernement admet que les requérants ont travaillé de manière efficiente et efficace dans l'armée pendant des années sans que leurs préférences sexuelles ne posent de

problème. La préoccupation du Gouvernement se rapporte à la présence de militaires ouvertement homosexuels ; la vie privée des présents requérants était bien privée et le serait restée sans cette politique. En conséquence, rien ne porte à croire qu'une difficulté quelconque se serait fait jour sans la politique adoptée par le Gouvernement.

85. En troisième lieu, les requérants soutiennent que le Gouvernement doit étayer ses préoccupations quant aux menaces pour la discipline militaire (arrêt *Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs et Gubi* précité, p. 17, § 38), mais qu'il n'a produit aucun élément objectif à l'appui de sa thèse concernant le risque pour le moral et l'efficacité opérationnelle.

Ils estiment à ce propos que le rapport du GEPH présentait des insuffisances et des vices fondamentaux. L'évaluation n'a pas été effectuée par des consultants indépendants. Elle a de plus été conduite dans le contexte d'une hostilité à tout changement de politique publiquement exprimée par les autorités de l'armée ; elle a suivi la diffusion d'un document devant servir à l'évaluation par les militaires de la politique en vigueur sur l'homosexualité, dont il ressortait que les officiers supérieurs pensaient que l'objectif de l'étude du GEPH était de rassembler des preuves favorables à cette politique. En réalité, la majorité des questions posées dans le questionnaire du GEPH exprimaient des attitudes hostiles à l'égard des homosexuels ou induisaient des réponses négatives. En outre, le rapport ne contenait aucun élément concret démontrant l'existence de problèmes spécifiques causés par la présence d'homosexuels dans l'armée au Royaume-Uni ou outre-mer. Par ailleurs, il se fondait sur un taux de réponses n'ayant aucune signification statistique, et l'anonymat n'était pas garanti à ceux qui rempliraient le questionnaire.

86. S'agissant des arguments du GEPH écartant l'expérience d'autres pays qui n'interdisent pas leurs armées aux homosexuels, les requérants estiment que la déclaration figurant dans le rapport selon laquelle le personnel des armées de ces autres pays est plus tolérant n'est étayée par aucun élément de preuve. Quoi qu'il en soit, même si ces autres pays ont des constitutions écrites et, par conséquent, une plus longue tradition du respect des droits de l'homme, le Gouvernement doit se conformer aux obligations que lui impose la Convention. Que des militaires ouvertement homosexuels soient ou non absents des forces armées de ces pays, il reste que les préférences sexuelles ressortissent à la vie privée d'un individu et que l'on ne peut tirer aucune conclusion de ce que des homosexuels servant dans des armées étrangères ont pu choisir de ne pas rendre leur sexualité publique, ainsi qu'ils en ont le droit. Les requérants soulignent également qu'un certain nombre de militaires britanniques ont travaillé et travaillent encore avec des militaires homosexuels appartenant aux armées des autres pays de l'OTAN apparemment sans aucun problème.

Quant à l'affirmation selon laquelle des investigations sont nécessaires pour éviter que des personnes désireuses de quitter l'armée ne se déclarent faussement homosexuelles, les requérants relèvent que le Gouvernement n'a pas présenté d'éléments prouvant l'existence de telles fausses déclarations, et ajoutent qu'eux-mêmes ont clairement exprimé le souhait de rester dans l'armée. En outre, ils affirment s'être sentis obligés de répondre aux questions posées durant les interrogatoires car, sinon, leur vie privée et intime aurait fait l'objet d'autres investigations plus approfondies et moins discrètes, ce qu'admet le Gouvernement.

Pour ce qui est de l'arrêt de la Cour en l'affaire *Kalaç*, invoqué par le Gouvernement, les requérants soulignent que cette affaire avait trait à la sanction d'une conduite publique, et non aux caractéristiques privées d'un individu.

c) Appréciation de la Cour

i. Principes généraux applicables

87. Une ingérence est considérée comme « nécessaire, dans une société démocratique », pour atteindre un but légitime si elle répond à un besoin social impérieux et, en particulier, demeure proportionnée au but légitime poursuivi (arrêt *Norris* précité, p. 18, § 41).

Eu égard aux questions en jeu en l'espèce, la Cour souligne le lien entre la notion de « nécessité » et celle de « société démocratique », dont le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture constituent trois des caractéristiques (arrêts précités *Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs* et *Gubi*, p. 17, § 36, et *Dudgeon*, p. 21, § 53).

88. La Cour reconnaît qu'il appartient aux autorités nationales de juger les premières de la nécessité de l'ingérence, bien qu'il revienne à la Cour de trancher la question de savoir si les motifs de l'ingérence étaient pertinents et suffisants. Les Etats contractants gardent dans le cadre de cette évaluation une marge d'appréciation qui dépend de la nature des activités en jeu et du but des restrictions (arrêt *Dudgeon* précité, pp. 21 et 23, §§ 52 et 59).

89. En conséquence, lorsque les restrictions dont il s'agit concernent « un aspect des plus intimes de la vie privée », il doit exister « des raisons particulièrement graves » pour que ces ingérences répondent aux exigences de l'article 8 § 2 de la Convention (arrêt *Dudgeon* précité, p. 21, § 52).

Lorsque le but de sécurité nationale poursuivi est substantiellement l'efficacité opérationnelle de l'armée, il est admis que chaque Etat a compétence pour organiser son système de discipline militaire et jouit en la matière d'une certaine marge d'appréciation (arrêt *Engel* et autres précité, p. 25, § 59). La Cour estime également que l'Etat peut imposer des restrictions au droit d'un individu au respect de sa vie privée là où existe

une menace réelle pour l'efficacité opérationnelle des forces armées, le bon fonctionnement d'une armée ne se concevant guère sans des règles juridiques destinées à empêcher le personnel militaire de lui porter préjudice. Les autorités nationales ne peuvent toutefois pas s'appuyer sur de telles règles pour faire obstacle à l'exercice par les membres des forces armées de leur droit au respect de leur vie privée, lequel s'applique aux militaires comme aux autres personnes se trouvant sous la juridiction de l'Etat. En outre, les affirmations quant à l'existence d'un risque pour l'efficacité opérationnelle doivent être « étayées par des exemples concrets » (voir, *mutatis mutandis*, les arrêts précités *Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs et Gubi*, p. 17, §§ 36 et 38, et *Grigoriades*, pp. 2589-2590, § 45).

ii. Application aux faits de la cause

90. Il n'est pas contesté entre les parties que l'unique motivation des investigations et de la révocation des requérants était l'orientation sexuelle des intéressés. Considérant qu'un aspect des plus intimes de la vie privée était en jeu, des raisons particulièrement graves devaient justifier l'ingérence (paragraphe 89 ci-dessus). En l'espèce, la Cour estime que les ingérences ont été particulièrement graves pour les raisons suivantes.

91. En premier lieu, le processus d'enquête (voir les directives exposées au paragraphe 49 ci-dessus et les observations du Gouvernement au paragraphe 80) était exceptionnellement indiscret.

Des appels téléphoniques anonymes à M^{me} Smith et à la police militaire, d'une part, des informations fournies par la nourrice qu'employait le chef de corps de M. Grady, d'autre part, ont entraîné l'ouverture d'une enquête sur les préférences sexuelles des deux requérants, question que tous deux avaient jusque-là gardée secrète. Les enquêtes ont été menées par la police militaire, dont les méthodes d'investigation se fondaient, selon le GEPH, sur les procédures pénales, et dont la présence, toujours selon le GEPH, a donné lieu à une large publicité et à un fort ressentiment parmi les militaires (paragraphe 49 ci-dessus).

Dès que la question a été portée à l'attention des autorités militaires, M. Grady a reçu l'ordre de retourner immédiatement (sans son épouse ni ses enfants) au Royaume-Uni. Alors qu'il se trouvait dans cet Etat, une enquête circonstanciée sur son homosexualité a commencé aux Etats-Unis ; son épouse, une collègue, le mari de celle-ci et la nourrice qui travaillait pour la famille de son chef de corps ont été soumis à des interrogatoires détaillés et indiscrets sur sa vie privée.

Les requérants ont été tous deux interrogés et on leur a posé des questions précises de nature intime sur leurs pratiques et préférences sexuelles. Certaines questions adressées aux deux intéressés ont été, de l'avis de la Cour, particulièrement indiscretes et offensantes, et, de fait, le

Gouvernement a admis qu'il ne pouvait cautionner la question posée à M^{me} Smith quant à savoir si elle avait eu des relations sexuelles avec la jeune fille placée dans son foyer.

La partenaire de M^{me} Smith a été elle aussi interrogée. Le domicile de M. Grady a été fouillé, de nombreux objets personnels (dont une lettre à son partenaire) ont été saisis et l'intéressé a été ultérieurement questionné en détail sur le contenu de ces documents. Après les interrogatoires, la police militaire a élaboré à l'intention des autorités de l'armée de l'air un rapport sur l'homosexualité de chacun des requérants et des questions y relatives.

92. En second lieu, la révocation administrative des intéressés a eu, comme Sir Thomas Bingham, *Master of the Rolls*, l'a dit, une profonde incidence sur leurs carrières et avenir.

Avant les événements en question, les deux requérants poursuivaient une carrière militaire relativement intéressante dans leur domaine particulier. M^{me} Smith servait depuis plus de cinq ans dans l'armée de l'air, elle avait été proposée à l'avancement, avait été acceptée dans une formation qui faciliterait cette promotion et était sur le point de passer ses examens finals. Ses rapports d'évaluation avant et après sa révocation étaient très positifs. M. Grady servait dans l'armée de l'air depuis quatorze ans, avait été promu au grade de sergent et muté à un poste à haute responsabilité à Washington en 1991. Ses rapports d'évaluation avant et après sa révocation étaient également très positifs et s'accompagnaient de recommandations pour d'autres promotions. Le Gouvernement admet dans ses observations que ni les états de service ni la conduite des requérants n'ont donné matière à reproche, et la *High Court* a qualifié les premiers d'« exemplaires ».

La Cour relève à cet égard la nature singulière de l'armée (sur laquelle le Gouvernement a insisté dans sa plaidoirie devant la Cour) et, par conséquent, la difficulté qu'il y a à transposer directement dans la vie civile des qualifications et expériences essentiellement militaires. La Cour rappelle à cet égard que l'une des raisons pour lesquelles elle a considéré la révocation de M^{me} Vogt de son poste d'enseignante comme une « mesure très rigoureuse » était sa constatation selon laquelle un enseignant en pareil cas se verrait « presque à coup sûr privé de la faculté d'exercer la seule profession pour laquelle il ait une vocation, pour laquelle il a été formé et dans laquelle il a acquis des aptitudes et de l'expérience » (arrêt Vogt précité, p. 29, § 60). A cet égard, la Cour admet que la formation et l'expérience des requérants seraient utiles dans la vie civile. Toutefois, les intéressés rencontreraient manifestement des difficultés à obtenir dans leur domaine de spécialisation des postes civils qui correspondent à l'ancienneté et à la position qu'ils avaient acquises dans l'armée de l'air.

93. En troisième lieu, le caractère absolu et général de la politique qui fonde les ingérences litigieuses est frappant (arrêts précités Dudgeon,

p. 24, § 61, et Vogt, p. 28, § 59). Cette politique entraîne la révocation immédiate des forces armées dès lors que l'homosexualité d'un individu est établie et quels que soient la conduite ou les états de service de l'intéressé. Quant à l'arrêt Kalaç invoqué par le Gouvernement, la Cour estime qu'il faut distinguer la mise en retraite forcée de M. Kalaç de la révocation des requérants en l'espèce, le premier ayant été renvoyé en raison de sa conduite alors que, dans la présente affaire, les intéressés ont été révoqués en raison de leurs caractéristiques personnelles innées.

94. Partant, la Cour doit rechercher si, compte tenu de la marge d'appréciation laissée à l'Etat en matière de sécurité nationale, il existait des raisons particulièrement solides et convaincantes justifiant les ingérences dans le droit des requérants au respect de leur vie privée.

95. L'argument principal du Gouvernement en faveur de la politique qu'il conduit consiste à dire que la présence au sein de l'armée de personnes ouvertement homosexuelles ou soupçonnées de l'être aurait un effet négatif très important sur le moral des troupes et, en conséquence, sur la puissance de combat et l'efficacité opérationnelle de l'armée. Le Gouvernement s'appuie à cet égard sur le rapport du GEPH, en particulier sur la partie F de celui-ci.

Tout en prenant acte de la complexité de l'étude entreprise par le GEPH, la Cour a certains doutes quant à la valeur de ce rapport en l'espèce. L'indépendance de l'évaluation exposée dans le rapport est sujette à caution, si l'on considère que les auteurs en sont des fonctionnaires du ministère de la Défense et des militaires (paragraphe 51 ci-dessus) et compte tenu de la perspective dans laquelle se situe cette politique, perspective que le ministère de la Défense définit dans sa circulaire d'août 1995 aux organes dirigeants de l'armée (paragraphe 33 ci-dessus). En outre, quelle que soit la lecture que l'on fasse du rapport et des méthodes utilisées (paragraphe 52 ci-dessus), l'on constate que seule une très faible proportion du personnel militaire a participé à cette appréciation. Par ailleurs, les méthodes d'évaluation (y compris la consultation des personnes à l'origine de la politique au ministère de la Défense, les entretiens en tête-à-tête et les discussions de groupe) n'étaient, pour beaucoup d'entre elles, pas anonymes. Il apparaît également que de nombreuses questions dans l'étude sur les comportements induisaient des réponses favorables à la politique.

96. Quand bien même les points de vue exprimés au GEPH en la matière pourraient passer pour représentatifs, la Cour estime que les problèmes perçus dans le rapport du GEPH comme menaçant la puissance de combat et l'efficacité opérationnelle de l'armée tenaient uniquement aux attitudes négatives des militaires hétérosexuels envers ceux ayant des préférences homosexuelles. La Cour observe à cet égard que cette politique ne traduit aucun jugement moral sur l'homosexualité, ce que confirme la déclaration de l'adjoint au chef du personnel des armées versée au

dossier de l'affaire Perkins (paragraphe 50 ci-dessus). Le Gouvernement reconnaît également que cette politique ne met en doute ni les états de service ni la conduite des requérants, ni les capacités physiques, le courage, la fiabilité et les aptitudes des homosexuels en général.

97. La question pour la Cour est de savoir si les attitudes négatives susmentionnées constituent une justification suffisante aux ingérences litigieuses.

La Cour remarque, sur la foi du rapport du GEPH, que ces attitudes, même si elles reflètent sincèrement les sentiments de ceux qui les ont exprimées, vont d'expressions stéréotypées traduisant de l'hostilité envers les homosexuels à un vague malaise engendré par la présence de collègues homosexuels. Dans la mesure où ces attitudes négatives correspondent aux préjugés d'une majorité hétérosexuelle envers une minorité homosexuelle, la Cour ne saurait les considérer comme étant en soi une justification suffisante aux ingérences dans l'exercice des droits susmentionnés des requérants, pas plus qu'elle ne le ferait pour des attitudes négatives analogues envers les personnes de race, origine ou couleur différentes.

98. Le Gouvernement souligne que les vues exprimées dans le rapport du GEPH ont servi à démontrer que tout changement de politique serait lourdement préjudiciable au moral et à l'efficacité opérationnelle. Les requérants estiment que ces affirmations sont dénuées de tout fondement.

99. La Cour relève le manque d'éléments concrets démontrant l'atteinte au moral et à la puissance de combat qu'un changement de politique occasionnerait. *Lord Justice Thorpe*, de la Cour d'appel, a estimé qu'il n'y avait aucune preuve concrète ou significative que la présence d'homosexuels dans l'armée causerait un tel préjudice (paragraphe 40 ci-dessus). La Cour estime en outre que l'évaluation ultérieure du GEPH, quels qu'en soient les mérites, n'a pas établi qu'un tel préjudice surviendrait en cas de changement de politique. Compte tenu du nombre d'homosexuels révoqués entre 1991 et 1996 (paragraphe 67 ci-dessus), l'on ne saurait tenir pour insignifiant le nombre des homosexuels qui servaient dans l'armée à l'époque des faits. Même si l'absence de tels éléments de preuve peut s'expliquer par l'application constante de la politique, comme l'affirme le Gouvernement, cela ne suffit pas à convaincre la Cour qu'il faut s'attendre, à défaut de cette politique, à des problèmes de la nature et de l'acuité alléguées en ce qui concerne l'efficacité opérationnelle (arrêt *Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs et Gubi* précité, p. 17, § 38).

100. Toutefois, vu la force des sentiments exprimés dans certaines observations faites au GEPH et le caractère spécifique, interdépendant et étroitement communautaire de l'environnement militaire, la Cour estime raisonnable de présumer que certaines difficultés pourraient résulter de tout changement d'une politique bien ancrée. En effet, il apparaîtrait que

la présence de femmes et de minorités raciales dans l'armée soit à l'origine de difficultés relationnelles du même ordre que celles qui, selon le Gouvernement, résulteraient de l'admission des homosexuels (paragraphes 63 et 64 ci-dessus).

101. Les requérants soutiennent qu'un code de conduite strict applicable à l'ensemble du personnel militaire pallierait les difficultés que pourraient causer les attitudes négatives des hétérosexuels. Sans rejeter d'emblée cette possibilité, le Gouvernement souligne la nécessité d'être prudent, eu égard à l'objet et au contexte militaire de la politique, et précise que cette question est l'une des options que la prochaine commission parlementaire restreinte examinera en 2001.

102. La Cour estime important de relever en premier lieu la position déjà adoptée par l'armée s'agissant de la discrimination raciale et du harcèlement et des menaces à caractère racial et sexuel (paragraphes 63-64 ci-dessus). Ainsi la directive de janvier 1996 a-t-elle imposé à chaque soldat un code de conduite strict, qui s'accompagne de règles disciplinaires visant à répondre à tout comportement ou toute conduite répréhensibles. Cette double approche se complète de brochures d'information et de programmes de formation, l'armée soulignant la nécessité d'être exemplaire quant à la conduite personnelle et au respect d'autrui.

Le Gouvernement fait néanmoins valoir que ce serait « le fait de connaître ou de soupçonner l'homosexualité » qui nuirait au moral et non la conduite des intéressés, de sorte qu'un code de conduite ne lèverait pas les difficultés redoutées. Toutefois, dans la mesure où les attitudes négatives envers les homosexuels ne suffisent pas en soi à justifier la politique (paragraphe 97 ci-dessus), elles sont également insuffisantes pour légitimer le rejet d'une solution de rechange. Quoi qu'il en soit, le Gouvernement a lui-même reconnu à l'audience que le choix entre le code de conduite et le maintien de la politique était au cœur de la décision à prendre en l'espèce. Cette position est également cohérente avec le fait que le Gouvernement se fonde directement sur la partie F du rapport du GEPH, selon laquelle les problèmes redoutés et perçus comme un risque pour le moral étaient presque exclusivement liés au comportement et à la conduite (paragraphes 53-54 ci-dessus).

Le Gouvernement affirme que l'homosexualité soulève des problèmes d'une nature et d'une acuité que ne revêtaient pas les questions tenant à la race et au sexe. Toutefois, même si l'on peut présumer que l'intégration d'homosexuels causerait des problèmes que l'intégration des femmes ou des minorités raciales n'a pas engendrés, la Cour n'est pas convaincue que des codes et règles qui se sont révélés efficaces dans ce dernier cas ne le seraient pas tout autant dans le premier. « L'indifférence à toute épreuve », évoquée par le GEPH, de la grande majorité du personnel militaire britannique qui sert à l'étranger aux côtés des forces alliées vis-à-vis des homosexuels appartenant à ces forces étrangères confirme

que les problèmes d'intégration que l'on craint ne sont pas insurmontables (paragraphe 59 ci-dessus).

103. Le Gouvernement signale les problèmes particuliers que peuvent occasionner les modes de logement collectif à l'armée. Des observations circonstanciées ont été faites pendant l'audience, les parties étant en désaccord quant aux conséquences éventuelles du partage par des personnes du même sexe de logements et d'autres services.

La Cour relève que le GEPH lui-même a conclu qu'il ne serait ni justifié ni raisonnable de prévoir des logements séparés pour les homosexuels et qu'il serait donc inutile d'exposer des frais importants à cet effet. Elle continue de penser néanmoins qu'il n'a pas été démontré que les codes de conduite et règles disciplinaires évoqués ci-dessus ne pourraient correctement régler les questions de comportement de la part d'homosexuels ou d'hétérosexuels.

104. Invoquant l'analyse exposée dans le rapport du GEPH sur ce point, le Gouvernement avance en outre qu'on ne peut tirer aucune leçon utile des changements juridiques relativement récents intervenus dans les armées étrangères qui admettent désormais les homosexuels. La Cour ne partage pas cet avis. Elle prend acte des éléments produits devant les juridictions internes dont il ressort que les pays européens qui interdisent légalement et de manière générale les homosexuels dans leurs forces armées représentent désormais une petite minorité. Elle estime qu'elle ne peut faire abstraction d'idées qui, si elles sont relativement récentes, ne cessent de se répandre et d'évoluer, ni des changements juridiques qu'elles entraînent dans le droit interne des Etats contractants (arrêt Dudgeon précité, pp. 23-24, § 60).

105. Partant, la Cour conclut que le Gouvernement n'a pas donné des raisons convaincantes et solides pour justifier la politique à l'encontre des homosexuels au sein de l'armée ni, en conséquence, la révocation subséquente des requérants.

106. Si la révocation des requérants à découlé automatiquement de leur homosexualité, la Cour estime que la justification des investigations menées sur l'homosexualité des intéressés appelle un examen séparé, en ce que ces investigations ont continué après que les requérants eurent sans tarder et expressément reconnu être homosexuels. Dans le cas de M^{me} Smith, les aveux ont été immédiats, et M. Grady a admis être homosexuel au début de son interrogatoire du 26 mai 1994.

107. Le Gouvernement soutient que les investigations, y compris les interrogatoires et les fouilles, sont nécessaires afin de repérer ceux qui se prétendent faussement homosexuels pour bénéficier d'une révocation administrative des forces armées. Le Gouvernement cite cinq exemples d'individus servant dans l'armée qui ont formulé assez récemment de fausses affirmations de ce type afin d'être révoqués. Toutefois, et bien que la vie familiale de M. Grady eût pu susciter certains doutes quant à la

véracité des renseignements concernant son homosexualité, il était et il est toujours clair, de l'avis de la Cour, qu'à l'époque des faits, tant M^{me} Smith que M. Grady souhaitaient rester dans l'armée de l'air. Dès lors, la Cour ne voit pas comment le risque de fausses affirmations d'homosexualité pourrait, dans le cas des requérants en l'espèce, légitimer en quoi que ce soit la poursuite des interrogatoires.

108. Le Gouvernement prétend en outre que les préoccupations en matière de santé, de sécurité et de discipline mises en avant par le GEPH justifiaient de poser certaines questions aux requérants. La Cour relève toutefois que le rapport du GEPH conclut que les problèmes de sécurité concernant les personnes soupçonnées d'être homosexuelles ne résistaient pas, en tant que raison visant à défendre le maintien de la politique, à un examen approfondi. C'est pourquoi la Cour n'est pas convaincue que le risque de chantage, qui est le principal motif de sécurité allégué par le Gouvernement, justifiait de harceler de questions les deux requérants. De même, la Cour estime que les risques cliniques (qui, au demeurant, ont été pour une large part écartés par le GEPH comme justification du maintien de la politique) n'expliquaient pas l'ampleur de l'interrogatoire des requérants. Par ailleurs, aucun problème de discipline ne se posait dans le cas de l'un ou l'autre des intéressés.

109. Invoquant les avertissements donnés aux requérants au début de leur interrogatoire, le Gouvernement affirme en outre que les intéressés n'étaient pas tenus d'y participer. De plus, on a demandé à M^{me} Smith de consentir à l'interrogatoire de sa partenaire, et M. Grady a accepté la perquisition de son domicile et la saisie de son agenda électronique. La Cour estime néanmoins que les requérants n'avaient pas vraiment d'autre choix que de coopérer à cette procédure. Les interrogatoires représentaient manifestement une partie importante et incontournable de la procédure d'investigation destinée à vérifier, en respectant « des exigences sévères en matière de preuves », les préférences sexuelles des requérants (voir les directives au paragraphe 49 ci-dessus et la thèse du Gouvernement exposée au paragraphe 80). La Cour est convaincue que si les requérants ne s'étaient pas montrés coopératifs au cours de la procédure d'interrogatoire, y compris pour les éléments supplémentaires susmentionnés qu'implique cette procédure, les autorités auraient entrepris de vérifier les soupçons d'homosexualité pesant sur eux par d'autres moyens probablement moins discrets. L'on a expliqué très clairement aux deux requérants, et en des termes particulièrement explicites à M. Grady, que c'était là ce qui les attendait dans le cas où ils refuseraient de coopérer.

110. Dans ces conditions, la Cour estime que le Gouvernement n'a pas fourni de raisons convaincantes et sérieuses justifiant la poursuite des investigations sur les préférences sexuelles des requérants dès lors que ceux-ci avaient confirmé aux autorités de l'armée de l'air qu'ils étaient homosexuels.

111. En un mot, la Cour estime que ni les investigations menées sur les préférences sexuelles des requérants ni la révocation de ceux-ci en raison de leur homosexualité conformément à la politique du ministère de la Défense ne se justifiaient au regard de l'article 8 § 2 de la Convention.

112. Partant, il y a eu violation de l'article 8 de la Convention.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 8

113. Les requérants invoquent également l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 quant à la mise en œuvre de la politique du ministère de la Défense à leur encontre. L'article 14 se lit ainsi :

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

114. Pour le Gouvernement, aucune question distincte ne se pose sous l'angle de l'article 14 de la Convention ; les requérants se fondent quant à eux sur les arguments qu'ils ont avancés dans le contexte de l'article 8 et qui se trouvent résumés ci-dessus.

115. La Cour considère que, dans les circonstances de l'espèce, les griefs relatifs à la discrimination que les requérants auraient subie en raison de leurs préférences sexuelles de par l'existence et l'application de la politique du ministère de la Défense coïncident en pratique, bien que présentés sous un angle différent, avec la plainte que la Cour a déjà examinée sur la base de l'article 8 de la Convention (arrêt *Dudgeon* précité, pp. 25-26, §§ 64-70).

116. Dès lors, la Cour estime que les griefs formulés par les requérants sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 8 ne donnent lieu à aucune question distincte.

III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 3 DE LA CONVENTION CONSIDÉRÉ ISOLÉMENT ET COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 14

117. Les requérants se plaignent également sur le terrain de l'article 3 de la Convention, considéré isolément et combiné avec l'article 14, que la politique excluant les homosexuels de l'armée et les investigations et révocations qui en ont résulté s'analysent en un traitement dégradant. L'article 3, en ses dispositions pertinentes, est ainsi libellé :

« Nul ne peut être soumis (...) à des peines ou traitements (...) dégradants. »

118. Pour le Gouvernement, la politique ne saurait être qualifiée de dégradante, eu égard à son fondement et à son objectif sérieux et raisonnables (à savoir préserver la puissance de combat et l'efficacité opérationnelle de l'armée) et à l'absence de toute intention de dégrader ou d'humilier des personnes. L'affaire Asiatiques d'Afrique orientale c. Royaume-Uni (requêtes n^{os} 4403/70 et suiv., rapport de la Commission du 14 décembre 1973, Décisions et rapports 78-B, p. 5), invoquée par les requérants, n'est pas pertinente en l'espèce puisqu'elle traitait d'une discrimination raciale. Le Gouvernement reconnaît que la procédure d'enquête était déplaisante, mais fait valoir que, compte tenu du problème en jeu, des questions d'ordre intime étaient inévitables et que le but n'était pas d'humilier des personnes mais de traiter des affaires aussi rapidement et discrètement que possible. Il souligne une fois encore que les intéressés ont choisi de participer aux interrogatoires.

119. Les requérants soutiennent que le traitement discriminatoire qu'ils ont subi, qui se fondait sur des stéréotypes et préjugés sommaires, a nié et froissé leur individualité et leur dignité, et s'analyse dès lors en un traitement contraire à l'article 3. La distinction opérée par le Gouvernement à propos de l'affaire précitée Asiatiques d'Afrique orientale est une distinction d'ordre technique, puisque les requérants ont été étiquetés et catalogués, processus qui a avili et sali l'existence et la réputation de chacun d'eux. De plus, un traitement contraire à l'article 3 ne peut se justifier. Quant à la suggestion selon laquelle ils auraient pu choisir de ne pas participer aux interrogatoires, les requérants arguent que leur grief a trait à l'ensemble de la procédure d'enquête et de révocation ; l'avertissement qu'on leur a donné serait en fait l'avertissement standard que l'on donne à tout suspect en matière criminelle et le fait même de poser certaines questions était blessant et dégradant. L'absence d'obligation juridique de répondre aux questions n'a en rien atténué cet effet puisqu'ils devaient coopérer afin de conserver aux investigations un caractère aussi discret que possible. Quoi qu'il en soit, les questions sont allées bien au-delà d'une simple interrogation sur leurs préférences sexuelles car ils ont été interrogés alors qu'ils avaient déjà reconnu leurs penchants sexuels et nombre de questions étaient tendancieuses et désobligeantes.

120. La Cour rappelle que pour tomber sous le coup de l'article 3 un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum est relative et dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux (arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, série A n^o 25, p. 65, § 162).

Elle rappelle également qu'un traitement peut être considéré comme dégradant s'il est de nature à créer chez la victime des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à l'humilier, à l'avilir et à briser éventuellement sa résistance physique ou morale (arrêt *Irlande c. Royaume-*

Uni précité, pp. 66-67, § 167). En outre, il suffit que la victime soit humiliée à ses propres yeux (arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni* du 25 avril 1978, série A n° 26, p. 16, § 32).

121. La Cour a souligné ci-dessus les raisons pour lesquelles elle considère que l'enquête et la révocation ainsi que le caractère général de la politique du ministère de la Défense revêtaient une gravité particulière (paragraphe 90-93 ci-dessus). En outre, la Cour n'exclut pas qu'un traitement fondé sur un préjugé de la part d'une majorité hétérosexuelle envers une minorité homosexuelle comme celui qui est décrit ci-dessus puisse en principe tomber sous l'empire de l'article 3 (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985, série A n° 94, p. 42, §§ 90-91).

122. Toutefois, tout en admettant que la politique ainsi que les investigations et révocations qu'elle a entraînées ont indéniablement été pénibles et humiliantes pour chacun des requérants, la Cour estime, eu égard à l'ensemble des circonstances de la cause, que le traitement n'a pas atteint le minimum de gravité requis pour tomber sous le coup de l'article 3 de la Convention.

123. Dès lors, la Cour conclut qu'il n'y a pas eu violation de l'article 3 de la Convention, considéré isolément ou combiné avec l'article 14.

IV. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 10 DE LA CONVENTION CONSIDÉRÉ ISOLÉMENT ET COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 14

124. Les requérants se plaignent en outre sous l'angle de l'article 10 de la Convention, pris isolément et combiné avec l'article 14, de la restriction imposée par l'existence et la mise en œuvre de la politique du ministère de la Défense à leur droit d'exprimer leur identité sexuelle. L'article 10, en ses dispositions pertinentes, est ainsi libellé :

« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques (...)

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, (...) à la défense de l'ordre (...) »

125. Pour le Gouvernement, la liberté d'expression n'est pas en jeu en l'espèce. Il soutient que les requérants étaient libres d'exprimer des informations et des idées et d'informer autrui de leurs penchants sexuels. Les investigations et les révocations des intéressés étaient la conséquence non de l'expression d'informations ou d'idées mais plutôt de leur homosexualité, qu'ils avaient choisi de cacher jusqu'à ce qu'ils

fissent l'objet d'une enquête. Quoi qu'il en soit, toute ingérence qui se serait produite dans l'exercice par les requérants de leur liberté d'expression se justifiait pour les raisons indiquées dans le contexte de l'article 8 et, par conséquent, aucune question distincte ne se pose sous l'angle de l'article 10.

126. Les requérants prétendent que le droit pour une personne d'exprimer sa sexualité englobe des opinions, des idées et des informations essentielles pour un individu et son identité. La politique du ministère de la Défense les a obligés à mener des vies secrètes, en leur déniait la simple possibilité de communiquer ouvertement et librement leur propre identité sexuelle, ce qui a eu sur eux un effet inhibiteur et a représenté un frein puissant pour leur droit à la liberté d'expression. Pour les raisons exposées sur le terrain de l'article 8, les requérants soutiennent que l'ingérence dans l'exercice de leur droit à la liberté d'expression ne répondait pas aux exigences énoncées au second paragraphe de l'article 10 de la Convention. Ils ajoutent que toute restriction imposée à la liberté d'expression, y compris l'expression de l'orientation sexuelle d'une personne, appelle une interprétation étroite, et que la seule justification que le Gouvernement ait donnée aux ingérences dans l'exercice des droits garantis par l'article 8 était donc insuffisante dans le contexte de l'article 10. Considérant que l'on protège toute expression qui peut choquer, offenser ou perturber autrui, le simple fait que des membres de l'armée auraient été perturbés par la présence d'homosexuels déclarés, comme le Gouvernement le prétend, ne suffit pas à justifier une ingérence sur le terrain de l'article 10 de la Convention.

Enfin, les requérants considèrent que l'affirmation du Gouvernement concernant leur liberté d'exprimer leur homosexualité est fort peu crédible. S'ils en avaient parlé, ils auraient immédiatement été soumis à une enquête et révoqués, ce qui s'est effectivement produit.

127. La Cour n'exclut pas que le silence imposé aux intéressés quant à leurs préférences sexuelles ainsi que la nécessité constante d'être vigilants, discrets et secrets à cet égard vis-à-vis de leurs collègues, amis et relations de par l'effet inhibiteur de la politique du ministère de la Défense, peuvent constituer une ingérence dans leur liberté d'expression.

La Cour relève toutefois que l'objet de la politique et, par conséquent, l'unique raison des investigations et des révocations des requérants étaient leur orientation sexuelle, qui est « une manifestation essentiellement privée de la personnalité humaine » (arrêt *Dudgeon* précité, p. 23, § 60). Elle estime que l'aspect relatif à la liberté d'expression est en l'espèce accessoire par rapport au droit des requérants au respect de leur vie privée, qui est la question principale en jeu (voir, *mutatis mutandis*, les arrêts *Kokkinakis c. Grèce* du 25 mai 1993, série A n° 260-A, p. 23, § 55, et *Larissis et autres c. Grèce* du 24 février 1998, *Recueil* 1998-I, p. 383, § 64).

128. Dès lors, la Cour juge inutile d'examiner les griefs des requérants sur le terrain de l'article 10 de la Convention, pris isolément ou combiné avec l'article 14.

V. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 13 DE LA CONVENTION

129. Enfin, les requérants se plaignent d'une violation de l'article 13 de la Convention, en ce qu'ils n'auraient disposé d'aucun recours effectif devant une instance nationale pour faire redresser les violations de la Convention dont ils ont été victimes. L'article 13, en ses dispositions pertinentes, est ainsi libellé :

« Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la (...) Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale (...) »

130. Invoquant l'affaire *Vilvarajah* (arrêt *Vilvarajah* et autres c. Royaume-Uni du 30 octobre 1991, série A n° 215), le Gouvernement prétend que la procédure de contrôle juridictionnel offrait aux requérants un recours effectif. Les intéressés pouvaient faire valoir, et ont fait valoir, en substance devant les tribunaux internes les mêmes arguments tirés de la Convention que ceux qu'ils présentent maintenant à la Cour. Toute différence qu'il y aurait entre le critère du contrôle juridictionnel et le critère relevant de la Convention n'était pas cruciale pour les questions soulevées en l'espèce, et le raisonnement de la Cour d'appel a reflété pour l'essentiel celui qui fonde la marge d'appréciation laissée par la Convention. Les tribunaux internes comme les organes de la Convention conservent un rôle de supervision visant à assurer que l'Etat n'abuse pas de ses pouvoirs ni n'excède sa marge d'appréciation.

131. Les requérants allèguent que l'article 13 comporte au minimum deux exigences. Tout d'abord, l'instance nationale concernée doit avoir compétence pour connaître de la substance du grief d'un individu sous l'angle de la Convention ou d'autres dispositions correspondantes du droit interne et, en second lieu, cette instance doit avoir compétence pour redresser la violation si elle admet le bien-fondé du grief en question. En outre, l'étendue précise des obligations découlant de l'article 13 dépend de la nature du grief de l'intéressé. La présente affaire concerne l'application d'une politique générale qui entraîne des ingérences dans les droits d'un groupe minoritaire au regard de l'article 8, et non l'appréciation de l'extradition ou de l'expulsion d'un individu sur le terrain de l'article 3, comme dans les affaires *Soering* et *Vilvarajah* (arrêts *Soering* c. Royaume-Uni du 7 juillet 1989, série A n° 161, et *Vilvarajah* et autres, précité).

132. Pour les requérants, la voie du contrôle juridictionnel ne répond pas à la première des exigences de l'article 13 pour deux raisons liées. Puisque la politique du ministère de la Défense revêt un caractère général

ne souffrant aucune exception, les tribunaux internes ne pouvaient examiner le bien-fondé des griefs de chacun des requérants. Or, les conséquences de cette politique sur les personnes varient d'un cas à l'autre. Par contre, les tribunaux internes pouvaient examiner, et étaient en fait tenus d'examiner, « avec la minutie la plus extrême » les circonstances particulières des affaires Soering et Vilvarajah mentionnées ci-dessus, affaires d'extradition et d'expulsion. Deuxièmement, les juridictions nationales ne pouvaient rechercher si un juste équilibre avait été ménagé entre l'intérêt général et les droits des requérants. Elles devaient se borner à vérifier s'il avait été démontré que la politique dans sa globalité était irrationnelle ou perverse, et la charge de la preuve à cet égard pesait sur les requérants. Pour que les tribunaux internes pussent intervenir, les intéressés devaient démontrer que le responsable de cette politique avait « perdu le sens commun » et que ce seuil élevé avait été franchi. Par ailleurs, les requérants font valoir que les commentaires de la *High Court* et de la Cour d'appel représentent la meilleure preuve que ces juridictions n'avaient pas compétence pour connaître de la substance des griefs que les intéressés tiraient de la Convention. A cet égard, on peut opposer leur cause aux affaires Soering et Vilvarajah précitées, car il se trouve que le critère appliqué dans la procédure de contrôle juridictionnel s'agissant des extraditions et expulsions envisagées coïncide avec celui appliqué sur le terrain de la Convention.

133. Les requérants prétendent en outre que la procédure de contrôle juridictionnel ne répond pas à la deuxième exigence de l'article 13, les tribunaux internes n'étant pas en mesure de redresser la violation, même si quatre juges sur les cinq qui ont examiné leur affaire ont estimé que la politique n'était pas justifiée.

134. Bien que les requérants aient invoqué l'article 13 de la Convention quant à l'ensemble de leurs griefs, la Cour rappelle que c'est principalement le droit des intéressés au respect de leur vie privée qui est en jeu en l'espèce (paragraphe 127 ci-dessus). Dès lors, elle est d'avis qu'il est plus approprié d'examiner les griefs tirés de l'article 13 de la Convention en combinaison avec l'article 8.

135. La Cour rappelle que l'article 13 garantit l'existence en droit interne d'un recours permettant de s'y prévaloir des droits et libertés de la Convention tels qu'ils peuvent s'y trouver consacrés. Il a donc pour conséquence d'exiger un recours interne habilitant l'instance nationale compétente à connaître du contenu du grief fondé sur la Convention et, de plus, à offrir le redressement approprié. Il ne va pas cependant jusqu'à exiger l'incorporation de la Convention dans le droit interne ou une forme particulière de recours, les Etats contractants jouissant d'une marge d'appréciation pour honorer les obligations qu'il leur impose. En outre, « l'effectivité » qu'il exige du recours ne dépend pas de la certitude d'un résultat favorable (arrêt Vilvarajah et autres précité, p. 39, § 122).

136. La Cour a conclu que le droit des requérants au respect de leur vie privée (paragraphe 112 ci-dessus) avait été violé du fait des investigations qui ont été effectuées et de la révocation des intéressés conformément à la politique menée par le ministère de la Défense contre les homosexuels dans l'armée. Comme l'ont expliqué la *High Court* et la Cour d'appel dans le cadre de la procédure de contrôle juridictionnel, considérant que la Convention n'est pas incorporée dans le droit anglais, la question de savoir si l'application de la politique a enfreint les droits des requérants au regard de l'article 8 et, en particulier, de savoir si les autorités ont démontré que la politique répondait à un besoin social impérieux ou était proportionnée à tel ou tel but légitime, ne pouvait recevoir une réponse adéquate. La seule question dont les tribunaux internes se trouvaient saisis était de savoir si la politique pouvait être considérée comme « irrationnelle ».

137. Le critère d'« irrationalité » appliqué en l'espèce a été celui qu'a exposé Sir Thomas Bingham, *Master of the Rolls*, dans son jugement : un tribunal n'a pas le droit d'intervenir au fond dans l'exercice d'un pouvoir administratif discrétionnaire à moins d'être convaincu que la décision était déraisonnable en ce sens qu'elle n'entraînait pas dans la gamme de réactions qui s'offrait à un responsable raisonnable. Pour déterminer si le responsable avait excédé cette marge d'appréciation, le contexte des droits de l'homme était important de sorte que plus l'ingérence dans les droits de l'homme était grave, plus le tribunal exigerait une justification sérieuse avant de se convaincre du caractère raisonnable de la décision.

Toutefois, il était également souligné que, nonobstant le contexte des droits de l'homme, le seuil d'irrationalité qu'un justiciable devait franchir était élevé. Pour la Cour, les décisions de la *High Court* et de la Cour d'appel elles-mêmes le confirment. La Cour relève que, dans leurs arrêts principaux, les deux juridictions ont émis des commentaires favorables sur les moyens des requérants contestant les raisons avancées par le Gouvernement pour justifier la politique. *Lord Justice* Simon Brown a estimé que les moyens des requérants avaient nettement plus de poids que ceux de leurs adversaires, qualifiant de puissants leurs arguments en faveur d'un code de conduite (paragraphe 30 ci-dessus). Le *Master of the Rolls*, Sir Thomas Bingham, a estimé que les arguments des requérants présentaient « une force considérable » et, invoquant particulièrement l'efficacité potentielle d'un code de conduite, appelaient un examen approfondi (paragraphe 37 ci-dessus). En outre, sans exprimer de conclusion sur les questions relevant de la Convention que posait cette affaire, *Lord Justice* Simon Brown a exprimé l'opinion que « les jours de cette politique [étaient] comptés » eu égard aux obligations qui incombaient au Royaume-Uni en vertu de la Convention (paragraphe 31 ci-dessus). Le *Master of the Rolls*, Sir Thomas Bingham, a observé quant à lui que les investigations et la révocation des requérants ne dénotaient pas un grand respect pour leur vie privée. Il a estimé que l'on pouvait se demander s'il

n'y avait pas eu une ingérence disproportionnée dans les droits des intéressés au regard de l'article 8 de la Convention (paragraphe 38 ci-dessus).

Les deux juridictions ont néanmoins conclu qu'on ne pouvait considérer que la politique n'entraînait pas dans la gamme de réactions qui s'offrait à un responsable raisonnable et, en conséquence, qu'on ne pouvait la tenir pour « irrationnelle ».

138. Dans ces conditions, il est clair pour la Cour qu'à supposer même que les griefs que lui présentent les requérants aient été pour l'essentiel formulés devant les juridictions internes et examinés par elles, le seuil à partir duquel la *High Court* et la Cour d'appel auraient pu tenir la politique du ministère de la Défense pour irrationnelle était si élevé qu'il excluait en pratique toute considération par les tribunaux internes de la question de savoir si l'ingérence dans les droits des requérants répondait à un besoin social impérieux ou était proportionnée aux buts poursuivis – sécurité nationale et ordre public –, principes qui sont au cœur de l'analyse par la Cour des griefs tirés de l'article 8 de la Convention.

Les présentes causes peuvent être mises en opposition avec les affaires *Soering* et *Vilvarajah* précitées. Dans ces affaires-là, la Cour a estimé que le critère appliqué par les juridictions nationales pour les demandes de contrôle juridictionnel visant les décisions du ministre dans des affaires d'extradition et d'expulsion coïncidait avec la propre démarche de la Cour sur le terrain de l'article 3 de la Convention.

139. Dès lors, la Cour estime que les requérants n'ont disposé d'aucun recours effectif quant à la violation du droit au respect de leur vie privée garanti par l'article 8 de la Convention. Partant, il y a eu violation de l'article 13 de la Convention.

VI. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

140. L'article 41 de la Convention est ainsi libellé :

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

141. Les requérants ont soumis des prétentions détaillées au titre du dommage matériel et moral ainsi que pour le remboursement de leurs frais et dépens. Toutefois, ils ont sollicité d'autres renseignements du Gouvernement avant de pouvoir compléter leurs propositions.

142. Le Gouvernement a fait valoir à l'audience que le constat d'une violation fournirait une satisfaction équitable suffisante ou, à titre subsidiaire, que les revendications des requérants étaient exagérées. Il a également demandé plus de temps pour répondre en détail aux propositions définitives des intéressés.

143. La Cour a déjà accepté d'accorder plus de temps aux parties pour soumettre leurs propositions définitives quant à une satisfaction équitable. En conséquence, elle considère que la question soulevée sous l'angle de l'article 41 n'est pas en état. Dès lors, il y a lieu de la réserver et de fixer la procédure ultérieure, compte tenu de la possibilité d'un accord entre les parties (article 75 § 4 du règlement).

PAR CES MOTIFS, LA COUR, À L'UNANIMITÉ,

1. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention ;
2. *Dit* qu'aucune question distincte ne se pose sous l'angle de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 ;
3. *Dit* qu'il n'y a pas eu violation de l'article 3 de la Convention pris isolément ou combiné avec l'article 14 ;
4. *Dit* qu'il n'y a pas lieu d'examiner les griefs des requérants sous l'angle de l'article 10 de la Convention pris isolément ou combiné avec l'article 14 ;
5. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 13 de la Convention ;
6. *Dit* que la question de l'application de l'article 41 de la Convention n'est pas en état ;
Par conséquent,
 - a) *réserve* ladite question ;
 - b) *invite* les parties à notifier à la Cour tout accord auquel elles pourraient aboutir ;
 - c) *réserve* la procédure ultérieure et *délègue* au président le soin de la fixer au besoin.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 27 septembre 1999.

S. DOLÉ
Greffière

J.-P. COSTA
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion en partie concordante, en partie dissidente de M. Loucaides.

J.-P.C.
S.D.

OPINION EN PARTIE CONCORDANTE,
EN PARTIE DISSIDENTE DE M. LE JUGE LOUCAIDES

(Traduction)

Je souscris à l'avis de la majorité sur tous les points sauf en ce qui concerne la conclusion selon laquelle la révocation des requérants de l'armée en raison de leur homosexualité a emporté violation de l'article 8 de la Convention.

A cet égard j'ai été convaincu par l'argument du Gouvernement relatif aux problèmes particuliers pouvant être occasionnés par les modes de logement collectif à l'armée. Les requérants devraient partager avec leurs compagnons d'armes hétérosexuels des logements et d'autres services (douches, toilettes, etc.) prévus pour des personnes de même sexe. A mon sens, les difficultés en question seraient en substance analogues à celles qui résulteraient du fait de loger dans les mêmes locaux des militaires des deux sexes. La nécessité de prévoir des logements et services séparés pour les femmes et les hommes tient à leur différence d'orientation sexuelle. Or, c'est précisément l'existence de cette différence entre les homosexuels et les hétérosexuels qui donne tout son sens à la thèse du Gouvernement.

Pour moi, la réponse apportée par la majorité à cet aspect de l'affaire n'est pas satisfaisante. La Cour relève (au paragraphe 103 de l'arrêt) que le GEPH a conclu qu'« il ne serait ni justifié ni raisonnable de prévoir des logements séparés pour les homosexuels » ; elle estime qu'en tous les cas, « il n'a pas été démontré que les codes de conduite et règles disciplinaires (...) ne pourraient correctement régler les questions de comportement de la part d'homosexuels ou d'hétérosexuels ». Le fait qu'il ne serait « ni justifié ni raisonnable » de prévoir des logements séparés ne légitime pas la mise en place de modes de logement collectif si ceux-ci occasionnent de réels problèmes. Par ailleurs, « des codes de conduite et règles disciplinaires » ne peuvent modifier les préférences sexuelles des personnes et agir sur les problèmes y afférents qui – quant à la question en jeu – forcent, dans le cas des femmes, à loger séparément les militaires des deux sexes. Les difficultés découlent de l'obligation pour des groupes de personnes ayant une orientation sexuelle différente de vivre ensemble. J'ajoute à cet égard que si les homosexuels avaient le droit de s'engager dans l'armée, leur orientation sexuelle pourrait être mise au jour à la suite d'une révélation ou d'une manifestation quelconque de leur part.

L'interdiction des homosexuels dans l'armée visait à garantir l'efficacité opérationnelle des forces armées et, dans cette mesure, les ingérences qui en ont résulté poursuivaient les buts légitimes de « sécurité nationale » et de « défense de l'ordre », ce dont la Cour convient. Mon désaccord avec la majorité réside dans la question de savoir si l'ingérence

en l'espèce peut être considérée comme « nécessaire dans une société démocratique » pour atteindre ces objectifs. La majorité souligne le principe qui veut que lorsque les restrictions à un droit conventionnel concernent un aspect des plus intimes de la vie privée, il doit exister des raisons particulièrement graves pour que ces ingérences répondent aux exigences de l'article 8 de la Convention. Toutefois, j'estime à l'instar du Gouvernement que la marge d'appréciation étroite applicable à des affaires relevant de l'intimité de personnes doit être élargie dans des cas analogues à la présente affaire, dans lesquels le but légitime de la restriction en cause se rapporte à l'efficacité opérationnelle de l'armée et, en conséquence, à la sécurité nationale. Cela, me semble-t-il, découle logiquement du principe selon lequel l'Etat jouit d'une marge d'appréciation de grande ampleur s'agissant de déterminer, sous l'angle de la protection de la sécurité nationale, s'il existe un besoin social impérieux dans les cas d'ingérences dans le droit au respect de la vie privée d'une personne (arrêt *Leander c. Suède* du 26 mars 1987, série A n° 116, p. 25, § 59).

Il convient également de tenir compte du principe selon lequel des limitations ne pouvant être imposées aux civils peuvent être apportées à certains droits et libertés des membres des forces armées (arrêt *Kalaç c. Turquie* du 1^{er} juillet 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-IV, p. 1209, § 28).

J'estime que la Cour ne devrait pas intervenir uniquement parce qu'il y a désaccord quant à la nécessité des mesures prises par un Etat. Sinon, la notion de marge d'appréciation serait vidée de son sens. La Cour ne peut substituer son point de vue à celui des autorités nationales que lorsque la mesure est manifestement disproportionnée au but recherché. J'ajoute que plus la marge d'appréciation accordée à l'Etat est large, plus les possibilités d'intervention de la Cour doivent être limitées.

Je ne pense pas que les faits de la cause appellent une intervention de notre Cour. Comme je l'ai déjà dit ci-dessus, du fait des modes de logement en commun avec les hétérosexuels, l'orientation sexuelle des homosexuels engendre bien les problèmes mis en exergue par le Gouvernement. La démarche adoptée par celui-ci n'a rien de manifestement disproportionné. Au contraire, dans les circonstances de la cause, il était raisonnable de sa part d'adopter une politique fermant les forces armées aux homosexuels. Cette condition a été explicitée aux requérants avant leur recrutement ; elle ne leur a pas été imposée par la suite (comparer avec l'arrêt *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* du 13 août 1981, série A n° 44, p. 25, § 62). A cet égard, il peut être utile d'ajouter que la Convention ne garantit pas le droit de servir dans les forces armées (requête n° 31106/96, *Marangos c. Chypre*, décision de la Commission du 3 décembre 1997, p. 14, non publiée).

Dans ces conditions, j'estime que la révocation des requérants en raison de leur homosexualité, en application de la politique du ministère de la

Défense, se justifiait au regard de l'article 8 § 2 de la Convention, car elle était nécessaire, dans une société démocratique, à la sécurité nationale et à la défense de l'ordre.

CIVET v. FRANCE
(*Application no. 29340/95*)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 28 SEPTEMBER 1999

SUMMARY¹**Exhaustion of domestic remedies – effectiveness of appeal on points of law in relation to length of pre-trial detention****Article 35 § 1**

Exhaustion of domestic remedies – Effective domestic remedy – Appeal on points of law – Effectiveness of appeal on points of law in relation to length of pre-trial detention – Jurisdiction of Court of Cassation as to questions of fact and law – Ascertainment that findings of facts by tribunals of fact support their conclusions – Review of reasoning

*
* * *

After two complaints of rape had been made against the applicant by his daughters, he was placed under judicial investigation in 1993. He was immediately charged and remanded in custody. In March 1996 an appeal on points of law lodged by the applicant against a decision to commit him for trial was dismissed, and in June 1996 the Assize Court convicted the applicant of the offences charged and sentenced him to ten years' imprisonment. During his pre-trial detention the applicant made five applications for release to the investigating judge. All those applications for release were refused in reasoned judgments, first by the investigating judge and then by the Indictment Division of the Court of Appeal. The applicant lodged an appeal on points of law with the Court of Cassation against only the dismissal of his first application by the Indictment Division of the Court of Appeal. His appeal was dismissed by the Court of Cassation on the ground that he had failed to lodge his grounds of appeal within the statutory time.

Held

The Government's preliminary objection (non-exhaustion): An appeal to the Court of Cassation is one of the remedies that should in principle be exhausted in order to comply with Article 35. In the instant case the applicant had not appealed against the judgments of the Indictment Division of the Court of Appeal, with two irrelevant exceptions. The applicant had therefore never raised the ground of appeal based on Article 5 § 3 of the Convention in an appeal to the Court of Cassation. That court was indeed bound by the Indictment Division's unappealable findings of fact; however, that did not mean that the "facts" and the "law" could be conceived of as two radically separate fields. Notwithstanding that its jurisdiction was limited to examining grounds of "law", the Court of Cassation nonetheless checked that the facts found by the tribunals of fact supported the conclusions reached by them on the basis of those findings. Thus the Court of Cassation ascertained that, regard being had to the facts of the case, the Indictment Division had given adequate reasons for a decision to prolong pre-trial detention. The

1. This summary by the Registry does not bind the Court.

Court of Cassation was thus in a position to assess, on the basis of its examination of the proceedings, whether the judicial authorities had complied with the “reasonable time” requirement of Article 5 § 3 of the Convention. In failing to appeal to the Court of Cassation, the applicant had therefore not provided the French courts with the opportunity afforded by Article 35 to prevent or put right the violations alleged against France.

Conclusion: no examination of the merits of the case on account of failure to exhaust domestic remedies (twelve votes to five).

Case-law cited by the Court

- Guzzardi v. Italy, judgment of 6 November 1980, Series A no. 39
- Vernillo v. France, judgment of 20 February 1991, Series A no. 198
- Cardot v. France, judgment of 19 March 1991, Series A no. 200
- Hentrich v. France, judgment of 22 September 1994, Series A no. 296-A
- Remli v. France, judgment of 23 April 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-II
- Dalia v. France, judgment of 19 February 1998, *Reports* 1998-I
- Omar v. France, judgment of 29 July 1998, *Reports* 1998-V
- Guérin v. France, judgment of 29 July 1998, *Reports* 1998-V

In the case of Civet v. France,

The European Court of Human Rights, sitting, in accordance with Article 27 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”), as amended by Protocol No. 11¹, and the relevant provisions of the Rules of Court², as a Grand Chamber composed of the following judges:

Mr L. WILDHABER, *President*,
 Mrs E. PALM,
 Sir Nicolas BRATZA,
 Mr L. FERRARI BRAVO,
 Mr L. CAFLISCH,
 Mr J.-P. COSTA,
 Mr W. FUHRMANN,
 Mr K. JUNGWIERT,
 Mr M. FISCHBACH,
 Mr B. ZUPANČIČ,
 Mr J. HEDIGAN,
 Mrs W. THOMASSEN,
 Mrs M. TSATSA-NIKOLOVSKA,
 Mr T. PANTĪRU,
 Mr A.B. BAKA,
 Mr E. LEVITS,
 Mr K. TRAJA,

and also of Mr M. DE SALVIA, *Registrar*,

Having deliberated in private on 21 April and 8 September 1999,

Delivers the following judgment, which was adopted on the last-mentioned date:

PROCEDURE

1. The case was referred to the Court, as established under former Article 19 of the Convention³, by the French Government (“the Government”) on 19 June 1998, within the three-month period laid down by former Articles 32 § 1 and 47 of the Convention. It originated in an application (no. 29340/95) against the French Republic lodged with the European Commission of Human Rights (“the Commission”) under former Article 25 by a French national, Mr Daniel Civet, on 17 March 1995.

Notes by the Registry

1-2. Protocol No. 11 and the Rules of Court came into force on 1 November 1998.

3. Since the entry into force of Protocol No. 11, which amended Article 19, the Court has functioned on a permanent basis.

The Government's application referred to former Article 48. The object of the application was to obtain a decision as to whether the facts of the case disclosed a breach by the respondent State of its obligations under Article 5 § 3 of the Convention.

2. In response to the enquiry made in accordance with Rule 33 § 3 (d) of former Rules of Court A¹, the applicant stated that he wished to take part in the proceedings and designated the lawyer who would represent him (former Rule 30).

3. As President of the Chamber which had originally been constituted (former Article 43 of the Convention and former Rule 21) in order to deal, in particular, with procedural matters that might arise before the entry into force of Protocol No. 11, Mr R. Bernhardt, the President of the Court at the time, acting through the Registrar, consulted the Agent of the Government, the applicant's lawyer and the Delegate of the Commission on the organisation of the written procedure. Pursuant to the order made in consequence, the Registrar received the Government's memorial on 5 January 1999. The applicant did not produce a memorial.

4. After the entry into force of Protocol No. 11 on 1 November 1998 and in accordance with the provisions of Article 5 § 5 thereof, the case was referred to the Grand Chamber of the Court. The Grand Chamber included *ex officio* Mr J.-P. Costa, the judge elected in respect of France (Article 27 § 2 of the Convention and Rule 24 § 4 of the Rules of Court), Mr. L. Wildhaber, the President of the Court, Mrs E. Palm, Vice-President of the Court, and Sir Nicolas Bratza, President of Section (Article 27 § 3 of the Convention and Rule 24 § 3). The other members appointed to complete the Grand Chamber were Mr L. Ferrari Bravo, Mr L. Caflisch, Mr W. Fuhrmann, Mr K. Jungwiert, Mr M. Fischbach, Mr M. Zupančič, Mrs N. Vajić, Mr J. Hedigan, Mrs W. Thomassen, Mrs M. Tsatsa-Nikolovska, Mr T. Panjiru, Mr E. Levits and Mr K. Traja (Rule 24 § 3 and Rule 100 § 4).

Subsequently Mr A.B. Baka, substitute judge, replaced Mrs Vajić, who was unable to take part in the further consideration of the case (Rule 24 § 5 (b)).

5. At the Court's invitation (Rule 99), the Commission delegated one of its members, Mr J.-C. Geus, to take part in the proceedings before the Grand Chamber.

6. In accordance with the President's decision, a hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 21 April 1999.

1. *Note by the Registry.* Rules of Court A applied to all cases referred to the Court before the entry into force of Protocol No. 9 (1 October 1994) and from then until 31 October 1998 only to cases concerning States not bound by that Protocol.

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr B. NEDELEC, *magistrat*, on secondment to the
 Human Rights Section,
 Legal Affairs Department,
 Ministry of Foreign Affairs, *Agent*,
 Mr A. BUCHET, Head of the Human Rights Office,
 European and International Affairs Department,
 Ministry of Justice, *Counsel*;

(b) *for the applicant*

Mr L. VIVIER, of the Agen Bar, *Counsel*;

(c) *for the Commission*

Mr J.-C. GEUS, *Delegate*.

The Court heard addresses by Mr Geus, Mr Vivier and Mr Nedelec.

THE FACTS

7. Mr Civet, a French national, was born in 1947 and is currently in custody at Aiton Prison.

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

A. The investigation

8. On 6 October 1993 one of the applicant's daughters, Mrs Isabelle Di Malta (née Civet), who was born in 1970, went to the police station with her mother, Mrs Liliane Civet, to complain that her father had raped her on several occasions. She stated that Mr Civet had sexually abused her a number of times at the family home, while her mother was out, between 1984 and 1987.

9. On 7 October 1993 another daughter of the applicant, Miss Aline Civet, born in 1972, also reported her father to the police for raping her a number of times at the family home, while her mother was out, when she was 16 years old.

10. On the same day Mr Civet was placed under judicial investigation on charges of rape of a minor by a legitimate ascendant (*ascendant légitime*). The applicant was immediately charged and remanded in custody by an investigating judge of the Saint-Etienne *tribunal de grande instance*.

11. The applicant went on hunger strike for the first time, for twelve days until 6 April 1994.

12. On 13 July 1994 the investigating judge informed the parties that the investigation appeared to be complete and that the case file would be sent to the public prosecutor for his views on whether a prosecution should be brought. However, the investigation continued after that date as the judge had granted an application by Mr Civet for supplementary investigative measures.

13. On 8 February 1995 the investigating judge informed the parties again that the investigation appeared to be complete, but granted a further application by the applicant for supplementary investigative measures.

14. On 10 May 1995 the investigating judge informed the parties for the third time that the investigation appeared to be complete. The case file was sent to the public prosecutor on 31 May 1995 for his views on whether a prosecution should be brought.

15. On 2 October 1995 the investigating judge made an order for the documents to be forwarded to the public prosecutor at the Lyons Court of Appeal, in order to conclude the investigation.

16. In a judgment of 24 November 1995 the Indictment Division of the Lyons Court of Appeal committed the applicant for trial at the Assize Court on several counts of rape of a minor by a legitimate ascendant. An appeal on points of law by the applicant was dismissed on 21 March 1996.

B. The applicant's applications for release

17. On 3 June 1994 the investigating judge dismissed an application for release submitted on 31 May 1994. In a judgment of 24 June 1994 the Indictment Division of the Lyons Court of Appeal upheld the order dismissing his application.

18. The applicant appealed to the Court of Cassation on points of law, but his appeal was dismissed on 4 October 1994 on the ground that he had failed to lodge his grounds of appeal within the statutory time.

19. On 5 August 1994 the investigating judge dismissed a further application for release, submitted on 2 August 1994, on the following grounds:

“[The applicant's] two daughters have made grave allegations against him of sex offences classified as ‘serious crimes’ (*de nature criminelle*). Offences of this kind, committed against girls under the age of 15 by a legitimate ascendant, seriously prejudice public order. There is a risk that the victims and their mother will be intimidated. The applicant has numerous previous convictions.”

20. The Indictment Division of the Lyons Court of Appeal upheld that order in a judgment of 23 August 1994.

21. On 9 September 1994 the investigating judge refused a further application for release, submitted on 6 September 1994, stating:

“The charges are serious. These offences classified as ‘serious crimes’ are, by definition, seriously prejudicial to public order in that they inflict lasting damage on the physical, mental and psychological well-being of children. The applicant is known for his intemperance and violence and has numerous previous convictions.”

22. The applicant appealed. In a judgment of 4 October 1994 the Indictment Division of the Lyons Court of Appeal upheld the order of 9 September 1994.

23. In an order of 4 October 1994 the investigating judge extended the pre-trial detention for one year on the same grounds as those set out in the order of 9 September 1994.

24. On 17 August 1995 the investigating judge dismissed an application for release submitted by the applicant on 14 August 1995. The applicant appealed.

25. In a judgment of 1 September 1995 the Indictment Division of the Lyons Court of Appeal upheld the order on the grounds that, despite the applicant’s denials,

“there is serious and strong evidence that he committed the rapes with which he has been charged. Given his attitude to the charges, there is a risk that, if released, he would be tempted to pressurise the victims, and indeed his wife, into retracting their statements. These violent crimes, even if not widely publicised, have caused serious prejudice to public order as far as the protection of children’s physical and psychological well-being is concerned. This prejudice, temporarily contained by remanding the applicant in custody, would recur if he were to be released, particularly as the investigation is almost complete. [The applicant], who is unemployed and has several previous convictions (for theft, handling stolen goods, misappropriation, driving while under the influence of alcohol and a hit-and-run offence), is described as a violent individual who presents a danger both to himself and others, particularly when under the influence of alcohol, and thus cannot provide sufficient guarantees that he will appear for trial. It therefore appears necessary to keep the accused in detention on remand in order to prevent him from reoffending, to protect public order from the consequences of these offences and to ensure that he remains at the disposal of the judicial authorities ...”

26. In an order of 29 September 1995 the investigating judge dismissed a further application for release, submitted on 25 September 1995. Mr Civet appealed.

27. In a judgment of 20 October 1995 the Indictment Division of the Lyons Court of Appeal upheld the order for the same reasons as those contained in its judgment of 1 September 1995.

C. The applicant’s trial

28. On 27 June 1996 the Assize Court for the *département* of the Loire convicted the applicant of the offences charged and sentenced him to ten years’ imprisonment.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

A. The Code of Criminal Procedure

29. The relevant provisions of the Code of Criminal Procedure on pre-trial detention applicable at the material time are the following:

Article 144

“In cases involving serious crimes (*matière criminelle*) and other major offences (*matière correctionnelle*), where the possible sentence is equal to or exceeds one year’s imprisonment in the case of an offence discovered during or immediately after its commission (*délit flagrant*), or two years’ imprisonment in other cases, and if the constraints of judicial supervision are inadequate in regard to the functions set out in Article 137, detention pending trial may be ordered or continued

(1) where detention of the accused pending trial is the sole means of preserving evidence or material clues or of preventing either pressure being brought to bear on witnesses or victims, or collusion between accused and accomplices;

(2) where such detention is necessary to protect the accused, to put an end to the offence or to prevent its repetition, to ensure that the accused remains at the disposal of the judicial authorities or to preserve public order from the disturbance caused by the offence.

Detention pending trial may also be ordered, in the circumstances set out in Article 141-2, where the accused deliberately fails to comply with the obligations imposed by judicial supervision.”

Article 145

“Whatever the classification of the offence, an order for detention pending trial must set out the legal and factual reasons for the decision with reference to the provisions of Article 144 alone; the accused shall be informed orally of the order and be given a full copy of it, receipt being acknowledged by signature in the case file ...”

Article 145-1

“In cases involving lesser criminal offences (*matière correctionnelle*) pre-trial detention may not exceed four months. However, at the end of this period, the investigating judge may extend the detention by an order giving reasons as indicated in the first paragraph of Article 145. No extension may be ordered for a period exceeding four months.

Where the accused has not previously been sentenced for a serious crime (*crime*) or other major offence (*délit*) to a non-suspended term of imprisonment exceeding one year and where the sentence that may be passed on him does not exceed five years, the extension of detention provided for in the preceding paragraph may be ordered only once and for a period not exceeding two months.

In other cases the accused may not be kept in detention for longer than one year. However, in exceptional circumstances the investigating judge may decide at the end of that period to extend the detention, for a period not exceeding four months, by a reasoned order made in accordance with the provisions of the first and fourth paragraphs of Article 145, his lawyer having been summoned in accordance with the provisions of the

second paragraph of Article 114. That order is renewable by means of the same procedure. Nevertheless the accused may not be kept in detention for more than two years where the sentence to which he is liable does not exceed five years.

The orders referred to in the first and second paragraphs of this Article shall be made after the public prosecutor and, if applicable, the accused or his lawyer have submitted their observations.”

Article 145-2

“In cases involving serious crimes (*matière criminelle*) an accused cannot be held in detention for more than one year. However, the investigating judge may, at the end of that period, decide to prolong detention for a period not exceeding one year in a decision made in accordance with the provisions of the first and fourth paragraphs of Article 145, his lawyer having been summoned in accordance with the provisions of the second paragraph of Article 114. That decision is renewable by means of the same procedure.

The provisions of this Article shall apply until the disposal order is made.”

Article 147

“Whatever the classification of the offence, the accused may be released, subject or not to judicial supervision, by means of an order made by the investigating judge of his own motion after the public prosecutor has submitted his observations, provided that the accused undertakes to attend for procedural purposes whenever required to do so during the investigation and to keep the investigating judge informed of all his movements.

The public prosecutor may also apply at any time for the accused to be released. The investigating judge shall rule within five days of such an application.”

Article 148

“Whatever the classification of the offence, the accused or his lawyer may at any time lodge with the investigating judge an application for release, subject to his giving the undertakings referred to in the preceding Article.

The investigating judge shall communicate the file immediately to the public prosecutor for his submissions.

The investigating judge shall take a decision, in an order setting out the legal and factual reasons for the decision with reference to the provisions of Article 144, not later than five days following communication of the file to the public prosecutor. However, where a decision has still to be taken on a previous application for release or on an appeal against an earlier order refusing release, the five-day period shall not start to run until the date of the decision of the investigating judge or indictment division.

Where release is granted, it may be made subject to judicial supervision.

If the investigating judge fails to give a decision within the period laid down in the third paragraph, the person concerned may apply directly to the indictment division, which after receiving the Principal Public Prosecutor’s reasoned submissions in writing, shall give a decision within twenty days of the application to it, failing which the accused shall automatically be released unless an order has been made for particulars of his application to be verified. The public prosecutor is likewise entitled to apply to the indictment division in the same eventuality.”

Article 148-1

“An application for release may also be made by any accused for any reason and at any stage in the proceedings ...”

Article 148-2

“Any judicial authority which has to rule, pursuant to Articles 141-1 and 148-1, on an application for a judicial supervision order to be discharged in whole or in part or for release shall give its decision after hearing the prosecution and the accused or his lawyer; an accused who is not in detention and his lawyer shall be given notice by registered letter at least forty-eight hours before the date of the hearing.

The judicial authority to which the application has been made, depending on whether it is an authority of first or second instance, shall give its decision within ten or twenty days of receipt of the application. However, where on the date of receipt of the application a decision has still to be taken on a previous application for release or on an appeal against an earlier decision to refuse release, the ten- or twenty-day period shall not start to run until the date of the decision of the relevant judicial authority; if no decision has been given by the end of that period, the judicial supervision or detention pending trial shall be terminated and the accused, unless detained for another reason, shall automatically be released.

The judicial authority’s decision shall be enforceable immediately notwithstanding any appeal; where the accused remains in detention, the indictment division shall give its decision within twenty days of the appeal, failing which the accused, unless detained for another reason, shall automatically be released.”

Article 148-4

“When four months have elapsed since his last appearance before the investigating judge or a judge delegated by the investigating judge, an accused or his lawyer may, provided no disposal order has been made, apply for release directly to the indictment division, which shall decide as laid down in the last paragraph of Article 148.”

Article 567

“In the event of a breach of the law, judgments of indictment divisions and judgments of the criminal courts against which no ordinary appeal lies can be set aside on an appeal on points of law to the Court of Cassation lodged by the public prosecutor or by the party adversely affected, according to the distinctions made hereafter.

Such an appeal shall be lodged with the Criminal Division of the Court of Cassation.”

Article 567-2

“The Criminal Division, when hearing an appeal on a point of law against a judgment of the indictment division concerning pre-trial detention, shall rule within three months of the file’s being received at the Court of Cassation, failing which the accused shall automatically be released.

The appellant or his lawyer shall, on pain of having his application dismissed, file his pleading setting out the grounds of appeal within one month of the file’s being received, save where exceptionally the President of the Criminal Division has decided to grant an extension of eight days. After the expiry of this time-limit, no new grounds may be raised by him and no further pleadings may be filed.

As soon as the pleading has been filed, the President of the Criminal Division shall set the case down for hearing.”

Article 591

“Judgments of indictment divisions and judgments of trial and appeal courts against which no ordinary appeal lies and which comply with the formal requirements laid down by statute can be quashed only on grounds of a breach of the law.”

Article 592

“Such judgments shall be declared null and void if they are not delivered by the prescribed number of judges or have been delivered by judges who have not attended all the hearings in the case. Where several hearings have been held in one and the same case, the judges who have taken part in the decision shall be presumed to have attended all of them.

Such judgments shall also be declared null and void if they have been delivered without submissions having been heard from the public prosecutor.

Subject to the exceptions laid down by law, judgments which have not been delivered, or in respect of which the proceedings have not been conducted in open court, shall also be declared null and void.”

Article 593

“Judgments of indictment divisions and judgments against which no ordinary appeal lies shall be declared null and void if they contain no reasons or if the reasons are insufficient and do not enable the Court of Cassation to exercise its power of review and to ascertain that the law has been complied with in the operative provisions.

The same rule shall apply in the event of a failure or refusal to rule either on one or more applications by the parties or on one or more applications by the public prosecutor.”

B. The Judicial Code

30. The relevant provisions of the Judicial Code are the following:

Article L. 131-5

“The Court of Cassation shall be able to quash a judgment without remitting it to the Court of Appeal if quashing it does not entail a rehearing of the merits.

It may also, when quashing a judgment without remitting it to the Court of Appeal, dispose of the case where the facts, as found and assessed by the tribunals of fact in the exercise of their exclusive jurisdiction, allow it to apply the appropriate rule of law.

...”

C. Case-law

31. The Court of Cassation has acknowledged that the assessment of the facts of a case by indictment divisions is a matter falling within their

exclusive jurisdiction, but verifies that they have addressed “essential” (*péremptoires*) grounds, including those based on Article 5 § 3 of the Convention (Court of Cassation, Criminal Division (“Cass. Crim.”), 20 October 1987, *Bull. Crim.* no. 356; 12 April 1995, appeal no. 95-80,328; see also Cass. Crim., 2 September 1997, appeal no. 97-83,234). The Criminal Division of the Court of Cassation reviews the reasoning of indictment divisions in order to satisfy itself that it complies with statutory requirements, and ascertains that the reasons given by the tribunals of fact for their decisions regarding the length of pre-trial detention are adequate and consistent (see Cass. Crim., 20 June and 16 July 1996, appeals nos. 96-81,557 and 96-82,086 respectively; see also Cass. Crim., 2 September 1998, appeal no. 98-83,322). Where an indictment division omits to address in its judgment a pleading by an appellant to the effect that there has been a violation of Article 5 § 3 of the Convention, the Court of Cassation will find that the judgment has no legal basis and quash it (see Cass. Crim., 12 December 1995, appeal no. 95-84,949; and 14 May 1996, appeal no. 96-81,045; see also Cass. Crim., 18 May 1998, appeal no. 98-81,085). In exercising its power of review, the Court of Cassation has delivered judgments in the following terms, in particular:

“The courts must address ‘essential’ grounds raised in pleadings submitted to them; all judgments must contain reasons justifying the decision reached, and giving inadequate reasons is tantamount to giving no reasons.

It appears from the judgment appealed against and the documents exhibited in the proceedings that [C.W.], a Belgian national extradited from Spain, was charged by the investigating judge on 18 May 1991 with several counts of fraud and with infringing the Act of 24 January 1984 on money-lending and on the same day was ordered to be detained pending trial. An order was made on 16 September 1991 extending pre-trial detention for four months from 18 September 1991. On 19 November 1991 the investigating judge ordered him to be released subject to judicial supervision and on payment, before release, of security in the amount of 4,500,000 francs. 100,000 francs of that amount was intended to ensure that he appeared for subsequent proceedings and up to a ceiling of 4,400,000 francs to guarantee payment of ‘compensation for the damage caused by the offence, the expenses incurred by the State and fines’; that order was not complied with, since the defendant paid only 2,563,000 francs of the required security; on 15 May 1992 the investigating judge dismissed an application by [W.] for the judicial supervision order to be discharged in part and extended the pre-trial detention for four months from 18 May 1992, ‘subject to activation of the order for his release that was made on condition that a security in the amount of 4,500,000 francs was paid in advance’; in an order of 16 September 1992, against which the defendant appealed, the pre-trial detention was extended for a further period of four months with effect from 18 September 1992.

In upholding that order [extending the pre-trial detention, following non-payment of the sum set by way of security], the Indictment Division, after referring to the offences with which [C.W.] had been charged and to the fact that the order of 19 November 1991 releasing him subject to judicial supervision had become final, stated: ‘The discussion initiated by [W.]’s lawyer of the criteria for pre-trial detention has no place here; it is of

no relevance now that the defendant's release has been ordered subject to judicial supervision and that his detention is being extended as a result of his own acts and therefore does not violate the rules laid down by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.' The Indictment Division added: 'As a subsidiary consideration, his failure to comply with the conditions accepted by him suggests that were he to be released today, he would not appear for trial.'

However, in reaching that decision and not addressing the pleading submitted to it, in which reliance was placed on a violation of Article 5 § 3 of the above-mentioned Convention, according to which everyone arrested or detained is entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial, and in failing to set out the considerations of law and of fact which, under Article 144 of the Code of Criminal Procedure, justified extending pre-trial detention, the rules on which (as laid down by Article 145-1 of that Code) do not provide for any exception, the Indictment Division infringed the aforementioned provisions and principle and deprived its decision of a legal basis.

The decision must therefore be quashed. For these reasons, the Court quashes and sets aside ..." (Cass. Crim., 20 January 1993, *Bull. crim.* no. 32)

"... [D.Z.] submitted before the Indictment Division that he had been continuously detained, since being charged, for four years and six months, during which the only measures taken by the investigating judge had been: at the end of 1994, to arrange a confrontation with the witnesses who had implicated him; between November 1994 and January 1996, to instruct experts to identify the victims who had died in 1992; and, during 1996, to take further witness statements. The length of his detention had thus been justified neither by the complexity of the case nor by his own conduct.

In upholding the order appealed against, the Indictment Division stated that despite [D.Z.]'s denials, there was strong evidence that he had committed the offences with which he was charged; that detaining him was the sole means of ensuring until the trial that no pressure was brought to bear on witnesses and that the accused, who had no regular employment and no fixed address, appeared for trial; and that the investigating judge's refusal of the application for release therefore had to be upheld, notwithstanding the length of time already spent in detention, which had been justified by the difficulties encountered by the judge in carrying out his task and especially in identifying the deceased.

But by confining itself to referring, in order to justify the length of detention, to an investigative measure carried out by an expert and omitting to address the main arguments in the pleading submitted to it, the Indictment Division infringed the principles alluded to above.

The decision must therefore be quashed. For these reasons, the Court quashes and sets aside ..." (Cass. Crim., 22 July 1997)

"... Regard being had to Article 593 of the Code of Criminal Procedure, read together with Article 5 § 3 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms,

The courts are required to address the main arguments in the pleadings submitted to them.

In dismissing [J.E.]'s application for release, the Court of Appeal in its judgment went no further than stating that the charges of aggravated rape of which he stood accused had caused exceptional and continuing prejudice to public order and that keeping him in

detention was the only means of preventing him from bringing pressure to bear on the victim or evading justice by taking refuge outside French territory, since judicial supervision was inadequate for that purpose.

However, in reaching that decision without addressing the defendant's pleading in which reliance was placed on a violation of Article 5 § 3 of the European Convention on Human Rights, which provides that everyone arrested or detained is entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial, the Indictment Division deprived its decision of a legal basis.

The judgment must therefore be quashed. For these reasons, and without its being necessary to examine the other grounds of appeal, the Court quashes and sets aside ...” (Cass. Crim., 18 May 1998, appeal no. 98-81,085)

32. The Criminal Division of the Court of Cassation also quashes judgments for non-compliance with statutory formalities laid down on pain of nullity (Cass. Crim., 25 April, 21 August and 15 November 1995, appeals nos. 95-80,682, 95-83,124 and 95-84,543 respectively) and errors of law in the interpretation and application of the Code of Criminal Procedure (Cass. Crim., 11 January, 15 February, 27 February and 10 May 1995, appeals nos. 94-85,155, 94-85,570, 94-85,957 and 95-80,975 respectively).

33. Lastly, having regard to the provisions inserted into the Code of Criminal Procedure by Law no. 96-1235 of 31 December 1996, which came into force on 31 March 1997, the Court of Cassation now quashes judgments of indictment divisions which do not make clear why judicial supervision would be inadequate in a particular case or do not give any special reasons why the investigation should be continued (Cass. Crim., 6 and 19 August 1997, appeals nos. 97-82,955 and 97-38,014 respectively) or any indications of when the investigation is likely to be completed (Cass. Crim., 19 August 1997, cited above).

PROCEEDINGS BEFORE THE COMMISSION

34. Mr Civet applied to the Commission on 17 March 1995. He alleged a violation of Article 5 § 3 of the Convention.

35. The Commission declared the application (no. 29340/95) admissible on 7 April 1997. In its report of 16 April 1998 (former Article 31 of the Convention), it expressed the opinion that there had been a violation of Article 5 § 3 (twelve votes to three). The full text of the Commission's opinion is reproduced as an annex to this judgment.

FINAL SUBMISSIONS TO THE COURT

36. In their memorial the Government asked the Court to state that an appeal on points of law to the Court of Cassation was a remedy which

should have been used and, in the alternative, to state that the length of the pre-trial detention had not breached Article 5 § 3 of the Convention.

37. For his part, the applicant asked the Court to find that there had been a violation of Article 5 § 3 of the Convention and to grant him just satisfaction under Article 41.

THE LAW

THE GOVERNMENT'S PRELIMINARY OBJECTION

38. The Government's main submission, as it had been before the Commission, was that Mr Civet had not exhausted domestic remedies as he had failed to submit the ground of appeal based on Article 5 § 3 of the Convention for examination by the Court of Cassation. The Government contended that an appeal on points of law to the Court of Cassation was a remedy which should be used in relation to pre-trial detention. They stressed that the Court of Cassation reviews the reasoning of indictment divisions, satisfies itself that their reasoning complies with statutory requirements, and ascertains that the reasons given by the trial and appeal courts for their decisions regarding the length of pre-trial detention are adequate and consistent.

39. The applicant replied that an appeal on points of law was not an effective remedy in relation to the length of pre-trial detention as the Court of Cassation refused to examine grounds of appeal based on Article 5 § 3 of the Convention, characterising such grounds as "factual".

40. The Commission took the view that Mr Civet had satisfied the requirements of former Article 26 (now Article 35) of the Convention. It considered that the Court of Cassation examined only questions of law and that a ground of appeal based on the excessive length of the proceedings in relation to Article 5 § 3 of the Convention was therefore inadmissible in the Court of Cassation as being a ground of "pure fact" or of "mixed fact and law".

41. The Court reiterates that the purpose of Article 35 is to afford the Contracting States the opportunity of preventing or putting right the violations alleged against them before those allegations are submitted to it (see, for example, the *Hentrich v. France* judgment of 22 September 1994, Series A no. 296-A, p. 18, § 33, and the *Remli v. France* judgment of 23 April 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-II, p. 571, § 33). Thus the complaint to be submitted to the Court must first have been made to the appropriate national courts, at least in substance, in accordance with the formal requirements of domestic law and within the prescribed time-limits. Nevertheless, the only remedies that must be exhausted are those that relate to the breaches alleged and at the same time are available and

sufficient. The existence of such remedies must be sufficiently certain not only in theory but also in practice, failing which they will lack the requisite accessibility and effectiveness; it falls to the respondent State to establish that these various conditions are satisfied (see, in particular, the *Vernillo v. France* judgment of 20 February 1991, Series A no. 198, pp. 11-12, § 27, and the *Dalia v. France* judgment of 19 February 1998, *Reports* 1998-I, pp. 87-88, § 38).

The Court also reiterates that an appeal to the Court of Cassation is one of the remedies that should in principle be exhausted in order to comply with Article 35 (see the *Remli* judgment cited above, p. 572, § 42).

In that connection, the Court has already had the opportunity to emphasise the crucial role of proceedings in cassation, which form a special stage of criminal proceedings whose consequences may prove decisive for the accused (see the *Omar and Guérin v. France* judgments of 29 July 1998, *Reports* 1998-V, p. 1841, § 41, and p. 1869, § 44, respectively).

42. In the instant case the Court notes that the applicant did not appeal against the judgments of the Indictment Division of the Lyons Court of Appeal, with two exceptions: firstly, he appealed against its judgment of 24 June 1994, an appeal that was declared inadmissible on the ground that he had failed to lodge his grounds of appeal within the statutory time (see paragraph 18 above); and, secondly, he appealed against the judgment whereby he was indicted and committed for trial at the Assize Court (see paragraph 16 above). The applicant therefore never raised the ground of appeal based on Article 5 § 3 of the Convention in an appeal to the Court of Cassation.

43. The Court further notes that the Court of Cassation is indeed bound by the Indictment Division's unappealable findings of fact (see paragraph 31 above). That position is justified by the nature of an appeal on points of law to the Court of Cassation, a remedy whose purpose is different from that of an ordinary appeal. As the possibilities of appealing to the Court of Cassation are limited by Article 591 of the Code of Criminal Procedure to breaches of the law (see paragraph 29 above), the Court of Cassation, unlike a court of appeal, does not have jurisdiction to reassess matters of pure fact.

However, in the Court's opinion, this does not mean that the "facts" and the "law" can be conceived of as two radically separate fields and that reasoning which effectively denies that the two are interwoven and are complementary is acceptable. Notwithstanding that its jurisdiction is limited to examining grounds of "law", the Court of Cassation nonetheless has the task of checking that the facts found by the tribunals of fact support the conclusions reached by them on the basis of those findings. Thus, over and above examining whether a judgment referred to it complies with the formal requirements, the Court of Cassation ascertains that, regard being had to the facts of the case, the Indictment Division has given

adequate reasons for its decision to prolong pre-trial detention (see paragraphs 31 to 33 above). If it has not, its decision will be quashed. The Court therefore considers that the Court of Cassation is in a position to assess, on the basis of its examination of the proceedings, whether the judicial authorities have complied with the “reasonable time” requirement of Article 5 § 3 of the Convention (see paragraph 31 above).

44. In sum, Mr Civet, in failing to appeal to the Court of Cassation, did not provide the French courts with the opportunity which is in principle intended to be afforded to Contracting States by Article 35, namely the opportunity of preventing or putting right the violations alleged against them (see, among other authorities, the *Guzzardi v. Italy* judgment of 6 November 1980, Series A no. 39, p. 27, § 72, and the *Cardot v. France* judgment of 19 March 1991, Series A no. 200, p. 19, § 36). The objection that domestic remedies have not been exhausted is therefore well-founded.

FOR THESE REASONS, THE COURT

Holds by twelve votes to five that, by reason of the failure to exhaust domestic remedies, it is unable to take cognisance of the merits of the case.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 28 September 1999.

Luzius WILDHABER
President

Michele DE SALVIA
Registrar

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the joint dissenting opinion of Mrs Palm, Sir Nicolas Bratza, Mr Fischbach, Mr Zupančič and Mr Hedigan is annexed to this judgment.

L.W.
M.d.S.

JOINT DISSENTING OPINION OF JUDGES PALM,
Sir Nicolas BRATZA, FISCHBACH, ZUPANČIČ
AND HEDIGAN

(*Translation*)

The Court has held that the application is inadmissible by reason of Mr Civet's failure to exhaust domestic remedies in that he did not lodge an appeal on points of law during his pre-trial detention. We wish to indicate our disagreement with the reasoning adopted and the result reached by the majority of the judges.

The Court held that the Government's argument should prevail, in view of the scope of the Court of Cassation's review. For the avoidance of any misunderstanding, we consider it useful, as a preliminary, to state the points on which we are in agreement with the majority of the judges.

In the first place, it is not our intention to dispute that "an appeal to the Court of Cassation is one of the remedies that should in principle be exhausted in order to comply with Article [35]" (see the *Remli v. France* judgment of 23 April 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-II, p. 572, § 42). The fact remains that the only remedies that must be exhausted are those that are effective and capable of redressing the alleged violation and that "it falls to the respondent State to establish that these various conditions are satisfied" (see, in particular, the *Vernillo v. France* judgment of 20 February 1991, Series A no. 198, pp. 11-12, § 27). Where the Government do not succeed in supporting their argument concerning the sufficiency and effectiveness of the remedy, the European Court is entitled to consider that the appeal on points of law does not meet the requirement of effectiveness (see the *Dalia v. France* judgment of 19 February 1998, *Reports* 1998-I, pp. 87-88, § 38). The Court has already had occasion to attach only limited significance to an appeal on points of law in another context. In the cases of *Letellier* and *Navarra v. France* it held that there had been no violation of Article 5 § 4 – despite overall lengths of time, including proceedings in appeals on points of law, which gave the Court "certain doubts" – on the ground that the review requirement of Article 5 § 4 was satisfied by the right to make fresh applications for release to the investigating judge at any time (see the judgments of 26 June 1991, Series A no. 207, p. 22, § 56, and 23 November 1993, Series A no. 273-B, pp. 28-29, § 29, respectively). There are thus exceptions to the principle that an appeal on points of law must be lodged, and some of them have already been pointed out by our Court.

In the second place, we do not wish to call in question or minimise the importance of the Court of Cassation's case-law. As the Code of Criminal Procedure makes it compulsory to give reasons for decisions to order or

extend pre-trial detention, the Court of Cassation reviews whether that statutory requirement has been satisfied. There is no doubt that in the context of that review it would be artificial to distinguish between “fact” and “law”, the more so as the Court of Cassation verifies that the reasoning, in accordance with the law, is based on the particular facts of the case and does not, for example, consist of stereotyped reasons (the Commission’s decision does not mention this detail, but does not put it in doubt). In its judgments the Court of Cassation also refers to the concept of “unappealable assessment by the tribunals of fact”. What is the import of this expression? It refers to the Court of Cassation’s role as a tribunal of law and not of fact. As it is not a final court of appeal on the facts, the Court of Cassation does not have the task of re-examining factual matters. It may nonetheless review the way in which the tribunals of fact have applied rules of law to their unappealable findings and assessments of “fact”. The cases cited by our Court in its judgment say precisely that.

We therefore return to the essential point: what, exactly, was the issue that the Court had to decide? The question was whether an appeal on points of law is capable of remedying the alleged prejudice where an applicant complains only of the length of his or her pre-trial detention (which is a “key” issue in relation to Article 5 § 3).

In its judgment the Court answers the question by linking that complaint to the reasoning of indictment-division judgments. The question of length is thus said never to arise *per se*, in isolation, but always in relation to the reasoning adopted by the indictment division under the control of the Court of Cassation. “Length” and “reasoning” are said to be inseparable; hence the effectiveness of an appeal on points of law.

Accordingly, we think it necessary to look at the problem in a different way, by means of hypotheses reflecting real situations.

1. An applicant disputes one or more findings of “fact” referred to by the tribunals of fact as justifying placing or keeping him or her in detention: Will the applicant be able to challenge them in an appeal on points of law? The answer is *no*. That is confirmed by the foregoing reference to the case-law; the Court of Cassation has no jurisdiction where what is at issue is the unappealable assessment of the circumstances of the case. This, then, is one instance in which it is unnecessary to bring an appeal on points of law.

2. An applicant considers that notwithstanding the reasons put forward (or likely to be put forward) by the indictment division, the length of his or her pre-trial detention is unjustified *per se*: Will that applicant be able to challenge it effectively in an appeal on points of law? The answer will depend on a number of variables:

(a) *yes, if* the applicant complains that the reasons cannot justify keeping him or her in detention (because they are stereotyped, or are not

sufficiently supported by the facts of the case or are inconsistent with each other or do not address essential grounds);

(b) *no, if* the applicant disputes the assessments of fact underlying the reasons (which he or she may consider false, tendentious, etc.);

(c) *no, if* the applicant does no more than say that, regardless of the facts noted by the indictment division and the inferences it has drawn from them, he or she denies having committed offences and seeks to benefit from the presumption of innocence;

(d) *no, if* the length of the detention is itself in issue, that is to say if, irrespective of the merits of the reasons put forward by the tribunals of fact, the length of pre-trial detention is excessive *per se*.

In all the instances in which the answer is “no”, the applicant can only make fresh applications to the investigating judge and then, if need be, apply to the indictment division, in the hope of changing their minds; an appeal on points of law is therefore not an effective remedy.

We should like to lay particular emphasis on the assessment of whether the length of detention is reasonable or not, a recurring and crucial problem for our Court.

The French Government did not produce any judgment

(a) in which the Court of Cassation *of its own motion* condemned pre-trial detention on the ground that it had lasted too long notwithstanding the contrary opinion and detailed reasons of the indictment division; or

(b) *a fortiori*, in which it was established that the Court of Cassation, having noted of its own motion an excessive length of detention, could release the detainee on that sole ground (and not by reason of a breach of a statutory provision whose infringement automatically entails the release of the person concerned).

It will also be noted that in the cases in which the Convention institutions considered that there had been a breach of Article 5 § 3 of the Convention on account of excessive length of pre-trial detention an appeal on points of law had previously been lodged with the Court of Cassation, which had not criticised the length of detention or even attempted to do so (see, in particular, the following judgments: Letellier and Navarra, both cited above; Kemmache v. France (nos. 1 and 2), 27 November 1991, Series A no. 218; Muller v. France, 17 March 1997, *Reports* 1997-II).

More significantly still, our Court’s judgment is at odds with the case-law of the Criminal Division of the Court of Cassation itself, in particular its judgments of 18 February and 6 March 1986 (*Bull. crim.*, nos. 66 and 94 respectively) and 12 December 1988 (*Bull. crim.*, nos. 418 and 419), which were cited by the Commission. Those judgments characterise the ground based on Article 5 § 3 of the Convention either as a “ground of pure fact” or as “a ground of mixed fact and law”, so that in every instance it was declared inadmissible. In particular, in its judgment of 6 March 1986 the Court of Cassation dealt with the ground

based on a violation of Article 5 § 3 in the following terms, which are quite unequivocal:

“Lastly, the *Indictment Division* addressed the issue of the complexity and length of the proceedings. While it only referred expressly to Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights, it is to be inferred from its decision to refuse the application for release that it *considered that the length of the detention itself did not exceed a reasonable time. The Court of Cassation has no jurisdiction to review that assessment of fact.*” (emphasis added)

Other judgments have followed, confirming that the issue of whether the length of pre-trial detention is reasonable or not is an issue of fact which lies outside the Court of Cassation’s jurisdiction (in particular, judgments of 28 November 1991, periodical *Droit pénal* 1991, commentary 274; and 3 May 1993, *Bull. crim.*, no. 160). The European Court had an earlier opportunity to be persuaded of the reality of that case-law when considering the Muller case (cited above). In that case the Court of Cassation had held, more than four years after pre-trial detention had begun:

“In order to answer the submission that there had been a violation of Article 5 § 3 of the Convention on the ground that pre-trial detention had exceeded a reasonable time, the court below stated: ‘In the instant case, in view of its complexity and the number of offences with which the accused is charged, this “reasonable time” has not been exceeded’.

The Court of Cassation has no jurisdiction to review that assessment of fact.” (emphasis added) (judgment of 23 March 1993, quoted in the Muller judgment cited above, p. 384, § 28)

Lastly, confirmation that a ground based on excessive length itself (which can in reality be assessed separately from the question of the reasoning adopted) is inadmissible may be found in another case decided by the Criminal Division of the Court of Cassation in which periods of time were concerned. A number of new provisions were added to the Code of Criminal Procedure by Law no. 96-1235 of 31 December 1996; these included Article 144-1, which expressly refers to the concept of “reasonable time”, and Article 145-3, which provides that orders whereby investigating judges either direct that pre-trial detention should be extended or refuse an application for release must also contain, among other things, “the information in the particular case which justifies ... the forecast of how long it will take to complete the proceedings”. Here, then, as with the issue which concerns us now, there is a question of “time” which has to be assessed, giving rise to a decision for which the law requires that special reasons must be given. Does that make it a question of law that can be reviewed by the Court of Cassation? The answer is *no*; the assessment of that time is “a question of pure fact which the Court of Cassation has no jurisdiction to review” (Cass. Crim., 28 April 1998, appeal no. 98-80,754, *Recueil Dalloz-Sirey* 1998, Information in brief, p. 172).

We are thus persuaded that the assessment of a period of time, whether one laid down in the Convention or in domestic law, lies outside the jurisdiction of the Court of Cassation. This was noted by the Commission, which took care to examine the issue of admissibility in plenary session, and it was only after its decision on admissibility had been taken – unanimously – that it referred the case to a Chamber for consideration of the merits.

It therefore seems to us that the position taken by the majority of the judges cannot be reconciled with these numerous instances in which an appeal on points of law does not allow the alleged prejudice to be remedied. In particular, the extracts from three decisions of the Court of Cassation in the judgment (see “Relevant domestic law and practice”) represent settled case-law only on the obligation on indictment divisions to address “essential” grounds, notably those based on Article 5 § 3; but that does not entail any review by the Court of Cassation of either the period of time itself or the unappealable assessment by the tribunals of fact.

The present case is undoubtedly one of those instances in which an appeal on points of law is ineffective: the applicant protested his innocence, challenged the findings of “fact” referred to by the tribunals of fact to justify placing and then keeping him in detention, sought to benefit from the presumption of innocence and complained of the length of the detention *per se*; in short, no grounds on which an appeal on points of law could be effective.

ANNEX

**OPINION OF THE EUROPEAN COMMISSION
OF HUMAN RIGHTS¹**

(as expressed in the Commission's report² of 16 April 1998)

[The Commission was composed as follows:

Mr J.-C. GEUS, *President*
of the Second Chamber,
Mr M.A. NOWICKI,
Mr GAUKUR JÖRUNDSSON,
Mr A.Ş. GÖZÜBÜYÜK,
Mr J.-C. SOYER,
Mr H. DANELIUS,
Mrs G.H. THUNE,
Mr F. MARTÍNEZ,
Mr I. CABRAL BARRETO,
Mr J. MUCHA,
Mr D. ŠVÁBY,
Mr P. LORENZEN,
Mr E. BIELIŪNAS,
Mr E.A. ALKEMA,
Mr A. ARABADJIEV,
and Ms M.-T. SCHOEPFER, *Secretary*
to the Second Chamber.]

1. Translation; original French.

2. The opinion contains some references to previous paragraphs of the Commission's report. The full text of the report may be obtained from the Registry of the Court.

A. Complaint declared admissible

37. The Commission has declared admissible the applicant's complaint that he was held in detention on remand for an unreasonable period.

B. Point at issue

38. The issue to be decided by the Commission is whether there has been, on the facts of the present case, a violation of Article 5 § 3 of the Convention.

C. As regards Article 5 § 3 of the Convention

39. Article 5 § 3 of the Convention provides:

“Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1 (c) of this Article ... shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.”

1. Period to be taken into consideration

40. The period to be taken into consideration began on 7 October 1993, the date on which the applicant was remanded in custody, and ended on 27 June 1996, the date on which he was convicted. It therefore lasted two years, eight months and twenty days.

2. Reasonableness of the length of the detention on remand

41. The applicant submits that it was not necessary to detain him on remand in order to carry out the investigation.

42. The respondent Government contend that there were reasonable grounds for suspecting the applicant of having committed an offence. The Government submit, underscoring the seriousness of the offence and the severity of the penalties incurred, that the detention on remand was justified on the grounds that there was a risk that the applicant would abscond – given that he was living separately from his family – and that he would repeat the offences, disrupt public order and bring pressure to bear on the witnesses and victims.

43. The Commission recalls that it falls in the first place to the national judicial authorities to ensure that, in a given case, the detention on remand of an accused person does not exceed a reasonable time. To this end, they must examine all the facts arguing for or against the existence of a genuine requirement of public interest justifying, with due

regard to the principle of the presumption of innocence, a departure from the rule of respect for individual liberty and set them out in their decisions on the applications for release. It is essentially on the basis of the reasons given in these decisions and of the true facts stated by the applicant in his appeals that the Commission is called upon to decide whether or not there has been a violation of Article 5 § 3 of the Convention (see Eur. Court HR, *W. v. Switzerland* judgment of 26 January 1993, Series A no. 254-A, p. 15, § 30).

44. Where an arrest is based on a reasonable suspicion that the person arrested has committed an offence, the persistence of that reasonable suspicion is a condition *sine qua non* for the validity of the continued detention, but, after a certain lapse of time, it no longer suffices; the Commission must then establish whether the other grounds cited by the judicial authorities continue to justify the deprivation of liberty. Where such grounds are “relevant” and “sufficient”, it must also ascertain whether the competent national authorities displayed “special diligence” in the conduct of the proceedings (see the *W. v. Switzerland* judgment cited above, *ibid.*).

45. The domestic courts based their decisions to dismiss the applicant’s applications for release on the following grounds: risk of absconding, risk of repeating the offence, disruption of public order, and the need to prevent pressure being brought to bear on the witnesses.

(a) The danger of absconding

46. As regards the danger of absconding and the absence of guarantees that the accused would appear for trial, the Commission recalls that this is not assessed solely on the basis of considerations relating to the severity of the possible sentence, but in the light of a number of factors, such as “the character of the person involved, his morals, his home, his occupation, his assets, his family ties ... which ... may either confirm the existence of a danger of flight or make it appear so small that it cannot justify detention pending trial” (see Eur. Court HR, *Neumeister v. Austria* judgment of 27 June 1968, Series A no. 8, p. 39, § 10).

47. In the instant case, the Commission considers that this risk could not justify keeping the applicant in detention on remand for nearly three years.

48. In so far as the Indictment Division of the Lyons Court of Appeal pointed essentially to the fact that the applicant was unemployed, was of a violent disposition and was charged with a serious offence when it held that there was a risk that he would abscond, the circumstances establishing a real danger of absconding do not appear to be sufficiently clearly stated in the judgment. The Commission also notes that the courts did not examine whether there were possible alternative measures to ensure that

the applicant appeared for trial (see, among other authorities, Eur. Court HR, *Wemhoff v. Germany* judgment of 27 June 1968, Series A no. 7, p. 25, § 15).

(b) The danger of repeating the offences

49. The Commission notes that the first victim complained of offences committed between 1984 and 1987, that is, six to nine years before she reported them and the applicant was placed under investigation. The second victim, for her part, complained of offences dating back five years.

50. The Commission also notes that the offences were committed in a particular context, being rapes of minors at the family home by an elder blood relative having authority over his victims. However, by the time the applicant was charged, both victims had attained their majority and were not living under the same roof as their father. The older daughter had even married. Lastly, the applicant, as the Government themselves stress, was living separately from his family.

51. Accordingly, the Commission considers, having regard to the foregoing, that the reasons given for dismissing the applicant's applications for release appear insufficient to establish that there was a real danger that he would repeat the offences.

(c) Disruption of public order

52. The Commission accepts that, by reason of their particular gravity and public reaction to them, certain offences may give rise to a social disturbance capable of justifying pre-trial detention, at least for a time. It is therefore important that the courts explain in what respect there is a continuing threat to public order (see Eur. Court HR, *Letellier v. France* judgment of 26 June 1991, Series A no. 207, p. 21, § 51; *Kemmache v. France* (nos. 1 and 2) judgment of 27 November 1991, Series A no. 218, p. 25, § 52; *Tomasi v. France* judgment of 27 August 1992, Series A no. 241-A, p. 36, § 91).

53. Since the decisions dismissing the applicant's applications for release do not specify any circumstance establishing a continuing threat to public order, they appear to be based on insufficient grounds.

(d) The risk of pressure being brought to bear on the witnesses

54. The Commission notes that the domestic decisions were based on a risk that the applicant would bring pressure to bear on the victims and witnesses. The Commission accepts that there may have been such a risk at the beginning of the investigation, but considers that it abated thereafter. In particular, the Commission notes that the investigating judge stated as early as 13 July 1994 that the investigation appeared to him to be complete.

55. In any event, the risk that pressure would be brought to bear on the victims and witnesses was insufficient to justify the entire length of the detention.

(e) The conduct of the proceedings

56. The Commission notes that the case was not particularly complex. It fully appreciates that the right of an accused to have his case examined with particular expedition must not unduly hinder the efforts of the courts to carry out their tasks with proper care (see, *inter alia*, the Tomasi judgment cited above, p. 39, § 102).

57. The Commission considers, nevertheless, that the requirements of the investigation are insufficient, after a time, to justify keeping an accused in detention on remand. In particular, the Commission has already noted that the investigating judge stated as early as 13 July 1994 that the investigation appeared to him to be complete.

58. The Commission recalls lastly “that an accused person cannot in principle be held responsible for prolonging the proceedings while he is in detention, unless he misuses his rights or goes to excessive lengths” (see application no. 8224/78, report of the Commission of 5 December 1979, Decisions and Reports 18, p. 147, § 84).

59. The Commission does not find anything in the instant case to suggest that the applicant misused his rights or went to excessive lengths during the conduct of the investigation.

60. In the light of all the above considerations, the Commission considers that the applicant was held in detention on remand for an unreasonable period.

Conclusion

61. The Commission concludes by twelve votes to three that in the present case there has been a violation of Article 5 § 3 of the Convention.

M.-T. SCHOEPPER
Secretary
to the Second Chamber

J.-C. GEUS
President
of the Second Chamber

CIVET c. FRANCE
(*Requête n° 29340/95*)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 28 SEPTEMBRE 1999

SOMMAIRE¹**Épuisement des voies de recours internes – caractère effectif d'un pourvoi en cassation, s'agissant de la durée d'une détention provisoire****Article 35 § 1**

Épuisement des voies de recours internes – Recours interne efficace – Pourvoi en cassation – Caractère effectif d'un pourvoi en cassation, s'agissant de la durée d'une détention provisoire – Compétence de la Cour de cassation relative aux moyens de fait et de droit – Contrôle de l'adéquation entre les faits établis par les juges du fond et leurs conclusions – Contrôle de la motivation

*
* *

A la suite du dépôt de deux plaintes pour viol émanant des filles du requérant, une information judiciaire fut ouverte à l'encontre de ce dernier en 1993. Il fut immédiatement inculqué et placé sous mandat de dépôt. En mars 1996 son pourvoi en cassation contre sa mise en accusation fut rejeté et en juin 1996 il fut reconnu coupable des faits reprochés par la cour d'assises qui le condamna à dix ans de réclusion criminelle. Pendant sa détention provisoire, le requérant soumit cinq demandes de mise en liberté au juge d'instruction. Ces demandes d'élargissement furent toutes rejetées, par décisions motivées, par le juge d'instruction puis la chambre d'accusation de la cour d'appel. Le requérant ne forma de pourvoi en cassation que contre le premier rejet de la chambre d'accusation de la cour d'appel. Il fut cependant déchu de ce pourvoi par un arrêt de la Cour de cassation, faute d'avoir déposé dans le délai légal un mémoire exposant ses moyens de cassation.

Exception préliminaire du Gouvernement (non-épuisement) : le pourvoi en cassation figure parmi les voies de recours à épuiser en principe, pour se conformer à l'article 35. En l'espèce, le requérant n'a pas formé de pourvoi en cassation à l'encontre des arrêts de la chambre d'accusation de la cour d'appel sous réserve de deux exceptions non pertinentes. Le requérant n'a donc jamais soulevé le moyen tiré de l'article 5 § 3 de la Convention dans le cadre d'un pourvoi en cassation. La Cour de cassation est certes liée par les faits souverainement établis par la chambre d'accusation mais l'on ne saurait pour autant appréhender les « faits » et le « droit » comme deux domaines radicalement séparés. En effet nonobstant sa compétence qui est limitée aux moyens « en droit », la Cour de cassation n'en contrôle pas moins l'adéquation entre les faits établis par les juges du fond et la conclusion à laquelle ces derniers ont abouti sur le fondement de ces constatations. Ainsi la Cour de cassation vérifie le caractère adéquat de la motivation de la décision de la chambre d'accusation de maintien en détention, au regard des faits de

1. Rédigé par le greffe, il ne lie pas la Cour.

l'espèce. Ainsi la Cour de cassation est à même d'apprécier, sur la base d'un examen de la procédure, le respect, de la part des autorités judiciaires, du délai raisonnable conformément aux exigences de l'article 5 § 3. Le requérant, en n'utilisant pas la voie du recours en cassation, n'a donc pas donné aux juridictions françaises l'occasion ménagée par l'article 35 d'éviter ou de redresser les violations alléguées contre la France.

Conclusion : non-examen au fond pour défaut d'épuisement des voies de recours internes (douze voix contre cinq).

Jurisprudence citée par la Cour

Guzzardi c. Italie, arrêt du 6 novembre 1980, série A n° 39

Vernillo c. France, arrêt du 20 février 1991, série A n° 198

Cardot c. France, arrêt du 19 mars 1991, série A n° 200

Hentrich c. France, arrêt du 22 septembre 1994, série A n° 296-A

Remli c. France, arrêt du 23 avril 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II

Dalia c. France, arrêt du 19 février 1998, *Recueil* 1998-I

Omar c. France, arrêt du 29 juillet 1998, *Recueil* 1998-V

Guérin c. France, arrêt du 29 juillet 1998, *Recueil* 1998-V

En l'affaire Civet c. France,

La Cour européenne des Droits de l'Homme, constituée, conformément à l'article 27 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (« la Convention »), telle qu'amendée par le Protocole n° 11¹, et aux clauses pertinentes de son règlement², en une Grande Chambre composée des juges dont le nom suit :

M. L. WILDHABER, *président*,
 M^{me} E. PALM,
 Sir Nicolas BRATZA,
 MM. L. FERRARI BRAVO,
 L. CAFLISCH,
 J.-P. COSTA,
 W. FUHRMANN,
 K. JUNGWIERT,
 M. FISCHBACH,
 B. ZUPANČIĆ,
 M. J. HEDIGAN,
 M^{mes} W. THOMASSEN,
 M. TSATSA-NIKOLOVSKA,
 MM. T. PANTÎRU,
 A.B. BAKA,
 E. LEVITS,
 K. TRAJA,

ainsi que de M. M. DE SALVIA, *greffier*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 21 avril et 8 septembre 1999,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date :

PROCÉDURE

1. L'affaire a été déférée à la Cour, telle qu'établie en vertu de l'ancien article 19 de la Convention³, par le gouvernement français (« le Gouvernement ») le 19 juin 1998, dans le délai de trois mois qu'ouvraient les anciens articles 32 § 1 et 47 de la Convention. A son origine se trouve une requête (n° 29340/95) dirigée contre la République française et dont un ressortissant de cet Etat, M. Daniel Civet, avait saisi la Commission

Notes du greffe

1-2. Entré en vigueur le 1^{er} novembre 1998.

3. Depuis l'entrée en vigueur du Protocole n° 11, qui a amendé cette disposition, la Cour fonctionne de manière permanente.

européenne des Droits de l'Homme (« la Commission ») le 17 mars 1995, en vertu de l'ancien article 25.

La requête du Gouvernement renvoie à l'ancien article 48. Elle a pour objet d'obtenir une décision sur le point de savoir si les faits de la cause révèlent un manquement de l'Etat défendeur aux exigences de l'article 5 § 3 de la Convention.

2. En réponse à l'invitation prévue à l'article 33 § 3 d) du règlement A¹, le requérant a exprimé le désir de participer à l'instance et désigné son conseil (article 30).

3. En sa qualité de président de la chambre initialement constituée (ancien article 43 de la Convention et article 21 du règlement A) pour connaître notamment des questions de procédure pouvant se poser avant l'entrée en vigueur du Protocole n° 11, M. R. Bernhardt, président de la Cour à l'époque, a consulté, par l'intermédiaire du greffier, l'agent du Gouvernement, le conseil du requérant et le délégué de la Commission au sujet de l'organisation de la procédure écrite. Conformément à l'ordonnance rendue en conséquence, le greffier a reçu le mémoire du Gouvernement le 5 janvier 1999. Le requérant n'a pas produit de mémoire.

4. A la suite de l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 le 1^{er} novembre 1998 et conformément à l'article 5 § 5 dudit Protocole, l'examen de l'affaire a été confié à la Grande Chambre de la Cour. Cette Grande Chambre comprenait de plein droit M. J.-P. Costa, juge élu au titre de la France (articles 27 § 2 de la Convention et 24 § 4 du règlement), M. L. Wildhaber, président de la Cour, M^{me} E. Palm, vice-présidente de la Cour, ainsi que Sir Nicolas Bratza, président de section (articles 27 § 3 de la Convention et 24 § 3 du règlement). Ont en outre été désignés pour compléter la Grande Chambre : MM. L. Ferrari Bravo, L. Caflisch, W. Fuhrmann, K. Jungwiert, M. Fischbach, M. Zupančič, M^{me} N. Vajić, M. J. Hedigan, M^{mes} W. Thomassen et M. Tsatsa-Nikolovska, MM. T. Panțiru, E. Levits et K. Traja (articles 24 § 3 et 100 § 4 du règlement).

Par la suite, M^{me} Vajić, empêchée, a été remplacée par M. A.B. Baka, juge suppléant (article 24 § 5 b) du règlement).

5. A l'invitation de la Cour (article 99 du règlement), la Commission a délégué l'un de ses membres, M. J.-C. Geus, pour participer à la procédure devant la Grande Chambre.

6. Ainsi qu'en avait décidé le président, une audience s'est déroulée en public, le 21 avril 1999, au Palais des Droits de l'Homme à Strasbourg.

1. *Note du greffe* : le règlement A s'est appliqué à toutes les affaires déférées à la Cour avant le 1^{er} octobre 1994 (entrée en vigueur du Protocole n° 9), puis, entre cette date et le 31 octobre 1998, aux seules affaires concernant les Etats non liés par ledit Protocole.

Ont comparu :

- *pour le Gouvernement*
 MM. B. NEDELEC, magistrat détaché à la sous-direction
 des droits de l'homme,
 direction des affaires juridiques,
 ministère des Affaires étrangères, *agent*,
 A. BUCHET, chef du bureau des droits de l'homme,
 service des affaires européennes et internationales,
 ministère de la Justice, *conseil* ;
- *pour le requérant*
 M^e L. VIVIER, avocat au barreau d'Agen, *conseil* ;
- *pour la Commission*
 M. J.-C. GEUS, *délégué*.

La Cour a entendu en leurs déclarations M. Geus, M^e Vivier et M. Nedelec.

EN FAIT

7. Ressortissant français, M. Civet est né en 1947, et se trouve actuellement détenu au centre pénitentiaire d'Aiton.

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

A. L'instruction

8. Le 6 octobre 1993, l'une des filles du requérant, M^{me} Isabelle Civet, épouse Di Malta, née en 1970, se présenta au commissariat de son domicile accompagnée de M^{me} Liliane Civet, sa mère, pour déposer plainte pour viols contre lui. Elle précisa que M. Civet avait sexuellement abusé d'elle, à plusieurs reprises, au domicile familial et lors des absences de sa mère, entre 1984 et 1987.

9. Le 7 octobre 1993, une autre fille du requérant, M^{lle} Aline Civet, née en 1972, le dénonça également pour des viols commis au domicile familial et en l'absence de sa mère, alors qu'elle avait seize ans.

10. Le même jour, une information judiciaire fut ouverte à l'encontre de M. Civet du chef de viols sur mineures par ascendant légitime. Le requérant fut immédiatement inculqué et placé sous mandat de dépôt par un juge d'instruction près le tribunal de grande instance de Saint-Etienne.

11. Le requérant fit une première grève de la faim qui dura douze jours et se termina le 6 avril 1994.

12. Le 13 juillet 1994, le juge d'instruction informa les parties que l'instruction lui paraissait terminée et que le dossier de la procédure serait communiqué au procureur de la République pour règlement. L'instruction continuera pourtant après cette date, le juge ayant fait droit à une demande d'actes supplémentaires présentée par M. Civet.

13. Le 8 février 1995, le juge d'instruction informa une nouvelle fois les parties que l'instruction lui paraissait terminée, mais il fit à nouveau droit à une demande d'actes formulée par le requérant.

14. Le 10 mai 1995, le juge d'instruction informa les parties, pour la troisième fois, que l'instruction lui paraissait terminée. Le dossier de la procédure fut communiqué au procureur de la République, pour règlement, le 31 mai 1995.

15. Le 2 octobre 1995, le juge d'instruction rendit une ordonnance de transmission de pièces au procureur général près la cour d'appel de Lyon, afin de clore l'instruction.

16. Par arrêt du 24 novembre 1995, la chambre d'accusation de la cour d'appel de Lyon prononça la mise en accusation du requérant et le renvoya devant la cour d'assises pour viols sur mineures par ascendant légitime. Le pourvoi en cassation du requérant contre cet arrêt fut rejeté le 21 mars 1996.

B. Les demandes d'élargissement du requérant

17. Le 3 juin 1994, le juge d'instruction rejeta une demande de mise en liberté présentée le 31 mai 1994. Par arrêt du 24 juin 1994, la chambre d'accusation de la cour d'appel de Lyon confirma l'ordonnance de rejet.

18. Le requérant forma un pourvoi en cassation, mais il fut déclaré déchu de ce pourvoi par arrêt de la Cour de cassation en date du 4 octobre 1994, faute d'avoir déposé dans le délai légal un mémoire exposant ses moyens de cassation.

19. Le 5 août 1994, le juge d'instruction rejeta une demande de mise en liberté, présentée le 2 août 1994, aux motifs que :

« [le requérant] est sérieusement mis en cause par ses deux filles pour s'être livré sur celles-ci à des agressions sexuelles de nature criminelle ; (...) que ces faits commis sur des mineures de quinze ans par ascendant légitime perturbent gravement l'ordre public ; (...) qu'il y a lieu de craindre une pression sur les victimes et la mère des enfants ; (...) que l'intéressé a été de nombreuses fois condamné. »

20. La chambre d'accusation de la cour d'appel de Lyon confirma cette ordonnance par arrêt du 23 août 1994.

21. Le 9 septembre 1994, le juge d'instruction refusa une nouvelle demande de mise en liberté, présentée le 6 septembre 1994, estimant que :

« les charges sont sérieuses ; (...) que ces faits de nature criminelle sont par nature des atteintes graves à l'ordre public en ce qu'ils portent atteinte de manière durable à l'intégrité physique, morale et psychique d'enfants ; (...) que l'intéressé est connu pour son intempérance et sa violence et qu'il a déjà été condamné de nombreuses fois. »

22. Le requérant interjeta appel. Par arrêt du 4 octobre 1994, la chambre d'accusation de la cour d'appel de Lyon confirma l'ordonnance.

23. Par ordonnance du 4 octobre 1994, le juge d'instruction prolongea la détention provisoire pour une durée d'un an, avec une motivation identique à celle de l'ordonnance du 9 septembre 1994.

24. Le 17 août 1995, le juge d'instruction rejeta une demande de mise en liberté du requérant, présentée le 14 août 1995. Le requérant interjeta appel de cette ordonnance.

25. Par arrêt du 1^{er} septembre 1995, la chambre d'accusation de la cour d'appel de Lyon confirma l'ordonnance attaquée, aux motifs que malgré les dénégations du requérant :

« des indices graves et sérieux laissent présumer qu'il a commis les faits de viols visés à la prévention ; (...) que compte tenu de la manière dont l'intéressé appréhende les faits, il est à craindre que, s'il était mis en liberté, il n'ait la tentation d'exercer des pressions sur les victimes, voire sur son épouse afin de les faire revenir sur leurs dépositions ; (...) que de tels faits, empreints de violence, même s'ils n'ont connu qu'une publicité restreinte, ont causé un trouble grave à l'ordre public fondé sur la protection de l'intégrité physique et psychique des enfants ; que ce trouble, momentanément apaisé par l'incarcération de l'intéressé serait ravivé par sa mise en liberté alors que l'information est en voie d'achèvement ; que [le requérant] qui est sans emploi et a déjà été condamné à plusieurs reprises (des chefs de vol, recel, abus de confiance, conduite sous l'empire d'un état alcoolique et délit de fuite) est décrit comme une personne violente et dangereuse tant pour lui-même que pour autrui, notamment sous l'influence de l'alcool, et ne présente ainsi aucune garantie de représentation suffisante ; que la détention provisoire apparaît donc nécessaire pour éviter le renouvellement des infractions, préserver l'ordre public du trouble causé par celles-ci et assurer efficacement le maintien de l'intéressé à la disposition de la justice (...) »

26. Par ordonnance du 29 septembre 1995, le juge d'instruction rejeta une nouvelle demande de mise en liberté, présentée le 25 septembre 1995. M. Civet en interjeta appel.

27. Par arrêt du 20 octobre 1995, la chambre d'accusation de la cour d'appel de Lyon confirma l'ordonnance attaquée, en se fondant sur des motifs identiques à ceux contenus dans son arrêt du 1^{er} septembre 1995.

C. Le jugement du requérant

28. Le 27 juin 1996, la cour d'assises du département de la Loire déclara M. Civet coupable des faits reprochés et le condamna à une peine de dix ans de réclusion criminelle.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

A. Le code de procédure pénale

29. Les dispositions pertinentes du code de procédure pénale en matière de détention provisoire, applicables au moment des faits, sont les suivantes :

Article 144

« En matière criminelle et en matière correctionnelle, si la peine encourue est égale ou supérieure soit à un an d'emprisonnement en cas de délit flagrant, soit à deux ans d'emprisonnement dans les autres cas et si les obligations du contrôle judiciaire sont insuffisantes au regard des fonctions définies à l'article 137, la détention provisoire peut être ordonnée ou maintenue :

1° lorsque la détention provisoire de la personne mise en examen est l'unique moyen de conserver les preuves ou les indices matériels ou d'empêcher soit une pression sur les témoins ou les victimes, soit une concertation frauduleuse entre personnes mises en examen et complices ;

2° lorsque cette détention est nécessaire pour protéger la personne concernée, pour mettre fin à l'infraction ou prévenir son renouvellement, pour garantir le maintien de la personne concernée à la disposition de la justice ou pour préserver l'ordre public du trouble causé par l'infraction.

La détention provisoire peut également être ordonnée, dans les conditions prévues par l'article 141-2, lorsque la personne mise en examen se soustrait volontairement aux obligations du contrôle judiciaire. »

Article 145

« En toute matière, le placement en détention provisoire est prescrit par une ordonnance qui doit comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de cette décision par référence aux seules dispositions de l'article 144. Cette ordonnance est notifiée verbalement à la personne qui en reçoit copie intégrale contre émargement au dossier de la procédure. (...) »

Article 145-1

« En matière correctionnelle, la détention ne peut excéder quatre mois. Toutefois, à l'expiration de ce délai, le juge d'instruction peut la prolonger par une ordonnance motivée comme il est dit à l'article 145, alinéa premier. Aucune prolongation ne peut être prescrite pour une durée de plus de quatre mois.

Lorsque la personne mise en examen n'a pas déjà été condamnée pour crime ou délit de droit commun, soit à une peine criminelle, soit à une peine d'emprisonnement sans sursis d'une durée supérieure à un an et lorsqu'elle n'encourt pas une peine d'emprisonnement supérieure à cinq ans, la prolongation de la détention prévue à l'alinéa précédent ne peut être ordonnée qu'une fois et pour une durée n'excédant pas deux mois.

Dans les autres cas, la personne mise en examen ne peut être maintenue en détention au-delà d'un an. Toutefois, à titre exceptionnel le juge d'instruction peut, à l'expiration

de ce délai, décider de prolonger la détention pour une durée qui ne peut être supérieure à quatre mois par une ordonnance motivée. Celle-ci est rendue conformément aux dispositions des premier et quatrième alinéas de l'article 145, l'avocat ayant été convoqué conformément aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 114. Cette décision peut être renouvelée selon la même procédure. Néanmoins, la personne mise en examen ne peut être maintenue en détention au-delà de deux ans, lorsque la peine encourue ne dépasse pas cinq ans.

Les ordonnances visées aux premier et deuxième alinéas du présent article sont rendues après avis du procureur de la République et, s'il y a lieu, observations de la personne mise en examen ou de son avocat. »

Article 145-2

« En matière criminelle, la personne mise en examen ne peut être maintenue en détention au-delà d'un an. Toutefois, le juge d'instruction peut, à l'expiration de ce délai, prolonger la détention pour une durée qui ne peut être supérieure à un an par une décision rendue conformément aux dispositions des premier et quatrième alinéas de l'article 145, l'avocat ayant été convoqué conformément aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 114. Cette décision peut être renouvelée selon la même procédure.

Les dispositions du présent article sont applicables jusqu'à l'ordonnance de règlement. »

Article 147

« En toute matière, la mise en liberté assortie ou non du contrôle judiciaire peut être ordonnée d'office par le juge d'instruction après avis du procureur de la République, à charge pour la personne mise en examen de prendre l'engagement de se représenter à tous les actes de la procédure aussitôt qu'elle en sera requise et de tenir informé le magistrat instructeur de tous ses déplacements.

Le procureur de la République peut également la requérir à tout moment. Le juge d'instruction statue dans le délai de cinq jours à compter de la date de ces réquisitions. »

Article 148

« En toute matière, la mise en liberté peut être demandée à tout moment au juge d'instruction par la personne ou son avocat, sous les obligations prévues à l'article précédent.

Le juge d'instruction communique immédiatement le dossier au procureur de la République aux fins de réquisitions.

Le juge d'instruction doit statuer, au plus tard dans les cinq jours de la communication au procureur de la République, par une ordonnance qui doit comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de cette décision par référence aux dispositions de l'article 144. Toutefois, lorsqu'il n'a pas encore été statué sur une précédente demande de mise en liberté ou sur l'appel d'une précédente ordonnance de refus de mise en liberté, le délai de cinq jours ne commencera à courir qu'à compter de la décision rendue par la juridiction d'instruction.

La mise en liberté, lorsqu'elle est accordée, peut être assortie de mesures de contrôle judiciaire.

Faute par le juge d'instruction d'avoir statué dans le délai fixé au troisième alinéa, la personne peut saisir directement de sa demande la chambre d'accusation qui, sur les réquisitions écrites et motivées du procureur général, se prononce dans les vingt jours de sa saisine faute de quoi la personne est mise d'office en liberté sauf si des vérifications concernant sa demande ont été ordonnées. Le droit de saisir dans les mêmes conditions la chambre d'accusation appartient également au procureur de la République. »

Article 148-1

« La mise en liberté peut aussi être demandée en tout état de cause par toute personne mise en examen, tout prévenu ou accusé, et en toute période de la procédure. (...) »

Article 148-2

« Toute juridiction appelée à statuer, en application des articles 141-1 et 148-1, sur une demande de mainlevée totale ou partielle du contrôle judiciaire ou sur une demande de mise en liberté se prononce après audition du ministère public, du prévenu ou de son avocat ; le prévenu non détenu et son avocat sont convoqués, par lettre recommandée, quarante-huit heures au moins avant la date de l'audience.

La juridiction saisie, selon qu'elle est du premier ou du second degré, rend sa décision dans les dix jours ou dans les vingt jours de la réception de la demande ; toutefois, lorsqu'au jour de la réception de cette demande, il n'a pas encore été statué sur une précédente demande de mise en liberté ou sur l'appel d'une précédente décision de refus de mise en liberté, le délai de dix ou vingt jours ne commence à courir qu'à compter de la décision rendue par la juridiction compétente ; faute de décision à l'expiration de ce délai, il est mis fin au contrôle judiciaire ou à la détention provisoire, le prévenu, s'il n'est pas détenu pour autre cause, étant mis d'office en liberté.

La décision du tribunal est immédiatement exécutoire nonobstant appel ; lorsque le prévenu est maintenu en détention, la cour se prononce dans les vingt jours de l'appel, faute de quoi le prévenu, s'il n'est pas détenu pour autre cause, est mis d'office en liberté. »

Article 148-4

« A l'expiration d'un délai de quatre mois depuis sa dernière comparution devant le juge d'instruction ou le magistrat par lui délégué et tant que l'ordonnance de règlement n'a pas été rendue, la personne mise en examen ou son avocat peut saisir directement d'une demande de mise en liberté la chambre d'accusation qui statue dans les conditions prévues à l'article 148 (dernier alinéa). »

Article 567

« Les arrêts de la chambre d'accusation et les arrêts et jugements rendus en dernier ressort en matière criminelle, correctionnelle et de police peuvent être annulés en cas de violation de la loi sur pourvoi en cassation formé par le ministère public ou par la partie à laquelle il est fait grief, suivant les distinctions qui vont être établies.

Le recours est porté devant la chambre criminelle de la Cour de cassation. »

Article 567-2

« La chambre criminelle saisie d'un pourvoi contre un arrêt de la chambre d'accusation rendu en matière de détention provisoire doit statuer dans les trois mois qui suivent la réception du dossier à la Cour de cassation, faute de quoi l'inculpé est mis d'office en liberté.

Le demandeur en cassation ou son avocat doit, à peine de déchéance, déposer son mémoire exposant les moyens de cassation dans le délai d'un mois à compter de la réception du dossier, sauf décision du président de la chambre criminelle prorogeant, à titre exceptionnel, le délai pour une durée de huit jours. Après l'expiration de ce délai, aucun moyen nouveau ne peut être soulevé par lui et il ne peut plus être déposé de mémoire.

Dès le dépôt du mémoire, le président de la chambre criminelle fixe la date de l'audience. »

Article 591

« Les arrêts de la chambre d'accusation ainsi que les arrêts et jugements rendus en dernier ressort par les juridictions de jugement, lorsqu'ils sont revêtus des formes prescrites par la loi, ne peuvent être cassés que pour violation de la loi. »

Article 592

« Ces décisions sont déclarées nulles lorsqu'elles ne sont pas rendues par le nombre de juges prescrit ou qu'elles ont été rendues par des juges qui n'ont pas assisté à toutes les audiences de la cause. Lorsque plusieurs audiences ont été consacrées à la même affaire, les juges qui ont concouru à la décision sont présumés avoir assisté à toutes ces audiences.

Ces décisions sont également déclarées nulles lorsqu'elles ont été rendues sans que le ministère public ait été entendu.

Sont, en outre, déclarées nulles les décisions qui, sous réserve des exceptions prévues par la loi, n'ont pas été rendues ou dont les débats n'ont pas eu lieu en audience publique. »

Article 593

« Les arrêts de la chambre d'accusation ainsi que les arrêts et jugements en dernier ressort sont déclarés nuls s'ils ne contiennent pas de motifs ou si leurs motifs sont insuffisants et ne permettent pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle et de reconnaître si la loi a été respectée dans le dispositif.

Il en est de même lorsqu'il a été omis ou refusé de prononcer soit sur une ou plusieurs demandes des parties, soit sur une ou plusieurs réquisitions du ministère public. »

B. Le code de l'organisation judiciaire

30. Les dispositions pertinentes du code de l'organisation judiciaire sont les suivantes :

Article L. 131-5

« La Cour de cassation peut casser sans renvoi lorsque la cassation n'implique pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond.

Elle peut aussi, en cassant sans renvoi, mettre fin au litige lorsque les faits, tels qu'ils ont été souverainement constatés et appréciés par les juges du fond, lui permettent d'appliquer la règle de droit appropriée.

(...) »

C. La jurisprudence

31. La Cour de cassation reconnaît le pouvoir souverain d'appréciation des faits de la cause par les chambres d'accusation, mais elle vérifie que ces dernières répondent aux moyens « péremptoires », y compris ceux tirés de l'article 5 § 3 de la Convention (*Cass. crim.* 20 octobre 1987, *Bull. crim.* n° 356 ; 12 avril 1995, pourvoi n° 95-80.328 ; voir également *Cass. crim.* 2 septembre 1997, pourvoi n° 97-83.234). La chambre criminelle de la Cour de cassation contrôle le contenu des motivations retenues par les chambres d'accusation afin de s'assurer de leur conformité aux exigences légales, et elle vérifie que les juridictions du fond se sont expliquées, sans insuffisance ni contradiction, au sujet de la durée de la détention provisoire (*Cass. crim.* 20 juin et 16 juillet 1996, respectivement pourvois n°s 96-81.557 et 96-82.086 ; voir également *Cass. crim.* 2 septembre 1998, pourvoi n° 98-83.322). Lorsqu'une chambre d'accusation omet de répondre, dans son arrêt, au mémoire de l'intéressé invoquant une violation de l'article 5 § 3 de la Convention, la Cour de cassation constate un défaut de base légale et casse l'arrêt (*Cass. crim.* 12 décembre 1995, pourvoi n° 95-84.949 ; 14 mai 1996, pourvoi n° 96-81.045 ; voir également *Cass. crim.* 18 mai 1998, pourvoi n° 98-81.085). Dans l'exercice de son contrôle, la Cour de cassation a notamment rendu des arrêts dans les termes suivants :

« Attendu que les juges sont tenus de répondre aux chefs péremptoires des conclusions dont ils sont saisis ; que tout arrêt ou jugement doit contenir les motifs propres à justifier la décision et que l'insuffisance des motifs équivaut à leur absence ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de la procédure que [C.W.], ressortissant belge extradé d'Espagne, a été inculpé le 18 mai 1991 par le juge d'instruction d'escroqueries et d'infraction à la loi du 24 janvier 1984 sur les prêts d'argent et placé le même jour sous mandat de dépôt ; que la détention provisoire a été prolongée pour une durée de quatre mois à compter du 18 septembre 1991 par ordonnance du 16 septembre 1991 ; que le 19 novembre 1991, le juge d'instruction a ordonné son placement sous contrôle judiciaire, obligation lui étant faite de fournir, préalablement à sa mise en liberté, un cautionnement de 4 500 000 francs destiné à garantir, à concurrence de 100 000 francs, sa représentation à tous les actes de la procédure et, dans la limite de 4 400 000 francs, « le paiement de la réparation des dommages causés par l'infraction, des frais avancés par la partie publique et des amendes » ; que cette ordonnance n'a pas été suivie d'effet, l'inculpé ne s'étant acquitté du cautionnement fixé qu'à

hauteur de 2 563 000 francs ; que le 15 mai 1992, le juge d'instruction a rejeté la demande de mainlevée partielle du contrôle judiciaire formée par [W.] et prolongé la détention provisoire pour une durée de quatre mois à compter du 18 mai 1992, « sauf mise en jeu éventuelle de la mise en liberté ordonnée sous condition de versement d'une caution préalable de 4 500 000 francs » ; que par ordonnance du 16 septembre 1992, dont l'intéressé a interjeté appel, la détention provisoire a encore été prolongée pour une durée de quatre mois prenant effet le 18 septembre 1992 ;

Attendu que pour confirmer cette ordonnance [de prolongation de la détention provisoire, à la suite du non-versement de la somme fixée à titre de cautionnement], la juridiction du second degré, après avoir rappelé les faits dont [C.W.] est inculqué et le caractère définitif de l'ordonnance du 19 novembre 1991 le plaçant sous contrôle judiciaire, énonce que « le débat sur les critères de la détention provisoire initié par l'avocat de [W.] n'a pas de raison d'être ; qu'il a en effet été évacué par la mise en liberté sous contrôle judiciaire de l'inculqué dont la détention se prolonge de son propre fait et ne viole donc pas les règles posées par la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales » ; que les juges ajoutent que « surabondamment, le non-respect de ses obligations, acceptées par lui, laisse mal augurer de sa représentation en justice s'il était, aujourd'hui, remis en liberté » ;

Mais attendu qu'en décidant ainsi, sans répondre au mémoire dont elle était saisie, qui invoquait la violation des dispositions de l'article 5.3 de la Convention précitée selon lesquelles toute personne arrêtée ou détenue a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable ou libérée pendant la procédure, et sans s'expliquer sur les considérations de droit et de fait justifiant, par référence aux dispositions de l'article 144 du code de procédure pénale, la prolongation de la détention provisoire dont les règles, telles que définies par l'article 145-1 du même code, ne comportent aucune exception, la chambre d'accusation a méconnu les textes et le principe sus-énoncés et n'a pas donné de base légale à sa décision ;

D'où il suit que la cassation est encourue ; par ces motifs, casse et annule (...) » (*Cass. crim.* 20 janvier 1993, *Bull. crim.* n° 32)

« (...) Attendu que [D.Z.] a fait valoir devant la chambre d'accusation qu'il a été détenu sans discontinuité, depuis sa mise en examen, pendant une période de quatre ans et six mois au cours de laquelle le juge d'instruction se serait borné, fin 1994, à le confronter avec les témoins le mettant en cause, puis entre novembre 1994 et janvier 1996, à commettre des experts pour identifier les victimes décédées en 1992 et, courant 1996, à recueillir de nouveaux témoignages ; qu'ainsi la durée de la détention ne trouverait sa justification ni dans la complexité de l'affaire, ni dans son propre comportement ;

Attendu que, pour confirmer l'ordonnance entreprise, la chambre d'accusation énonce qu'en dépit des dénégations de [D.Z.], il existe des indices sérieux à l'encontre de celui-ci d'avoir commis les faits qui lui sont reprochés ; que la détention est l'unique moyen pour éviter, jusqu'à l'audience, des pressions sur les témoins et pour assurer la représentation en justice de l'intéressé, dépourvu d'emploi et de domicile réguliers ; que le rejet, par le magistrat instructeur, de la demande de mise en liberté présentée doit donc être confirmé, nonobstant la durée de la détention accomplie, justifiée par les difficultés rencontrées par ce dernier dans l'exécution de ses diligences, notamment l'identification des victimes décédées ;

Mais attendu qu'en se bornant à se référer, pour justifier la durée de la détention, à l'exécution d'une mesure d'expertise et en omettant de répondre aux articulations

essentielles du mémoire dont elle était saisie, la chambre d'accusation a méconnu les principes ci-dessus rappelés ;

Que, dès lors, la cassation est encourue ; par ces motifs, casse et annule (...) » (*Cass. crim.* 22 juillet 1997)

« (...) Vu l'article 593 du code de procédure pénale, ensemble l'article 5 § 3 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme ;

Attendu que les juges sont tenus de répondre aux chefs d'articulations essentielles des mémoires dont ils sont saisis ;

Attendu que, pour rejeter la demande de mise en liberté de [J.E.], l'arrêt attaqué se borne à énoncer que les faits de viols aggravés qui lui sont imputés causent à l'ordre public un trouble exceptionnel et toujours persistant et que son maintien en détention est le seul moyen d'éviter qu'il n'exerce des pressions sur la victime et ne se soustraie à l'action de la justice en se réfugiant hors du territoire français, des mesures de contrôle judiciaire étant insuffisantes à prévenir une telle éventualité ;

Mais attendu qu'en prononçant ainsi sans répondre au mémoire de l'intéressé qui invoquait la violation des dispositions de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme selon lesquelles toute personne arrêtée ou détenue a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable ou libérée pendant la procédure, la chambre d'accusation a privé sa décision de base légale ;

D'où il suit que la cassation est encourue ; par ces motifs et sans qu'il y ait lieu d'examiner les autres moyens proposés, casse et annule (...) » (*Cass. crim.* 18 mai 1998, pourvoi n° 98-81.085)

32. La chambre criminelle de la Cour de cassation censure également le non-respect des formalités légales prévues à peine de nullité (*Cass. crim.* 25 avril, 21 août et 15 novembre 1995, respectivement pourvois n°s 95-80.682, 95-83.124 et 95-84.543), ainsi que les erreurs de droit dans l'interprétation et l'application des dispositions du code de procédure pénale (*Cass. crim.* 11 janvier, 15 février, 27 février et 10 mai 1995, respectivement pourvois n°s 94-85.155, 94-85.570, 94-85.957 et 95-80.975).

33. Enfin, compte tenu des dispositions insérées dans le code de procédure pénale par la loi n° 96-1235 du 31 décembre 1996, entrée en vigueur le 31 mars 1997, la Cour de cassation censure désormais les chambres d'accusation qui ne démontrent pas en quoi une mesure de contrôle judiciaire serait insuffisante en l'espèce et qui ne fournissent pas d'indications particulières justifiant la poursuite de l'information (*Cass. crim.* 6 et 19 août 1997, respectivement pourvois n°s 97-82.955 et 97-38.014) ou des précisions quant au délai prévisible d'achèvement de l'instruction (*Cass. crim.* 19 août 1997 précitée).

PROCÉDURE DEVANT LA COMMISSION

34. M. Civet a saisi la Commission le 17 mars 1995, dénonçant une violation de l'article 5 § 3 de la Convention.

35. Le 7 avril 1997, la Commission déclara la requête (n° 29340/95) recevable. Dans son rapport du 16 avril 1998 (ancien article 31 de la Convention), elle conclut, par douze voix contre trois, à une violation de l'article 5 § 3. Le texte intégral de son avis figure en annexe au présent arrêt.

CONCLUSIONS PRÉSENTÉES À LA COUR

36. Dans son mémoire, le Gouvernement invite principalement la Cour à dire que le pourvoi en cassation constitue une voie de recours qui devait être tentée et, à titre subsidiaire, que la durée de la détention provisoire n'a pas emporté violation de l'article 5 § 3 la Convention.

37. De son côté, le requérant prie la Cour de constater qu'il y a eu violation de l'article 5 § 3 de la Convention et de lui allouer une satisfaction équitable au titre de l'article 41.

EN DROIT

SUR L'EXCEPTION PRÉLIMINAIRE DU GOUVERNEMENT

38. Le Gouvernement soutient à titre principal, comme déjà devant la Commission, que M. Civet n'a pas épuisé les voies de recours internes, faute d'avoir soumis le moyen tiré de l'article 5 § 3 de la Convention à l'examen de la Cour de cassation. Selon le Gouvernement, le pourvoi en cassation constitue un recours qui doit être tenté en matière de détention provisoire. Il insiste notamment sur le fait que la Cour de cassation reprend le contenu des motivations retenues par les chambres d'accusation, s'assure de leur conformité aux exigences légales et vérifie que les juridictions du fond se sont expliquées, sans insuffisance ni contradiction, au sujet de la durée de la détention provisoire.

39. Le requérant rétorque que le pourvoi en cassation n'est pas un recours efficace en matière de durée de la détention provisoire, la Cour de cassation refusant d'apprécier un moyen tiré de l'article 5 § 3 de la Convention, moyen qu'elle qualifie « de fait ».

40. Selon la Commission, M. Civet a satisfait aux exigences de l'ancien article 26 (nouvel article 35) de la Convention. Elle estime que la Cour de cassation n'examine que les moyens en droit et, partant, qu'un moyen tiré de la durée excessive de la procédure, au regard des dispositions de l'article 5 § 3 de la Convention, est irrecevable devant la Cour de cassation comme étant un moyen de « pur fait » ou « mélange de fait et de droit ».

41. La Cour rappelle que la finalité de l'article 35 est de ménager aux Etats contractants l'occasion de prévenir ou redresser les violations alléguées contre eux avant que ces allégations ne lui soient soumises (voir, par

exemple, les arrêts Hentrich c. France du 22 septembre 1994, série A n° 296-A, p. 18, § 33 ; Remli c. France du 23 avril 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II, p. 571, § 33). Ainsi, le grief dont on entend saisir la Cour doit d'abord être soulevé, au moins en substance, dans les formes et délais prescrits par le droit interne, devant les juridictions nationales appropriées. Néanmoins, les dispositions de l'article 35 de la Convention ne prescrivent l'épuisement que des recours à la fois relatifs aux violations incriminées, disponibles et adéquats. Ils doivent exister à un degré suffisant de certitude, non seulement en théorie mais aussi en pratique, sans quoi leur manquent l'effectivité et l'accessibilité voulues ; il incombe à l'Etat défendeur de démontrer que ces exigences se trouvent réunies (voir notamment les arrêts Vernillo c. France du 20 février 1991, série A n° 198, pp. 11-12, § 27 ; Dalia c. France du 19 février 1998, *Recueil* 1998-I, pp. 87-88, § 38).

La Cour rappelle également que le pourvoi en cassation figure parmi les voies de recours à épuiser en principe pour se conformer à l'article 35 (voir l'arrêt Remli précité, p. 572, § 42).

A cet égard, la Cour a déjà eu l'occasion d'insister sur le rôle crucial de l'instance en cassation, qui constitue une phase particulière de la procédure pénale dont l'importance peut se révéler capitale pour l'accusé (voir les arrêts Omar et Guérin c. France du 29 juillet 1998, *Recueil* 1998-V, respectivement p. 1841, § 41, et p. 1869, § 44).

42. En l'espèce, la Cour relève que le requérant n'a pas formé de pourvoi en cassation à l'encontre des arrêts de la chambre d'accusation de la cour d'appel de Lyon, sous réserve de deux exceptions : d'une part, le requérant forma un pourvoi contre l'arrêt de la chambre d'accusation du 24 juin 1994, pourvoi dont il fut déclaré déchu faute d'avoir déposé un mémoire dans le délai légal (paragraphe 18 ci-dessus) ; d'autre part, il forma un pourvoi en cassation contre l'arrêt de mise en accusation et de renvoi devant la cour d'assises (paragraphe 16 ci-dessus). Le requérant n'a donc jamais soulevé le moyen tiré de l'article 5 § 3 de la Convention dans le cadre d'un pourvoi en cassation.

43. La Cour constate que la Cour de cassation est effectivement liée par les faits souverainement établis par la chambre d'accusation (paragraphe 31 ci-dessus). Cette situation se justifie par la nature du pourvoi en cassation, lequel constitue une voie de recours à finalité différente de celle de l'appel. Les possibilités de cassation étant limitées, de par les dispositions de l'article 591 du code de procédure pénale, aux violations de la loi (paragraphe 29 ci-dessus), il ne rentre pas dans les attributions de la Cour de cassation de revenir, comme le fait une cour d'appel, sur l'appréciation des éléments de pur fait.

Mais, de l'avis de la Cour, on ne saurait pour autant appréhender les « faits » et le « droit » comme deux domaines radicalement séparés, et se satisfaire d'un raisonnement conduisant à nier leur imbrication et leur

complémentarité. Nonobstant sa compétence qui est limitée aux moyens « en droit », la Cour de cassation n'en a pas moins pour mission de contrôler l'adéquation entre, d'une part, les faits établis par les juges du fond et, d'autre part, la conclusion à laquelle ces derniers ont abouti sur le fondement de ces constatations. Ainsi, au-delà d'un examen de la régularité de l'arrêt qui lui est déféré, la Cour de cassation vérifie que la chambre d'accusation a adéquatement motivé sa décision de maintien en détention au regard des faits de l'espèce (paragraphes 31 à 33 ci-dessus). Dans le cas contraire, cette décision encourt la cassation. La Cour estime dès lors que la Cour de cassation est à même d'apprécier, sur la base d'un examen de la procédure, le respect de la part des autorités judiciaires du délai raisonnable conformément aux exigences de l'article 5 § 3 de la Convention (paragraphe 31 ci-dessus).

44. En résumé, M. Civet, en n'utilisant pas la voie du recours en cassation, n'a pas donné aux juridictions françaises l'occasion que l'article 35 a pour finalité de ménager en principe aux États contractants : éviter ou redresser les violations alléguées contre eux (voir, entre autres, les arrêts Guzzardi c. Italie du 6 novembre 1980, série A n° 39, p. 27, § 72, et Cardot c. France du 19 mars 1991, série A n° 200, p. 19, § 36). L'exception de non-épuisement des voies de recours internes se révèle donc fondée.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

Dit, par douze voix contre cinq, que faute d'épuisement des voies de recours internes, elle ne peut connaître du fond de l'affaire.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 28 septembre 1999.

Luzius WILDHABER
Président

Michele DE SALVIA
Greffier

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion dissidente commune à M^{me} Palm, Sir Nicolas Bratza, M. Fischbach, M. Zupančič et M. Hedigan.

L.W.
M.d.S.

OPINION DISSIDENTE COMMUNE À M^{me} PALM,
Sir Nicolas BRATZA, M. FISCHBACH, M. ZUPANČIČ
ET M. HEDIGAN, JUGES

La Cour a conclu à l'irrecevabilité de la requête en raison du défaut d'épuisement des voies de recours internes par M. Civet, faute pour lui d'avoir formé un pourvoi en cassation durant la détention provisoire. Nous voulons signaler notre désaccord avec le raisonnement et la solution adoptés par la majorité des juges.

Notre Cour a estimé que la thèse du Gouvernement devait l'emporter, compte tenu de la portée du contrôle opéré par la Cour de cassation. Afin d'éviter tout malentendu, il nous semble utile, à titre préalable, de préciser les points d'accord avec la majorité des juges.

En premier lieu, nous n'entendons pas contester le fait « que le pourvoi en cassation figure parmi les voies de recours à épuiser en principe pour se conformer à l'article [35] » (arrêt *Remli c. France* du 23 avril 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II, p. 572, § 42). Reste que seules les voies de recours effectives et propres à redresser la situation alléguée doivent être épuisées et qu'« il incombe à l'Etat défendeur de démontrer que ces exigences se trouvent réunies » (voir notamment l'arrêt *Vernillo c. France* du 20 février 1991, série A n° 198, pp. 11-12, § 27). Lorsque le Gouvernement ne parvient pas à étayer sa thèse concernant l'adéquation et l'effectivité du recours, la Cour européenne est en droit d'estimer que le pourvoi en cassation ne satisfait pas à la condition d'efficacité (arrêt *Dalia c. France* du 19 février 1998, *Recueil* 1998-I, pp. 87-88, § 38). Par ailleurs, la Cour a déjà eu l'occasion d'accorder une portée relative au pourvoi en cassation, dans un autre contexte : elle a en effet estimé, dans les affaires *Letellier et Navarra contre la France*, que les dispositions de l'article 5 § 4 n'avaient pas été violées – malgré des durées englobant une procédure en cassation qui « inspir[a] des doutes à la Cour » – aux motifs que le contrôle voulu par l'article 5 § 4 se satisfait du droit de déposer de nouvelles demandes de mise en liberté à tout moment devant le juge d'instruction (respectivement arrêts des 26 juin 1991, série A n° 207, p. 22, § 56 ; 23 novembre 1993, série A n° 273-B, pp. 28-29, § 29). Ainsi, le principe de l'obligation de former un pourvoi en cassation connaît-il des exceptions, dont certaines ont déjà été relevées par notre Cour.

En second lieu, nous ne souhaitons ni remettre en cause, ni minimiser la jurisprudence de la Cour de cassation. Le code de procédure pénale créant une obligation de motivation des décisions de placement et de maintien en détention provisoire, la Cour de cassation exerce un contrôle sur le respect de cette obligation légale. Il ne fait aucun doute que,

dans le cadre de ce contrôle, une distinction entre le « fait » et le « droit » serait artificielle, d'autant que la Cour de cassation vérifie que la motivation, conforme à la loi, repose sur des éléments d'espèce et non, par exemple, sur des motifs stéréotypés (la décision de la Commission n'apporte pas cette précision, mais elle ne la remet pas en cause pour autant). Dans ses arrêts, la Cour de cassation utilise également la notion d'« appréciation souveraine des juges du fond ». Quelle est la portée de cette formule ? Elle renvoie au rôle imparti à la Cour de cassation, juge du droit et non du fait. N'étant pas un ultime degré de juridiction au fond, la Cour de cassation n'a pas à revenir sur les éléments de fait. Elle peut néanmoins contrôler l'application, par les juges du fond, des règles de droit aux constatations et appréciations souverainement effectuées « en fait ». Les jurisprudences citées par notre Cour dans son arrêt ne disent pas autre chose.

Nous en revenons donc à l'essentiel : quelle était, précisément, la question posée à notre Cour ? Il s'agissait de savoir si le pourvoi en cassation offre une quelconque utilité pour remédier au grief allégué, lorsqu'un requérant ne se plaint que de la durée de la détention provisoire qu'il subit (ce qui représente une question « clé » sous l'angle de l'article 5 § 3).

Dans son arrêt, la Cour répond en associant ce grief à la motivation des arrêts de la chambre d'accusation. Ainsi, la question de la durée ne se poserait jamais « en soi », de façon isolée, mais toujours en fonction de la motivation retenue par la chambre d'accusation sous contrôle de la Cour de cassation. « Durée » et « motivation » seraient indivisibles : d'où l'efficacité du pourvoi en cassation.

Aussi, il nous semble nécessaire d'envisager le problème différemment, par le biais d'hypothèses correspondant à des situations réelles :

1. Un requérant conteste une ou plusieurs constatations « en fait » retenues par les juges du fond pour justifier son placement ou son maintien en détention : pourra-t-il les critiquer dans le cadre d'un pourvoi en cassation ? La réponse est *non*. Le précédent rappel de jurisprudence le confirme : la Cour de cassation est incompétente, s'agissant de la détermination souveraine des circonstances de l'affaire. Voilà donc un premier cas de figure où le pourvoi en cassation n'a pas à être tenté.

2. Un requérant estime que, notwithstanding les motivations avancées (ou susceptibles de l'être) par la chambre d'accusation, la durée de sa détention provisoire est, « en soi », abusive : pourra-t-il efficacement la critiquer dans le cadre d'un pourvoi en cassation ? La réponse est multiple :

– *oui, si* le requérant se plaint de ce que les motivations ne peuvent justifier le maintien en détention (parce qu'elles sont stéréotypées, qu'elles ne reposent pas suffisamment sur les faits de l'espèce, qu'elles se contredisent, ou bien qu'elles ne répondent pas aux moyens péremptoires) ;

– *non, si* le requérant conteste les appréciations en fait à l'origine des motifs (qu'il peut estimer fausses, tendancieuses, etc.) ;

– *non, s'il* se contente de dire que, indépendamment des faits relevés par la chambre d'accusation et des déductions qu'elle en tire, il nie avoir commis des infractions et demande le bénéfice de la présomption d'innocence ;

– *non, si* la durée elle-même est en cause, c'est-à-dire si, indépendamment du bien-fondé des motivations retenues par les juges du fond, la durée de la détention avant jugement est, *en soi*, trop longue.

Dans tous les cas de figure où la réponse est « non », le requérant ne peut que déposer de nouvelles requêtes devant le juge d'instruction puis, le cas échéant, saisir la chambre d'accusation, dans l'espoir de modifier leur intime conviction : le pourvoi ne constitue donc pas un recours efficace.

Nous voudrions insister tout particulièrement sur l'appréciation du caractère raisonnable ou non de la durée de la détention, problème récurrent et crucial pour notre Cour.

Le gouvernement français n'a produit aucun arrêt :

– par lequel la Cour de cassation aurait, *d'elle-même*, censuré la détention provisoire au motif qu'elle durait depuis trop longtemps et ce, malgré l'avis contraire et les motivations circonstanciées de la chambre d'accusation ;

– *a fortiori*, par lequel il serait établi que la Cour suprême, relevant d'elle-même une durée excessive de la détention, serait susceptible de remettre la personne détenue en liberté pour ce seul motif (et non en raison de la violation d'une disposition légale prescrite à peine de remise en liberté de l'intéressé).

Par ailleurs on notera que, dans les affaires où les organes de la Convention ont estimé qu'il y avait eu violation de l'article 5 § 3 de la Convention en raison d'une durée excessive de la détention provisoire, la Cour de cassation avait préalablement été saisie : elle n'avait pas censuré les durées des détentions, ni même tenté de le faire (voir notamment arrêts Letellier et Navarra précités ; *Kemmache c. France* (n^{os} 1 et 2) du 27 novembre 1991, série A n^o 218 ; *Muller c. France* du 17 mars 1997, *Recueil* 1997-II).

Plus significatif encore : l'arrêt de notre Cour se heurte à la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation elle-même, notamment en ses arrêts des 18 février et 6 mars 1986 (*Bull. crim.*, respectivement n^o 66 et n^o 94) et 12 décembre 1988 (*Bull. crim.* n^{os} 418 et 419) cités par la Commission. Ces arrêts qualifient le moyen tiré de l'article 5 § 3 de la Convention soit de « moyen de pur fait », soit de « moyen mélangé de fait et de droit », ce qui, dans tous les cas, conduit à son irrecevabilité. En particulier, dans son arrêt du 6 mars 1986, la Cour de cassation répond en ces termes, dénués de toute ambiguïté, au moyen tiré de la violation de l'article 5 § 3 :

« Attendu, enfin, que la *chambre d'accusation* s'est expliquée au sujet de la complexité et de la durée de la procédure ; que si elle ne s'est expressément référée qu'à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme, il se déduit de sa décision de rejet de la demande de mise en liberté qu'elle a *estimé que la durée de la détention elle-même n'excédait pas un délai raisonnable ; que cette appréciation de fait échappe au contrôle de la Cour de cassation.* » (souligné par nous)

D'autres arrêts ont suivi, confirmant que la question du caractère raisonnable ou non de la durée de la détention provisoire est une question de fait qui échappe à la compétence de la Cour de cassation (notamment, arrêts des 28 novembre 1991, revue *Droit pénal* 1991, comm. 274 ; 3 mai 1993, *Bull. crim.* n° 160). En outre, la Cour européenne avait déjà eu l'occasion de se convaincre de la réalité de cette jurisprudence à l'occasion de l'examen de l'affaire Muller (précitée). Dans cette affaire, la Cour de cassation avait jugé, plus de quatre ans après le début d'une détention provisoire :

« Attendu que, pour répondre aux conclusions arguant d'une violation de l'article 5 § 3 de la Convention au motif que la détention provisoire aurait excédé un délai raisonnable, les juges énoncent « *qu'en l'espèce, ce délai raisonnable n'a pas été dépassé, au vu de la complexité de l'affaire et de la multiplicité des faits reprochés à l'accusé* » ;

Que cette appréciation de fait échappe au contrôle de la Cour de cassation. » (souligné par nous) (arrêt du 23 mars 1993, cité dans l'arrêt Muller précité, p. 384, § 28)

Enfin, l'irrecevabilité d'un moyen fondé sur le caractère excessif de la durée elle-même (qui peut en réalité s'apprécier séparément de la question des motivations retenues) trouve une confirmation dans une autre jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation relative à des délais. En effet, la loi n° 96-1235 du 31 décembre 1996 a inséré certaines dispositions nouvelles dans le code de procédure pénale, dont l'article 144-1 qui vise expressément la notion de « durée raisonnable », mais aussi l'article 145-3 qui dispose que les ordonnances du juge d'instruction ordonnant le maintien en détention ou rejetant une demande de mise en liberté doivent aussi comporter, notamment, « les indications particulières qui justifient en l'espèce (...) le délai prévisible de l'achèvement de la procédure ». Nous sommes donc, à l'instar de la question qui nous occupe, en présence d'une question de « délai » qu'il convient d'apprécier et qui doit être spécialement motivée aux termes de la loi. S'agit-il pour autant d'une question de droit susceptible d'une censure par la Cour de cassation ? La réponse est *non* : l'appréciation de ce délai est « une question de pur fait qui échappe au contrôle de la Cour de cassation ». (*Cass. crim.* 28 avril 1998, pourvoi n° 98-80.754, *Recueil Dalloz-Sirey* 1998, informations rapides, p. 172).

Ainsi, nous avons la conviction de ce que l'appréciation d'un « délai », qu'il soit prévu par la Convention ou par la loi interne, échappe à la compétence de la Cour de cassation. Cela fut relevé par la Commission, laquelle a pris soin d'examiner la question de la recevabilité en sa forma-

tion plénière et n'a renvoyé l'affaire devant une chambre pour l'examen au fond qu'après sa décision – unanime – de recevabilité.

Il nous semble donc que la position adoptée par la majorité des juges se heurte à ces nombreux cas de figure dans lesquels le pourvoi en cassation ne permet pas de remédier au grief allégué. En particulier, les trois extraits de décisions de la Cour de cassation cités dans l'arrêt (voir « Le droit et la pratique internes pertinents ») ne concernent qu'une jurisprudence constante relative à l'obligation, pour les chambres d'accusation, de répondre aux moyens péremptoires, notamment ceux tirés de l'article 5 § 3 : mais cela n'emporte un contrôle de la Cour suprême ni sur le délai lui-même, ni sur l'appréciation souveraine des juges du fond.

A n'en pas douter, la présente espèce rentre dans ces cas de figure où le pourvoi est inefficace : le requérant protestait de son innocence, contestait les constatations « en fait » retenues par les juges du fond pour justifier son placement puis son maintien en détention, demandait le bénéfice de la présomption d'innocence et se plaignait de la durée de la détention « en soi » ; bref, rien qui ouvre efficacement la voie de la cassation.

ANNEXE

**AVIS DE LA COMMISSION EUROPÉENNE
DES DROITS DE L'HOMME¹**

(formulé dans le rapport de la Commission² du 16 avril 1998)

[La Commission siégeait dans la composition suivante :

MM. J.-C. GEUS, *président*
de la deuxième chambre,
M.A. NOWICKI,
GAUKUR JÖRUNDSSON,
A.Ş. GÖZÜBÜYÜK,
J.-C. SOYER,
H. DANELIUS,
M^{me} G.H. THUNE,
MM. F. MARTÍNEZ,
I. CABRAL BARRETO,
J. MUCHA,
D. ŠVÁBY,
P. LORENZEN,
E. BIELIUNAS,
E.A. ALKEMA,
A. ARABADJIEV,
et M^{me} M.-T. SCHOEFFER, *secrétaire*
de la deuxième chambre.]

1. Texte français original.

2. L'avis se réfère à des paragraphes antérieurs du rapport de la Commission, dont le texte intégral peut être obtenu au greffe de la Cour.

A. Grief déclaré recevable

37. La Commission a déclaré recevable le grief du requérant selon lequel sa détention provisoire aurait connu une durée excessive.

B. Point en litige

38. La Commission est appelée à se prononcer sur le point de savoir s'il y a eu, en l'espèce, violation de l'article 5 § 3 de la Convention.

C. Sur la violation de l'article 5 § 3 de la Convention

39. L'article 5 § 3 de la Convention dispose :

« Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1 c) du présent article (...) a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience. »

1. Période à prendre en considération

40. La période à considérer a débuté le 7 octobre 1993, date à laquelle le requérant fut placé sous mandat de dépôt, pour s'achever le 27 juin 1996, date à laquelle le requérant fut condamné. Elle s'étend donc sur deux ans, huit mois et vingt jours.

2. Caractère raisonnable de la durée de la détention provisoire

41. Le requérant considère que sa détention provisoire n'était pas justifiée pour mener l'instruction à bien.

42. Le gouvernement défendeur estime qu'il y avait des raisons plausibles de soupçonner le requérant d'avoir commis une infraction. Le Gouvernement, qui souligne la gravité des faits et l'importance des sanctions encourues, estime que la détention provisoire était justifiée au regard du risque de fuite, le requérant étant en situation d'isolement familial, de danger de répétition des infractions, de trouble à l'ordre public et de risque de pression sur les témoins et victimes.

43. La Commission rappelle qu'il incombe en premier lieu aux autorités judiciaires nationales de veiller à ce que, dans un cas donné, la durée de la détention provisoire d'un accusé ne dépasse pas la limite du raisonnable. A cette fin, il leur faut examiner toutes les circonstances de nature à révéler ou écarter l'existence d'une véritable exigence d'intérêt public justifiant, eu égard à la présomption d'innocence, une exception à la règle du respect de la liberté individuelle et en rendre compte dans

leurs décisions relatives aux demandes d'élargissement. C'est essentiellement sur la base des motifs figurant dans lesdites décisions, ainsi que des faits non controuvés indiqués par l'intéressé dans ses recours, que la Commission doit déterminer s'il y a eu ou non violation de l'article 5 § 3 de la Convention (Cour eur. DH, arrêt W. c. Suisse du 26 janvier 1993, série A n° 254-A, p. 15, § 30).

44. Quand une arrestation se fonde sur des raisons plausibles de soupçonner quelqu'un d'avoir accompli une infraction, leur persistance est une condition *sine qua non* de la régularité du maintien en détention, mais au bout d'un certain temps elle ne suffit plus ; la Commission doit alors établir si les autres motifs adoptés par les autorités judiciaires continuent à légitimer la privation de liberté. Quand ils se révèlent « pertinents » et « suffisants », elle recherche de surcroît si les autorités nationales compétentes ont apporté une « diligence particulière » à la poursuite de la procédure (arrêt W. c. Suisse précité, *ibidem*).

45. Pour rejeter les demandes de mise en liberté du requérant, les juridictions internes avancèrent les motifs suivants : le risque de fuite, le risque de renouvellement de l'infraction, le trouble à l'ordre public, la nécessité d'empêcher une pression sur les témoins.

a) Le danger de fuite

46. S'agissant du danger de fuite et de l'absence de garanties de représentation, la Commission rappelle qu'un tel danger ne s'apprécie pas uniquement sur la base de considérations touchant à la gravité de la peine encourue, mais en fonction d'un ensemble d'éléments tels que « [le] caractère de l'intéressé, (...) sa moralité, (...) son domicile, sa profession, ses ressources, ses liens familiaux, ses liens de tous ordres avec le pays où il est poursuivi, [qui] peuvent soit confirmer l'existence du danger de fuite soit le faire apparaître comme à ce point réduit qu'il ne peut justifier une détention provisoire » (Cour eur. DH, arrêt Neumeister c. Autriche du 27 juin 1968, série A n° 8, p. 39, § 10).

47. Dans le cas d'espèce, la Commission estime que ce risque ne pouvait justifier le maintien en détention du requérant pendant presque trois ans.

48. Dans la mesure où l'arrêt de la chambre d'accusation de la cour d'appel de Lyon fait essentiellement état du fait que le requérant était sans emploi, de sa personnalité violente et de la gravité des charges pour justifier le risque de fuite, il apparaît insuffisamment motivé quant aux circonstances visant à établir véritablement le danger de fuite. La Commission remarque également que les tribunaux n'ont pas examiné la question de savoir s'il existait des alternatives possibles pour assurer la représentation du requérant (voir, notamment, Cour eur. DH, arrêt Wemhoff c. Allemagne du 27 juin 1968, série A n° 7, p. 25, § 15).

b) Le danger de répétition d'infractions

49. La Commission constate que la première victime invoquait des faits commis entre 1984 et 1987, soit des faits vieux de six à neuf ans avant le dépôt de plainte et la mise en examen du requérant. Quant à la seconde victime, elle porta plainte pour des faits remontant à cinq ans.

50. La Commission relève en outre que les faits dénoncés s'inscrivaient dans un contexte particulier, à savoir des faits de viols commis sur des mineures au domicile familial, par un ascendant légitime ayant autorité sur les victimes. Or, lors de la mise en examen du requérant, les deux victimes étaient majeures, vivaient séparées de leur père, la première étant même mariée. Enfin, le requérant vivait, ainsi que le souligne le Gouvernement lui-même, dans une situation d'isolement familial.

51. En conséquence, la Commission estime, compte tenu de ce qui précède, que les décisions de rejet des demandes de mise en liberté du requérant apparaissent insuffisamment motivées pour établir véritablement l'existence d'un danger de répétition d'infractions.

c) Le trouble à l'ordre public

52. La Commission reconnaît que par leur gravité particulière et la réaction du public à leur égard, certaines infractions provoquent un trouble social justifiant, pour un certain temps, la détention provisoire. Il importe alors que les juges explicitent en quoi l'ordre public reste menacé (Cour eur. DH, arrêt Letellier c. France du 26 juin 1991, série A n° 207, p. 21, § 51 ; arrêt Kemmache c. France (n°s 1 et 2) du 27 novembre 1991, série A n° 218, p. 25, § 52 ; arrêt Tomasi c. France du 27 août 1992, série A n° 241-A, p. 36, § 91).

53. Dans la mesure où les décisions de rejet de mise en liberté du requérant ne font état d'aucune circonstance visant à établir la persistance d'une menace pour l'ordre public, ces décisions apparaissent comme insuffisamment motivées.

d) Le risque de pression sur les témoins

54. La Commission constate que les décisions internes se fondèrent sur le risque d'une pression sur les victimes et les témoins. La Commission admet qu'un risque de pression ait pu exister au début de l'instruction, mais estime qu'il s'est amoindri par la suite. En particulier, la Commission relève que le juge d'instruction estima que l'instruction lui paraissait terminée dès le 13 juillet 1994.

55. En tout état de cause, le risque de pression n'était pas suffisant pour justifier toute la durée de la détention.

e) La conduite de la procédure

56. La Commission note que l'affaire ne présentait pas une complexité particulière. Elle n'ignore pas que la célérité particulière à laquelle un accusé a droit dans l'examen de son cas ne doit pas nuire aux efforts des magistrats pour accomplir leurs tâches avec soin (voir, notamment, arrêt Tomasi précité, p. 39, § 102).

57. La Commission estime néanmoins que les impératifs de l'instruction ne suffisent pas, au bout d'une certaine période, à justifier le maintien en détention. En particulier, la Commission a déjà relevé que le juge d'instruction avait estimé que l'instruction lui paraissait terminée dès le 13 juillet 1994.

58. La Commission rappelle enfin « qu'un inculpé ne peut, en principe, être tenu pour responsable d'une prolongation de la procédure, alors qu'il se trouve en détention, sauf s'il agit abusivement ou avec outrage » (requête n° 8224/78, rapport du 5 décembre 1979, Décisions et rapports 18, p. 123, § 84).

59. Or la Commission n'aperçoit aucun élément pouvant l'amener à penser que le requérant a, en l'espèce, agi abusivement ou avec outrage lors du déroulement de l'instruction.

60. A la lumière de l'ensemble de ces considérations, la Commission estime que la détention provisoire du requérant a connu une durée excessive.

Conclusion

61. La Commission conclut, par douze voix contre trois, qu'il y a eu, en l'espèce, violation de l'article 5 § 3 de la Convention.

M.-T. SCHOEPFER
Secrétaire
de la deuxième chambre

J.-C. GEUS
Président
de la deuxième chambre

DALBAN v. ROMANIA
(*Application no. 28114/95*)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 28 SEPTEMBER 1999

SUMMARY¹**Conviction of a journalist for criminal libel****Article 10**

Freedom of expression – Conviction of a journalist for criminal libel – Freedom of the press – Protection of reputation of others – Necessary in a democratic society – Duties and responsibilities of journalists – Right of the public to receive information – Public interest – Reduced margin of appreciation of the national authorities – Critical value judgments and truth of allegations – Statements concerning management of State assets – Statements concerning public life of an elected representative of the people

Article 34

Victim – National judgment not providing adequate redress – No implied or express acknowledgment of the violation by the national authorities

*
* *

The applicant, a journalist, published articles in which he exposed a series of frauds allegedly committed by Mr G.S., the chief executive of a State-owned company, and material benefits received by Senator R.T., a politician. The applicant stated that the published information was based on Fraud Squad reports. G.S. and R.T. laid an information against the applicant; the Romanian courts convicted the applicant of criminal libel, gave him a suspended sentence of three months' imprisonment, and ordered him to pay 300,000 Romanian lei in damages to G.S. and R.T. The ban on practising his profession ordered by the trial court was set aside on appeal. With reference to G.S., the courts held that the decisions of the public prosecutor's office not to press charges against him were sufficient to establish that the statements made by the applicant were false. Despite the information submitted by the applicant, the courts found that his allegations did not in any way correspond to reality and were therefore defamatory. The applicant nevertheless continued to publish information concerning the fraud allegedly committed by G.S. and did not pay the damages awarded to the civil parties in the criminal proceedings. The applicant's statements and his conviction caused a considerable stir at national level and the Procurator-General eventually applied to the Supreme Court of Justice to have the applicant's conviction at first instance and on appeal quashed on the grounds that the offence of criminal libel had not been made out. The applicant died at this time. With respect to the applicant's conviction for libelling G.S., the Supreme Court of Justice acquitted the applicant

1. This summary by the Registry does not bind the Court.

on the ground that he had acted in good faith. With respect to the libel on R.T., however, the Supreme Court of Justice quashed the conviction and, while holding that the applicant had been rightly convicted, decided to discontinue the proceedings in view of his death.

Held

The Court noted first that the applicant's widow had a legitimate interest in obtaining a ruling that the applicant's conviction constituted a breach of the right to freedom of expression. It held that the applicant's widow had standing to continue the present proceedings in the applicant's stead.

(1) Article 34: Even if the Supreme Court's quashing of the applicant's conviction on the ground that he had acted in good faith and on the basis of official documents concerning G.S. could be seen as an acknowledgment, in substance, that the "right to freedom of expression" had been unjustifiably restricted, the Court considered that it had not provided adequate redress as required by the Court's case-law. It was neither clear nor certain that the applicant's widow would obtain any compensation whatsoever, whether through civil or through criminal proceedings. With respect to the findings in the Supreme Court's judgment on the charge relating to the libelling of R.T., they did not constitute any acknowledgment, whether explicit or implicit, on the part of the national authorities that there had been a violation of Article 10. The applicant's widow could therefore claim to be a victim for the purposes of Article 34.

(2) Article 10: The applicant's conviction had constituted "interference by public authority" with the right guaranteed by Article 10 § 1. That interference had been "prescribed by law" and had pursued the legitimate aim of "the protection of the reputation of others". On the issue whether the interference had been necessary "in a democratic society", the articles in issue had concerned a matter of public interest, namely the management of State assets and the manner in which politicians fulfilled their mandate. Thus, where, as in the instant case, questions of public interest were at issue, the national margin of appreciation was circumscribed and it would be unacceptable for a journalist to be debarred from expressing critical value judgments unless he or she could prove their truth. In the instant case there was no proof that the description of events given in the articles was totally untrue and was designed to fuel a defamation campaign against G.S. and R.T. Moreover, the applicant did not write about aspects of R.T.'s private life, but about his behaviour and attitudes in his capacity as an elected representative of the people. With respect to R.T., the national courts had held that the manner in which the applicant had expressed his opinion of that politician's practices had not reflected reality and had, therefore, been defamatory. As regards G.S., the national courts had held that the fact that the public prosecutor's office had decided that he had no case to answer was sufficient to establish that the information contained in the articles was false. The courts had reached that conclusion without examining the applicant's evidence. The Government had acknowledged that the applicant's conviction could not be considered "necessary in a democratic society". The Court took note of that and held that convicting the applicant of a criminal offence had been a disproportionate interference.

Conclusion: violation (unanimously).

(3) Article 6 § 1: Having regard to the conclusion reached in respect of the complaint brought under Article 10, the Court did not consider it necessary to examine the case under Article 6 § 1.

Conclusion: no need to examine the complaint (unanimously).

Article 41: The claims relating to alleged pecuniary damage could not be allowed, because no causal link had been established between the claims and the alleged pecuniary damage. In respect of non-pecuniary damage, however, the Court considered that the applicant and his widow had suffered such damage and that it could not be redressed by the mere finding that there had been a violation. The applicant's death, coming as it had done before the application to the Supreme Court of Justice, was a factor to be taken into account in assessing the damage to be made good. The Court therefore awarded compensation to the applicant's widow.

Case-law cited by the Court

Lingens v. Austria, judgment of 8 July 1986, Series A no. 103

Amuur v. France, judgment of 25 June 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-III

Janowski v. Poland [GC], no. 25716/94, ECHR 1999-I

Fressoz and Roire v. France [GC], no. 29183/95, ECHR 1999-I

Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway [GC], no. 21980/93, ECHR 1999-III

In the case of Dalban v. Romania,

The European Court of Human Rights, sitting, in accordance with Article 27 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”), as amended by Protocol No. 11¹, and the relevant provisions of the Rules of Court², as a Grand Chamber composed of the following judges:

Mr L. WILDHABER, *President*,

Mr A. PASTOR RIDRUEJO,

Mr L. FERRARI BRAVO,

Mr J. MAKARCZYK,

Mr P. KÜRIS,

Mr R. TÜRMEŒEN,

Mr J.-P. COSTA,

Mrs F. TULKENS,

Mrs V. STRÁŒNICKÁ,

Mr M. FISCHBACH,

Mr V. BUTKEVYCH,

Mrs H.S. GREVE,

Mr A.B. BAKA,

Mr R. MARUSTE,

Mr E. LEVITS,

Mrs S. BOTOUCCHAROVA,

Mrs R. BEŒTELIU, *ad hoc judge*,

and also of Mr P.J. MAHONEY, *Deputy Registrar*,

Having deliberated in private on 8 January, 24 June and 9 September 1999,

Delivers the following judgment, which was adopted on the last-mentioned date:

PROCEDURE

1. The case was referred to the Court, as established under former Article 19 of the Convention³, by the European Commission of Human Rights (“the Commission”) on 27 April 1998 and by Mrs Elena Dalban (the widow of the applicant, who died on 13 March 1998) on 5 May 1998, within the three-month period laid down by former Articles 32 § 1 and 47 of the Convention. It originated in an application (no. 28114/95) against Romania lodged with the Commission under former Article 25 by Mr Ionel Dalban, a Romanian national, on 20 April 1995.

Notes by the Registry

1-2. Protocol No. 11 and the Rules of Court came into force on 1 November 1998.

3. Since the entry into force of Protocol No. 11, which amended Article 19, the Court has functioned on a permanent basis.

For practical reasons, Mr Dalban will continue to be called “the applicant” in this judgment, although Mrs Dalban is now to be regarded as such (see the Ahmet Sadik v. Greece judgment of 15 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V, p. 1641, § 3).

The Commission’s request referred to former Articles 44 and 48, as amended by Protocol No. 9¹, which Romania had ratified, and to the declaration whereby Romania recognised the compulsory jurisdiction of the Court (former Article 46). The object of the request and of the applicant’s application was to obtain a decision as to whether the facts of the case disclosed a breach by the respondent State of its obligations under Article 6 § 1 and Article 10 of the Convention.

2. Mrs Dalban designated Mr I. Popa, of the Bacău Bar, as the lawyer who would represent her (Rule 31 § 1 of former Rules of Court B²). The lawyer was given leave by the then Vice-President of the Court, Mr Thór Vilhjálmsson, to use the Romanian language in the written procedure.

3. As President of the Chamber which had originally been constituted (former Article 43 of the Convention and former Rule 21) in order to deal, in particular, with procedural matters that might arise before the entry into force of Protocol No. 11, Mr Thór Vilhjálmsson, acting through the Registrar, consulted Mr A. Ciobanu-Dordea, the Agent of the Romanian Government (“the Government”), the applicant’s lawyer and Mr C. Bîrsan, the Delegate of the Commission, on the organisation of the written procedure. Pursuant to the order made in consequence, the Registrar received memorials from the Government on 30 July 1998 and the applicant on 31 August 1998.

4. After the entry into force of Protocol No. 11 on 1 November 1998 and in accordance with the provisions of Article 5 § 5 thereof, the case was referred to the Grand Chamber of the Court. The Grand Chamber included *ex officio* Mr Bîrsan, the judge elected in respect of Romania (Article 27 § 2 of the Convention and Rule 24 § 4 of the Rules of Court), Mr L. Wildhaber, the President of the Court, Mrs E. Palm, Vice-President of the Court, and Mr J.-P. Costa and Mr M. Fischbach, Vice-Presidents of Sections (Article 27 § 3 of the Convention and Rule 24 §§ 3 and 5 (a)). The other members appointed to complete the Grand Chamber were Mr A. Pastor Ridruejo, Mr G. Bonello, Mr J. Makarczyk, Mr P. Küris, Mr R. Türmen, Mrs F. Tulkens, Mrs V. Strážnická, Mr V. Butkevych, Mrs H.S. Greve, Mr A.B. Baka, Mr R. Maruste and Mrs S. Botoucharova (Rule 24 § 3 and Rule 100 § 4). Subsequently Mr Bîrsan, who had taken

Notes by the Registry

1. Protocol No. 9 came into force on 1 October 1994 and was repealed by Protocol No. 11.

2. Rules of Court B, which came into force on 2 October 1994, applied until 31 October 1998 to all cases concerning States bound by Protocol No. 9.

part in the Commission's examination of the case, withdrew from sitting in the Grand Chamber (Rule 28) and the Government appointed Mrs R. Beșteliu to sit as an *ad hoc* judge (Article 27 § 2 of the Convention and Rule 29 § 1).

5. The President decided that it was not necessary to invite the Commission to delegate one of its members to take part in the proceedings before the Grand Chamber (Rule 99).

6. After consulting the Agent of the Government and Mrs Dalban's lawyer, the Grand Chamber decided that it was not necessary to hold a hearing.

7. The Registrar received additional observations from the applicant on 16 December 1998 and from the Government on 22 December 1998. The Government requested the Court to stay the case pending a judgment from the Supreme Court of Justice, to which the Procurator-General had made an extraordinary application to have the applicant's conviction, and the appeal judgment upholding that conviction, quashed.

8. Later Mr E. Levits, substitute judge, replaced Mr Bonello, who was unable to take part in the further consideration of the case (Rule 24 § 5 (b)).

9. On 8 January 1999 the Grand Chamber decided to stay the case.

10. On 21 May 1999 the Registry received a copy of the Supreme Court of Justice's judgment of 2 March 1999 from the Government, acting through their new Agent, Mr C.-L. Popescu. At the President's request, the applicant and the Government each submitted observations on that judgment, on 6 May and 1 June 1999 respectively.

11. Subsequently Mr L. Ferrari Bravo, substitute judge, replaced Mrs Palm, who was unable to take part in the further consideration of the case (Rule 24 § 5 (b)).

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

12. Mr Ionel Dalban was a journalist who ran a local weekly magazine called *Cronica Romășcană*. He lived in the town of Roman until his death on 13 March 1998.

13. On 23 September 1992 an article by the applicant, headlined "Roman IAS defrauded of tens of millions", appeared in issue no. 90/1992 of his magazine. The article exposed a series of frauds allegedly committed by G.S., the chief executive of a State-owned agricultural company, FASTROM of Roman (previously known as the Roman IAS or State farm). Citing Fraud Squad reports as the source of his information, the applicant wrote, in particular:

“... a new fraud of incredible proportions has been discovered within the Roman company FASTROM S.A. (the former State farm), the prime suspect being a privileged member of the local communist *nomenklatura*, Mr G.S. The losses caused by him ... amount, according to Fraud Squad and other expert estimates, to over 23,000,000 lei! The fraud was committed by entering stock in the inventory of [FASTROM of Roman’s] central warehouse – stock that does not appear anywhere in the inventories of the undertakings under its control. It has been established that much of this stock was replaced by goods required by Mr G.S. and his friends and family, or exchanged for cash, which was then shared out in fraternal fashion. It makes one think of the highwaymen of old, who flouted the law both of God and of the land (*Jaf ca-n codru!*) ...

The people of Roman are asking how this could have happened. Perhaps Senator R.T., who, hitherto, has been the State representative on the board of FASTROM of Roman, will give us an explanation. He was paid hundreds of thousands of lei every month in that capacity. Now we know why – or, to put it another way, how – he has been protecting the State’s interests ...”

14. In an article in issue no. 104/1993 of the magazine, published on 6 January 1993, the applicant wrote:

“A Dacia estate car [belonging to the FASTROM company] was ‘made over’ to Senator R.T. every weekend for a year and a half to take him to and from Bacău Airport (driven by R.M.). This practice may have stopped but it has not been forgotten.”

15. G.S. and R.T. laid an information against the applicant under Article 206 of the Criminal Code on the basis that what he had written was defamatory.

16. On 24 June 1994 the Roman Court of First Instance (*judecătoria*) convicted the applicant of criminal libel, giving him a suspended sentence of three months’ imprisonment and ordering him to pay 300,000 lei (ROL) to R.T. and G.S., who were claiming damages in the same proceedings. Further, the applicant was banned from practising his profession for an indefinite period.

17. The court found that, although two criminal investigations had been held into G.S.’s conduct, the public prosecutor’s office had decided on 7 September 1990 and 10 December 1992 that he had no case to answer in relation to charges of misappropriation of corporate assets or causing harm to the public interest in the course of his duties as a civil servant (*abuzul în serviciu contra intereselor obşteşti*), an offence under Article 248 of the Criminal Code.

With regard to R.T., the court found that between June 1991 and July 1992 the salary he had received in his capacity as a member of the board of State representatives had been ROL 55,000 – not “hundreds of thousands” of lei. It also found that, under the Senate’s Standing Orders, “prefects [were to] place a means of transport and a secretary at the disposal of senators in order to facilitate the performance of their duties” and that, in a letter (ref. no. 4849/1991), the prefect’s office in the county of Neamţ had requested FASTROM of Roman to make a car available to the

office of the senator for Roman. The court concluded that the applicant's allegations did not correspond to reality.

18. The applicant appealed against this judgment. According to him, the Fraud Squad reports on the basis of which G.S. had been charged, reports by Ministry of Finance inspectors of 19 and 26 June and 18 December 1992 and statements by members of the board of directors of, and of the trade union operating within, FASTROM of Roman all contained evidence of illegal accounting operations attributed to the chief executive, G.S. According to those documents, the sums involved amounted to more than ROL 23,000,000.

19. As regards R.T., the applicant pointed to the fact that the Court of First Instance had acknowledged in its judgment of 24 June 1994 that R.T. had used a car belonging to FASTROM of Roman. He argued that his assertions concerning the salary received by R.T. had not been defamatory, despite the admitted error as to its amount.

20. In a judgment of 7 December 1994 the Neamţ County Court (*tribunalul judeţean*) decided by two votes to one to uphold the judgment of 24 June 1994 as regards both the sentence of imprisonment and the compensation order. Noting that the public prosecutor's office had decided on two occasions not to press charges against G.S., the court found – without examining the police reports produced by the applicant in support of his allegations – that those allegations did not correspond to reality. With regard to Senator R.T., the court found that his use of the car had been lawful.

However, the court did set aside the ban on the applicant working as a journalist, "because of the praiseworthy way in which he had conducted himself during the proceedings".

21. The dissenting judge, M.C., delivered a minority judgment in which he concluded:

"... Revealing the truth is a *sine qua non* if shortcomings are to be eliminated and the interests of society defended. Those interests take priority over the defence – at any price – of our reputations. As the active conscience of the nation, a journalist has both the right and the duty to question institutions and those who run them, so as to monitor whether they are working satisfactorily, whether they deserve the authority with which they have been vested and whether the prestige which surrounds them is deserved or not. No one is infallible and no one can claim to be.

It appears to me unjust to convict the journalist Ionel Dalban when all he has done is to fulfil his duty as a journalist in an objective manner, with the aim of contributing to creating a healthier moral climate in the town in which he lives and works ..."

22. Despite his conviction, the applicant continued to publish information concerning the fraud allegedly committed by G.S.

Moreover, he did not pay the damages awarded to G.S. and R.T.

23. As a result of his revelations, the Romanian parliament's Committee for the Investigation of Abuses requested the Neamţ public prosecutor's office to look into the matter.

24. A non-governmental organisation, the “Democratic League for Justice”, also took up the revelations, with the result that on 20 July 1994 the Roman public prosecutor’s office opened a new judicial investigation into G.S.’s conduct.

25. Following the applicant’s conviction, other newspapers, including the mass-circulation national daily *Adevărul*, published articles about the alleged fraud.

26. Many newspapers described the applicant’s conviction as an “attempt to intimidate” the press.

27. On 24 April 1998 the Procurator-General applied to the Supreme Court of Justice to have the applicant’s conviction at first instance and on appeal quashed on the grounds that the offence of criminal libel had not been made out.

28. In a judgment of 2 March 1999 the Supreme Court of Justice allowed the application. With regard to the applicant’s conviction for libelling G.S., it acquitted the applicant on the ground that he had acted in good faith. In respect of the libel on R.T., the court quashed the conviction and, while holding that the applicant had been rightly convicted, decided to discontinue the proceedings in view of his death.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW

29. The relevant provisions of the Criminal Code are as follows.

Article 206

“Anyone who makes any statement or allegation in public concerning a particular person which, if true, would render that person liable to a criminal, administrative or disciplinary penalty or expose them to public opprobrium, shall be liable to imprisonment for between three months and one year or to a fine.”

Article 207

“Evidence of the truth of such a statement or allegation is admissible where the statement or allegation was made in order to protect a legitimate interest. Where the truth of the statement or allegation is proved, no offence of insult or defamation will have been committed.”

30. The relevant provisions of the Code of Criminal Procedure read:

Article 385-9

“An appeal shall lie in the following circumstances:

...

(10) where the judgment does not deal either with all the charges made against the accused in the committal order, with all the evidence taken or with all applications that

are of essential importance to a party in that they may safeguard that party's rights or have an effect on the outcome of the trial;

...”

Article 504

“Anyone who has been finally convicted is entitled to compensation from the State for any loss or damage suffered where it is held in a fresh judgment against which no appeal lies that he did not commit the offence in question or that the offence was not committed.

...

A person who, at any time during the investigative or trial stage of the case, acting with clear intent and in a gravely culpable manner, hindered or sought to hinder the establishment of the truth shall not be entitled to any such compensation.

Any person designated in sub-paragraphs 1 or 2 above who was in employment at the time of his arrest shall be treated, for the purposes of all allowances and benefits linked to length or continuity of service, as if he had been continuously employed during the period of his imprisonment or penal labour.”

Article 505

“Proceedings under Article 504 for compensation for loss or damage may be brought by any person who has suffered such loss or damage or, after his death, may be brought or pursued by his dependants.

Such proceedings must be commenced within one year of the date of the final acquittal or order discontinuing the proceedings.”

PROCEEDINGS BEFORE THE COMMISSION

31. Mr Dalban applied to the Commission on 20 April 1995. Relying on Articles 6 § 1 and 10 of the Convention, he complained that he had not been given a fair trial and that his right to freedom of expression had been infringed.

32. The Commission declared the application (no. 28114/95) admissible on 9 September 1996. In its report of 22 January 1998 (former Article 31 of the Convention), it expressed the opinion that there had been a violation of Article 10 (unanimously) and that it was not necessary to examine whether there had also been a violation of Article 6 § 1 (thirty-one votes to one). The full text of the Commission's opinion is reproduced as an annex to this judgment.

FINAL SUBMISSIONS TO THE COURT

33. Mrs Dalban's lawyer asked the Court to find that there had been a violation of Article 10 of the Convention and to award his client just

satisfaction in the form of ROL 250,000,000 for pecuniary and non-pecuniary damage.

34. The Government requested the Court to strike the case out of its list since, according to them, the applicant's widow was no longer asserting a personal interest in pursuing the proceedings. In the alternative, they stated that they did not dispute that there had been a violation of Article 10 of the Convention but asked the Court to strike the case out of its list on the ground that the Supreme Court of Justice's judgment of 2 March 1999 had redressed that violation. With regard to the complaint under Article 6 § 1, the Government requested the Court to find that there had been no violation. Lastly, they submitted that Mrs Dalban's claims under Article 41 should be dismissed.

THE LAW

I. SCOPE OF THE CASE

35. In a letter of 16 December 1998 to the Court, Mr Popa complained that his office had been broken into and certain documents relating to the case stolen. He also alleged that two letters from him to the Court had been intercepted by persons unknown.

36. The Government submitted that these complaints were irrelevant "to the subject matter of the application".

37. Since the complaints in question were not raised before the Commission when the admissibility of the application was being examined, they are not part of the case referred to the Court (see, among other authorities and *mutatis mutandis*, *Janowski v. Poland* [GC], no. 25716/94, § 19, ECHR 1999-I).

II. APPLICATION TO STRIKE THE CASE OUT OF THE LIST

38. In their observations of 1 June 1999 the Government submitted that the case should be struck out of the list on the ground that the applicant's widow, in her memorial of 31 August 1998, no longer asserted (as she had in her notice of 5 May 1998 stating her intention of continuing the proceedings) a personal interest in pursuing the case, but merely referred to her late husband's interest.

39. The Court notes, first, that the applicant was convicted by the Romanian courts of libel through the press. It considers that Mr Dalban's widow has a legitimate interest in obtaining a ruling that her late husband's conviction constituted a breach of the right to freedom of expression, on which he had relied in the Commission proceedings.

Consequently, the Government's application for the case to be struck out should be dismissed. The Court holds that Mrs Dalban has standing to continue the present proceedings in the applicant's stead.

III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 10 OF THE CONVENTION

40. According to the applicant, his conviction for libel infringed his right to freedom of expression as guaranteed by Article 10 of the Convention, which provides:

"1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary."

A. Loss of "victim" status

41. The Court notes that the Supreme Court of Justice, in its judgment of 2 March 1999, allowing the Procurator-General's extraordinary application, quashed the conviction (both at first instance and on appeal) on which the applicant's complaint under Article 10 was based (see paragraph 28 above).

42. In their observations of 1 June 1999 the Government pointed to the fact that the Supreme Court of Justice had acquitted the applicant on the charge of libelling G.S. on the ground that he (the applicant) had acted in good faith. That outcome, combined with the fact that the applicant's widow could recover any loss by way of civil proceedings, constituted, according to the Government, an acknowledgment "in substance of the violation of the Convention alleged and open[ed] the way for full redress to be made within the domestic legal system". They consequently asked the Court to dismiss the application on the ground that there was no longer a "victim".

With regard to the conviction for libelling Senator R.T., the Government emphasised that the Supreme Court had quashed the two court decisions challenged by the Procurator-General "and, after fresh proceedings, ordered the prosecution to be discontinued in view of the defendant's death". The Government submitted that this had remedied the alleged violation of Article 10 and "left the matter to the discretion of the Court".

43. Mrs Dalban's lawyer described the Supreme Court's judgment as "a veritable indictment" of the late applicant and "an explicit justification of the conduct of R.T."

44. In its judgment of 25 June 1996 in the case of *Amuur v. France* the Court reiterated that "a decision or measure favourable to the applicant is not in principle sufficient to deprive him of his status as a 'victim' unless the national authorities have acknowledged, either expressly or in substance, and then afforded redress for, the breach of the Convention" (*Reports of Judgments and Decisions* 1996-III, p. 846, § 36).

In the instant case, even if the Supreme Court's quashing of the applicant's conviction on the ground that he had acted in good faith and on the basis of official documents concerning G.S. (see paragraph 28 above) could be seen as an acknowledgment, in substance, that the "right to freedom of expression" had been unjustifiably restricted, the Court considers that it did not provide adequate redress as required by the Court's case-law. In the first place, although the Government have pointed to Articles 998 and 999 of the Civil Code and Article 505 of the Code of Criminal Procedure (see paragraph 30 above), it is not clear whether, or how, Mrs Dalban would be able to obtain any compensation whatsoever. In an action under the Civil Code – which, Mrs Dalban asserted, and the Government did not dispute, would entail substantial court costs – liability depends on proof of fault. As to an action under the Code of Criminal Procedure, it would not be reasonable – after criminal proceedings ending in a conviction upheld on appeal, an extraordinary application by the Procurator-General and a judgment of the Supreme Court of Justice – to require Mrs Dalban to commence fresh proceedings whose outcome would be, to say the least, uncertain.

With regard to the finding in the judgment of 2 March 1999 on the charge relating to Senator R.T., the Court notes that the Supreme Court held that the applicant had been rightly convicted, since he had intended to cause prejudice to R.T. without verifying his information before publishing the articles (see paragraph 28 above). The decision to discontinue the proceedings was due solely to Mr Dalban's death. Clearly, this did not constitute any acknowledgment, whether explicit or implicit, on the part of the national authorities that there had been a violation of Article 10.

45. In conclusion, the Court holds that the applicant's widow may claim to be a "victim" for the purposes of Article 34 of the Convention.

B. Merits of the complaint

46. It was not disputed before the Court that the applicant's conviction constituted "interference by public authority" with the applicant's right to freedom of expression under the first paragraph of Article 10. It was likewise common ground that the interference had been "prescribed by law"

and had pursued a legitimate aim, “the protection of the reputation ... of others”, thus fulfilling two of the requirements for it to be regarded as justified under the second paragraph of Article 10. The Court, like the Commission before it, finds accordingly.

47. On the issue whether the interference was necessary “in a democratic society”, the Court reiterates its settled case-law that this depends on whether the interference complained of corresponded to a pressing social need, whether it was proportionate to the legitimate aim pursued and whether the reasons given by the national authorities to justify it are relevant and sufficient (see, among other authorities, *Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway* [GC], no. 21980/93, § 58, ECHR 1999-III). The Court’s task is not to take the place of the national courts but rather to review under Article 10, in the light of the case as a whole, the decisions they have taken pursuant to their power of appreciation (*ibid.*, § 60, and, among many other authorities, *Fressoz and Roire v. France* [GC], no. 29183/95, § 45, ECHR 1999-I).

48. The articles in issue concerned a matter of public interest: the management of State assets and the manner in which politicians fulfil their mandate. The first article provided information taken from the files of a criminal investigation carried out by the Fraud Squad into the running of FASTROM, of which G.S. was the chief executive and on whose board of directors R.T. sat as the representative of the State. The second article referred to the salary received by Senator R.T. in that capacity and his use of a vehicle put at his disposal by the company (see paragraphs 13 and 14 above).

49. One factor of particular importance for the Court’s determination of the present case is therefore the essential function the press fulfils in a democratic society. Although the press must not overstep certain bounds, in particular in respect of the reputation and rights of others and the need to prevent the disclosure of confidential information, its duty is nevertheless to impart – in a manner consistent with its obligations and responsibilities – information and ideas on all matters of public interest. In addition, the Court is mindful of the fact that journalistic freedom also covers possible recourse to a degree of exaggeration, or even provocation. In cases such as the present one, the national margin of appreciation is circumscribed by the interest of democratic society in enabling the press to exercise its rightful role of “public watchdog” in imparting information of serious public concern (see *Bladet Tromsø and Stensaas* cited above, § 59). It would be unacceptable for a journalist to be debarred from expressing critical value judgments unless he or she could prove their truth (see the *Lingens v. Austria* judgment of 8 July 1986, Series A no. 103, p. 28, § 46).

50. In the instant case the Court, like the Commission, observes that there is no proof that the description of events given in the articles was

totally untrue and was designed to fuel a defamation campaign against G.S. and Senator R.T. Mr Dalban did not write about aspects of R.T.'s private life, but about his behaviour and attitudes in his capacity as an elected representative of the people (see paragraphs 13 and 14 above). The manner in which the applicant expressed his opinion of the senator's practices and the way in which the latter was carrying out his duties as an elected representative was held by the national courts not to reflect reality and, therefore, to be defamatory. As regards G.S., the courts held that the fact that the public prosecutor's office had on two occasions decided that he had no case to answer was sufficient to establish that the information contained in the articles was false. The courts reached that conclusion without examining the evidence put forward by the applicant (see paragraphs 17 and 20 above).

51. The Government did not challenge the Commission's conclusion that, "even having regard to the duties and responsibilities incumbent on a journalist who avails himself of the right set out in Article 10 of the Convention, ... the applicant's conviction cannot be considered 'necessary in a democratic society'".

52. The Court takes notice of this and decides that, in relation to the legitimate aim pursued, convicting Mr Dalban of a criminal offence and sentencing him to imprisonment amounted to disproportionate interference with the exercise of his freedom of expression as a journalist.

Accordingly, there has been a violation of Article 10.

IV. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 § 1 OF THE CONVENTION

53. The applicant complained that he had not been given a fair trial in that the national courts had failed to deal with the evidence which he had submitted in his defence, namely the official documents on which his articles had been based (see paragraphs 17 and 20 above). He relied on Article 6 § 1 of the Convention, the relevant part of which provides:

"In the determination of ... any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair ... hearing ... by [a] ... tribunal ..."

54. The Government invited the Court to hold that there had been no violation of Article 6 § 1, on the basis that "the absence of an explicit reference to Mr Dalban's arguments" could not be construed as a failure to examine those arguments. On the contrary, the fact that the documents in question had been "placed in the file" raised a presumption that the national judges had perused the documentary evidence adduced by the applicant.

55. Having regard to the conclusion reached by it in respect of the complaint brought under Article 10 of the Convention, the Court, like the

Commission, does not consider it necessary to examine the case under Article 6 § 1 also.

V. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

56. Article 41 of the Convention provides:

“If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.”

A. Damage

57. Mrs Dalban sought an award of 250,000,000 Romanian lei in respect of non-pecuniary damage, namely loss of reputation resulting from her late husband’s conviction, and of pecuniary damage in the form of losses allegedly resulting from the closure of *Cronica Romășcană*. She stated that “this sum represent[ed] a minimal recompense, all of which [would] be used to start publishing the magazine again”, not to enrich herself personally.

58. The Government submitted, first, that no causal link between the claims and the alleged pecuniary damage had been established and, secondly, that the amount sought would in any event be excessive. As to the non-pecuniary damage, they argued that a finding that Article 10 had been violated would in itself constitute sufficient just satisfaction. With respect to the damages which the applicant had been ordered to pay, the Government, reiterating that Mrs Dalban could recover those monies by way of civil proceedings, asserted that they had never been paid.

59. The Court agrees with the Government as regards the alleged pecuniary damage. However, in respect of non-pecuniary damage, it considers that the applicant did suffer, and his widow has suffered, such damage and that this cannot be sufficiently redressed by the mere finding that there has been a violation. In this case, Mr Dalban’s death, coming as it did before the Procurator-General made the extraordinary application to the Supreme Court of Justice, is a factor to be taken into account in assessing the damage to be made good. Having regard to the high rate of inflation in Romania, the Court will express the sum to be awarded in French francs (FRF), to be converted into Romanian lei at the rate applicable at the date of settlement. It awards Mrs Dalban FRF 20,000. Lastly, with regard to the Government’s third argument, the Court confines itself to observing that Mrs Dalban did not claim reimbursement of the damages in question since they were never paid (see paragraph 22 above).

B. Costs and expenses

60. The applicant was granted legal aid by both the Commission and the Court, and his widow did not seek to be reimbursed for any additional costs or expenses.

C. Default interest

61. The Court deems it appropriate to adopt the statutory rate of interest applicable in France at the date of adoption of the present judgment, namely 3.47% per annum.

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Holds* that the applicant's widow and heir has standing to continue the present proceedings in the applicant's stead;
2. *Holds* that the applicant's widow may claim to be a "victim" for the purposes of Article 34 of the Convention;
3. *Holds* that there has been a violation of Article 10 of the Convention;
4. *Holds* that it is not necessary to examine the case under Article 6 § 1;
5. *Holds*
 - (a) that the respondent State is to pay the applicant's widow, within three months, 20,000 (twenty thousand) French francs in respect of non-pecuniary damage, to be converted into Romanian lei at the rate applicable at the date of settlement;
 - (b) that simple interest at an annual rate of 3.47% shall be payable on that sum from the expiry of the above-mentioned three months until settlement;
6. *Dismisses* the remainder of the claim for just satisfaction.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 28 September 1999.

Luzius WILDHABER
President

Paul MAHONEY
Deputy Registrar

ANNEX

**OPINION OF THE EUROPEAN COMMISSION
OF HUMAN RIGHTS¹**

(as expressed in the Commission's report² of 22 January 1998)

[The Commission was composed as follows:

Mr S. TRECHSEL, *President*,
Mr J.-C. GEUS,
Mr E. BUSUTTI,
Mr GAUKUR JÖRUNDSSON,
Mr A.Ş. GÖZÜBÜYÜK,
Mr A. WEITZEL,
Mr J.-C. SOYER,
Mr H. DANIELIUS,
Mrs G.H. THUNE,
Mr F. MARTÍNEZ,
Mr C.L. ROZAKIS,
Mrs J. LIDDY,
Mr L. LOUCAIDES,
Mr B. MARXER,
Mr M.A. NOWICKI,
Mr I. CABRAL BARRETO,
Mr B. CONFORTI,
Mr N. BRATZA,
Mr I. BÉKÉS,
Mr J. MUCHA,
Mr D. ŠVÁBY,
Mr G. RESS,
Mr A. PERENIĆ,
Mr C. BİRSAN,
Mr P. LORENZEN,
Mr K. HERNDL,
Mr E. BIELIŪNAS,
Mr E.A. ALKEMA,
Mr M. VILA AMIGÓ,
Mrs M. HION,
Mr R. NICOLINI,
Mr A. ARABADJIEV,
and Mr M. DE SALVIA, *Secretary*.]

1. Translation; original French.

2. The opinion contains some references to previous paragraphs of the Commission's report. The full text of the report may be obtained from the Registry of the Court.

A. Complaints declared admissible

36. The Commission has declared admissible the applicant's complaints:

- (a) that his right to freedom of expression was violated; and
- (b) that he was not given a fair hearing before the domestic courts.

B. Points at issue

37. The following points are at issue:

(a) whether the applicant's conviction for defamation was contrary to his right to freedom of expression within the meaning of Article 10 of the Convention; and

(b) whether the absence of any reference in the judgments convicting the applicant to his argument relating to the sources of the information published meant that he was deprived of a fair hearing under Article 6 § 1 of the Convention.

C. As regards Article 10 of the Convention

38. Article 10 of the Convention provides:

“1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers ...

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals [or] for the protection of the reputation or rights of others ...”

39. The applicant maintains that his conviction was contrary to the provisions of Article 10 of the Convention. He claims that the information which he presented in his articles was based on documents drawn up by the Fraud Squad.

40. The Government consider it unlikely that, at the time at which the applicant published his article about G.S., he was unaware of the outcome of the criminal investigation. Publishing the article after the public prosecutor's office had decided not to prosecute was defamatory and aimed to lobby the criminal investigative authorities to reopen the investigation. The Government maintain that the information published was not true and submit that the aim of convicting the applicant was to protect the reputation and rights of others.

41. The Commission considers, and it is not disputed, that the applicant's conviction for defamation represents an interference by the public authorities in the exercise of his freedom of expression within the meaning of Article 10 of the Convention.

42. The next issue is whether such an interference can be justified under paragraph 2 of Article 10. It therefore falls to be determined whether the interference was "prescribed by law", had an aim or aims that is or are legitimate under that provision and was "necessary in a democratic society" (see Eur. Court HR, *Lingens v. Austria* judgment of 8 July 1986, Series A no. 103, pp. 24-25, §§ 34-37).

43. As regards the question of lawfulness, the Commission finds that the applicant's conviction was "prescribed by law" since it was based on Article 206 of the Romanian Criminal Code.

44. The Commission also considers that it pursued a legitimate aim under Article 10 § 2 of the Convention, namely the protection of the reputation of others.

45. It remains to be determined whether it was "necessary in a democratic society" for achieving that aim.

46. In the *Handyside* judgment, the European Court of Human Rights emphasised the fundamental role played by freedom of expression in a democratic society in the following terms:

"Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of such a society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man. Subject to paragraph 2 of Article 10, it is applicable not only to 'information' or 'ideas' that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no 'democratic society'." (Eur. Court HR, *Handyside v. the United Kingdom* judgment of 7 December 1976, Series A no. 24, p. 23, § 49)

47. The Commission recalls the fundamental principles laid down in the case-law of the European Court of Human Rights as to the concept of "necessity" referred to in Article 10 of the Convention (see Eur. Court HR, judgments in the cases of *Prager and Oberschlick v. Austria* of 26 April 1995, Series A no. 313, pp. 17-18, §§ 34-35; *Schwabe v. Austria* of 28 August 1992, Series A no. 242-B, pp. 32-33, § 29; *Castells v. Spain* of 23 April 1992, Series A no. 236, pp. 22-24, §§ 42-43 and 46; *Thorgeir Thorgeirson v. Iceland* of 25 June 1992, Series A no. 239, p. 27, § 63; *Observer and Guardian v. the United Kingdom* of 26 November 1991, Series A no. 216, pp. 29-30, § 59; and *Sunday Times v. the United Kingdom* (no. 2) of 26 November 1991, Series A no. 217, pp. 28-29, § 50). These principles may be summarised as follows.

48. The adjective "necessary" implies the existence of a "pressing social need". The Contracting States have a certain margin of appreciation in assessing whether such a need exists, but it goes hand in hand with

a European supervision, embracing both the law and the decisions applying it, even those given by independent courts. Hence, the criteria applied by the national authorities must be in conformity with the major principles of freedom of expression and their assessment of the facts must be acceptable.

49. In this regard, the pre-eminent role of the press in a State governed by the rule of law must not be forgotten. Although it must not overstep the bounds set, *inter alia*, for the protection of the reputation of others, it is nevertheless incumbent on it to impart information and ideas on matters of public interest. Not only does the press have the task of imparting such information and ideas: the public also has a right to receive them. Were it otherwise, the press would be unable to play its vital role of “public watchdog”.

50. In order to assess, in the light of these principles, whether there was a sufficiently pressing social need to justify the interference with the applicant’s freedom of expression, the Commission must examine what he wrote in its proper context and having regard to the circumstances of the case.

51. The Commission recalls that the articles written by the applicant were concerned with a subject of public interest: namely, the management of State assets and the manner in which politicians fulfil their mandate. The articles provided information taken from the files of criminal investigations carried out by the Fraud Squad into the running of the company FASTROM, of which G.S. was the chief executive and on whose board of directors R.T., the senator for Neamţ, sat as the representative of the State. As regards the second article, it contained information on the salary paid to Senator R.T. in his capacity as the State representative on the board of FASTROM and on his use of a vehicle made available by FASTROM.

52. It may be that some of the factual detail in the applicant’s articles has not been confirmed. In particular, the Commission notes that the national courts found that the statement that R.T. had been paid hundreds of thousands of lei was untrue, since R.T. had in fact been paid only some tens of thousands of lei.

53. However, the Commission notes that the applicant’s criticism of Senator R.T. did not relate to his private life but to his behaviour and attitudes in his capacity as a politician *vis-à-vis* matters of general interest. The applicant used words which the national courts judged to be defamatory in order to express his opinion on the practices of elected representatives, in particular R.T., and on the manner in which the latter was carrying out his duties as a senator.

54. With regard to G.S., the courts held that the information published by the applicant was untrue since the public prosecutor’s office had decided, before the articles appeared, not to charge G.S.

55. The Commission recalls that the freedom of expression which Article 10 of the Convention is designed to guarantee is not unlimited in nature (see the Castells judgment previously cited, opinion of the Commission, p. 38, § 67). It is obvious that it does not cover the public expression of facts that are not backed by any prima facie evidence or defamatory allegations made against persons or institutions (*ibid.*). However, any interference with expression on a matter of public interest must be subjected to particularly narrow limits, so as to avoid discouraging citizens from looking critically at the manner in which public authority is exercised.

56. Moreover, even a discussion limited to an appreciation of the morality of certain acts may amount to defamation. However, the Commission cannot accept that critical value judgments may be made by the press only if their “truth” can be proven (see the Lings judgment previously cited, opinion of the Commission, p. 37, §§ 80-81).

57. In the instant case, the Commission notes that it has not been demonstrated that the factual situation described in the article was entirely untrue and simply invented for the purposes of stirring up a campaign of denigration against G.S. and R.T.

58. Moreover, the Commission recalls that journalistic freedom covers possible recourse to a degree of exaggeration or even provocation and that Article 10 protects not only the substance of the ideas and information expressed but also the form in which they are conveyed (see the Prager and Oberschlick judgment previously cited, pp. 17-18, §§ 34-35, and Eur. Court HR, *De Haes and Gijssels v. Belgium* judgment of 24 February 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I, p. 236, § 48).

59. In the present case, the courts refused to allow the applicant to adduce evidence of the truth of the statements contained in the articles – namely, the police reports on which he had based his information. The judgments convicting the applicant make no reference to the sources of the articles. On the contrary, the courts held that the fact that G.S. was not charged was sufficient to establish that the information contained in the articles was contrary to the truth.

60. In the light of the above considerations, even having regard to the duties and responsibilities incumbent on a journalist who avails himself of the right set out in Article 10 of the Convention, the Commission considers that the applicant’s conviction cannot be considered “necessary in a democratic society”.

Conclusion

61. The Commission concludes, unanimously, that there has been a violation of Article 10 of the Convention in the present case.

D. As regards Article 6 of the Convention

62. Article 6 § 1 of the Convention provides, *inter alia*, that:

“1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law ...”

63. The applicant submits that he was not given a fair hearing before the national courts, since they did not examine the documents which he submitted in his defence, namely the police documents on which the articles were based. He argues that the public prosecutor’s decisions not to prosecute cannot be regarded as irrefutable proof that G.S. and R.T. did not behave as he claimed in his articles.

64. The applicant also considers that the courts’ refusal to take into account the documents which he attempted to adduce in his defence is contrary to Article 385-9 of the Romanian Code of Criminal Procedure.

65. According to the Government, the documents which the applicant submitted in his defence show that FASTROM had suffered significant losses due to serious maladministration and mismanagement. They state that this is confirmed in a report by the relevant Romanian government monitoring authority which also points to serious negligence in the manner in which FASTROM was run.

66. The Government argue that all the documents lead to the same conclusion, namely, that the management of FASTROM was collectively responsible for the problems. In these circumstances, the Government consider that the articles, which pointed the finger at G.S. alone, were indeed contrary to the reality of the situation.

67. The Government submit that the fact that a judicial decision gives only brief reasons for its findings cannot be deemed to be a form of unfairness in proceedings. In the present case, the Romanian courts examined all the evidence submitted by the parties, including the police documents which the applicant had used as a source of information, but held that those documents were not relevant, with the result that they were not referred to in the court decisions. Hence, the lack of reference to the police documents in the judgment convicting the applicant cannot justify the conclusion that the applicant was not given a fair trial.

68. Having regard to the conclusion reached by it in relation to Article 10 of the Convention, the Commission considers it unnecessary further to examine the case under Article 6 § 1 of the Convention.

Conclusion

69. The Commission concludes, by thirty-one votes to one, that it is unnecessary to examine whether there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention in the present case.

E. Recapitulation

70. The Commission concludes, unanimously, that there has been a violation of Article 10 of the Convention in the present case (paragraph 61).

71. The Commission concludes, by thirty-one votes to one, that it is unnecessary to examine whether there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention in the present case (paragraph 69).

M. DE SALVIA
Secretary to the Commission

S. TRECHSEL
President of the Commission

DALBAN c. ROUMANIE
(*Requête n° 28114/95*)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 28 SEPTEMBRE 1999

SOMMAIRE¹**Condamnation d'un journaliste pour diffamation****Article 10**

Liberté d'expression – Condamnation d'un journaliste pour diffamation – Liberté de la presse – Protection de la réputation d'autrui – Nécessaire dans une société démocratique – Devoirs et responsabilités des journalistes – Droit pour le public de recevoir des informations – Intérêt public – Marge d'appréciation des autorités nationales réduite – Jugements de valeur critiques et réalité des allégations – Déclarations relatives à la gestion du patrimoine de l'Etat – Déclarations relatives à la vie publique d'un élu du peuple

Article 34

Victime – Arrêt national ne fournissant pas une réparation adéquate – Absence de reconnaissance implicite ou explicite de la violation par les autorités nationales

*
* *

Le requérant, journaliste, publia des articles de presse dans lesquels il dévoilait les fraudes prétendument commises par le directeur d'une entreprise d'Etat, G.S., et les avantages matériels bénéficiant à un homme politique, le sénateur R.T. Le requérant affirmait que les informations publiées reposaient sur les rapports de la section économique de la police générale. G.S. et R.T. entamèrent des poursuites contre le requérant qui fut condamné par les juridictions roumaines du chef de diffamation à trois mois de prison avec sursis, au paiement de 300 000 lei roumains de dédommagement à G.S. et R.T., l'interdiction d'exercice professionnel prononcée en première instance étant révoquée en appel. S'agissant plus précisément de G.S., les juridictions estimèrent que les non-lieux prononcés par le parquet à son égard suffisaient à établir que les déclarations du requérant étaient fausses. Malgré les données fournies par le requérant, les juridictions dénièrent à ses déclarations toute correspondance avec la réalité et, de là, les estimèrent diffamatoires. Le requérant continua néanmoins à publier des informations sur les prétendues fraudes de G.S. et ne dédommagea pas les parties civiles. Les déclarations du requérant et sa condamnation eurent un retentissement national notable et la Cour suprême de justice fut finalement saisie par le parquet d'un recours en annulation des deux décisions judiciaires au motif que les éléments constitutifs de l'infraction de diffamation faisaient défaut en l'espèce. Le requérant décéda à cette période. La Cour suprême de justice acquitta le requérant du chef de diffamation à l'égard de G.S., estimant qu'il avait agi de bonne foi. En revanche, s'agissant de la diffamation à l'égard de R.T., la juridiction suprême cassa les deux

1. Rédigé par le greffe, il ne lie pas la Cour.

jugements litigieux et, tout en considérant juste la condamnation du requérant, prononça l'arrêt des poursuites en raison du décès de celui-ci.

Au préalable, la Cour note que la veuve du requérant a un intérêt légitime à faire constater que la condamnation du requérant a eu lieu en méconnaissance du droit à la liberté d'expression. Elle reconnaît donc à la veuve du requérant la qualité pour se substituer au requérant en l'espèce.

1. Article 34 : même si l'arrêt de la Cour suprême de justice, cassant les jugements attaqués au motif que le requérant avait agi de bonne foi sur la base des documents officiels relatifs à G.S., pourrait passer pour une reconnaissance en substance de la restriction injustifiée du « droit à la liberté d'expression », la Cour estime que ledit arrêt ne fournit pas une réparation adéquate au sens de sa jurisprudence. Il n'est en effet ni clair ni certain que la veuve du requérant obtienne une quelconque réparation et ce, par la voie tant civile que pénale. S'agissant des conclusions de l'arrêt de la Cour suprême quant à la diffamation à l'égard de R.T., elles ne témoignent d'aucune reconnaissance explicite ou implicite par les autorités nationales de la violation de l'article 10. La veuve du requérant peut donc se prétendre victime au sens de l'article 34.

2. Article 10 : la condamnation litigieuse constituait une « ingérence d'une autorité publique » dans le droit garanti par l'article 10 § 1. Cette ingérence était « prévue par la loi » et poursuivait le but légitime de « protection de la réputation d'autrui ». Sur la question de savoir si l'ingérence était « nécessaire dans une société démocratique », les articles incriminés portaient sur un sujet d'intérêt public, à savoir, la gestion du patrimoine d'Etat et la manière dont les hommes politiques remplissent leur mandat. Ainsi, lorsque, comme en l'espèce, des questions d'intérêt général sont en cause, la marge d'appréciation des autorités nationales se trouve circonscrite et il ne saurait être admis qu'un journaliste ne puisse formuler des jugements de valeur critiques qu'à la condition de pouvoir en démontrer la vérité. En l'occurrence, rien ne prouve que les faits décrits dans les articles étaient totalement faux et servaient à alimenter une campagne diffamatoire contre G.S. et R.T. Par ailleurs, les écrits du requérant ne portaient pas sur des aspects de la vie privée de R.T. mais sur ses comportements et attitudes en tant qu'élu du peuple. S'agissant de R.T., les juridictions nationales ont considéré que les formules utilisées par le requérant pour exprimer son avis sur les pratiques de cet homme politique ne correspondaient pas à la réalité et, de là, étaient diffamatoires. En ce qui concerne G.S., les juges nationaux ont estimé que les non-lieux prononcés par le parquet suffisaient à établir que les informations contenues dans les articles étaient fausses, et cela sans avoir examiné les preuves du requérant. Le Gouvernement reconnaît que la condamnation du requérant ne peut être considérée comme nécessaire dans une société démocratique. La Cour en prend note et estime l'ingérence réalisée par la condamnation pénale du requérant disproportionnée.

Conclusion : violation (unanimité).

3. Article 6 § 1 : eu égard à la conclusion relative au grief tiré de l'article 10, la Cour n'estime pas nécessaire de se placer sur le terrain de l'article 6 § 1.

Conclusion : non-lieu à examen (unanimité).

Article 41 : les prétentions relatives au préjudice matériel ne sauraient être accueillies en raison du défaut de lien de causalité entre les prétentions et le dommage matériel allégué. En revanche, s'agissant du préjudice moral, la Cour

considère que le requérant et sa veuve ont subi un dommage tel que le simple constat de violation ne saurait le compenser. Le décès du requérant avant le pourvoi est d'ailleurs un élément pertinent pour l'évaluation du préjudice à réparer. Elle octroie donc une réparation à la veuve du requérant.

Jurisprudence citée par la Cour

Lingens c. Autriche, arrêt du 8 juillet 1986, série A n° 103

Amuur c. France, arrêt du 25 juin 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III

Janowski c. Pologne [GC], n° 25716/94, CEDH 1999-I

Fressoz et Roire c. France [GC], n° 29183/95, CEDH 1999-I

Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège [GC], n° 21980/93, CEDH 1999-III

En l'affaire Dalban c. Roumanie,

La Cour européenne des Droits de l'Homme, constituée, conformément à l'article 27 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (« la Convention ») telle qu'amendée par le Protocole n° 11¹, et aux clauses pertinentes de son règlement², en une Grande Chambre composée des juges dont le nom suit :

MM. L. WILDHABER, *président*,

A. PASTOR RIDRUEJO,

L. FERRARI BRAVO,

J. MAKARCZYK,

P. KÜRS,

R. TÜRMEN,

J.-P. COSTA,

M^{mes} F. TULKENS,

V. STRÁŽNICKÀ,

MM. M. FISCHBACH,

V. BUTKEVYCH,

M^{me} H.S. GREVE,

MM. A.B. BAKA,

R. MARUSTE,

E. LEVITS,

M^{mes} S. BOTOCHAROVA,

R. BEȘTELIU, *juge ad hoc*,

ainsi que de M. P.J. MAHONEY, *greffier adjoint*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 8 janvier, 24 juin et 9 septembre 1999,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date :

PROCÉDURE

1. L'affaire a été déférée à la Cour, telle qu'établie en vertu de l'ancien article 19 de la Convention³, par la Commission européenne des Droits de l'Homme (« la Commission ») le 27 avril 1998 puis le 5 mai 1998, par M^{me} Elena Dalban, la veuve du requérant décédé le 13 mars 1998, dans le délai de trois mois qu'ouvraient les anciens articles 32 § 1. et 47 de la Convention. A son origine se trouve une requête (n° 28114/95) dirigée contre la Roumanie et dont un ressortissant de cet Etat, M. Ionel Dalban, avait saisi la Commission le 20 avril 1995 en vertu de l'ancien article 25.

Notes du greffe

1-2. Entré en vigueur le 1^{er} novembre 1998.

3. Depuis l'entrée en vigueur du Protocole n° 11, qui a amendé cette disposition, la Cour fonctionne de manière permanente.

Pour des raisons d'ordre pratique, le présent arrêt continuera d'appeler M. Dalban le « requérant », bien qu'il faille aujourd'hui attribuer cette qualité à M^{me} Dalban (arrêt Ahmet Sadık c. Grèce du 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V, p. 1641, § 3).

La demande de la Commission renvoie aux anciens articles 44 et 48 tels qu'amendés par le Protocole n° 9¹, que la Roumanie avait ratifié, ainsi qu'à la déclaration roumaine reconnaissant la juridiction obligatoire de la Cour (ancien article 46). Ladite demande et la requête du requérant ont pour objet d'obtenir une décision sur le point de savoir si les faits de la cause révélaient un manquement de l'Etat défendeur aux exigences des articles 6 § 1 et 10 de la Convention.

2. M^{me} Dalban a désigné pour la représenter (article 31 § 1 du règlement B²) M^r I. Popa, avocat au barreau de Bacău, que M. Thór Vilhjálmsson, vice-président de la Cour à l'époque, a autorisé à utiliser la langue roumaine dans la procédure écrite.

3. En sa qualité de président de la chambre initialement constituée (ancien article 43 de la Convention et article 21 du règlement B) pour connaître notamment des questions de procédure pouvant se poser avant l'entrée en vigueur du Protocole n° 11, M. Thór Vilhjálmsson a consulté, par l'intermédiaire du greffier, M. A. Ciobanu-Dordea, agent du gouvernement roumain (« le Gouvernement »), le conseil du requérant et M. C. Bîrsan, délégué de la Commission, au sujet de l'organisation de la procédure écrite. Conformément à l'ordonnance rendue en conséquence, le greffier avait reçu les mémoires du Gouvernement et du requérant les 30 juillet et 31 août 1998 respectivement.

4. A la suite de l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 le 1^{er} novembre 1998, l'examen de l'affaire a été confié, en application des articles 5 § 5 dudit Protocole, à la Grande Chambre de la Cour. Cette Grande Chambre comprenait de plein droit M. Bîrsan, juge élu au titre de la Roumanie (articles 27 § 2 de la Convention et 24 § 4 du règlement), M. L. Wildhaber, président de la Cour, M^{me} E. Palm, vice-présidente de la Cour, M. J.-P. Costa et M. M. Fischbach, tous deux vice-présidents de section (articles 27 § 3 de la Convention et 24 §§ 3 et 5 a) du règlement). Ont en outre été désignés pour compléter la Grande Chambre : M. A. Pastor Ridruejo, M. G. Bonello, M. J. Makarczyk, M. P. Küris, M. R. Türmen, M^{me} F. Tulkens, M^{me} V. Strážnická, M. V. Butkevych, M^{me} H.S. Greve, M. A.B. Baka, M. R. Maruste et M^{me} S. Botoucharova (articles 24 § 3 et 100 § 4 du règlement). Ultérieurement, M. Bîrsan, ayant participé à l'examen de l'affaire par la Commission, s'est déporté de la Grande Chambre

Notes du greffe

1. Entré en vigueur le 1^{er} octobre 1994, le Protocole n° 9 a été abrogé par le Protocole n° 11.
2. Le règlement B, entré en vigueur le 2 octobre 1994, s'est appliqué jusqu'au 31 octobre 1998 à toutes les affaires concernant les Etats liés par le Protocole n° 9.

(article 28 du règlement). Par la suite, le Gouvernement a désigné M^{me} R. Beșteliu pour siéger en qualité de juge *ad hoc* (articles 27 § 2 de la Convention et 29 § 1 du règlement).

5. Le président a décidé qu'il n'y avait pas lieu en l'espèce d'inviter la Commission à désigner un délégué (article 99 du règlement).

6. Après avoir consulté l'agent du Gouvernement et le conseil de M^{me} Dalban, la Grande Chambre a décidé qu'il n'y avait pas lieu de tenir une audience.

7. Les 16 et 22 décembre 1998 respectivement, le greffier a reçu les observations complémentaires du requérant et du Gouvernement. Ce dernier priait la Cour de surseoir à statuer en attendant l'arrêt de la Cour suprême de justice sur le recours extraordinaire introduit par le parquet afin d'obtenir l'annulation des deux jugements condamnant le requérant.

8. Par la suite, M. E. Levits, suppléant, a remplacé M. Bonello, empêché (article 24 § 5 b) du règlement).

9. Le 8 janvier 1999, la Grande Chambre a décidé de suspendre l'examen de l'affaire.

10. Le 21 mai 1999, le Gouvernement, par l'intermédiaire de son nouvel agent, M. C.-L. Popescu, a fait parvenir au greffe le texte de l'arrêt de la Cour suprême de justice du 2 mars 1999. Les 6 mai et 1^{er} juin 1999 respectivement, le requérant et le Gouvernement ont déposé, à la demande du président, leurs commentaires sur ledit arrêt.

11. Ultérieurement, M. L. Ferrari Bravo, suppléant, a remplacé M^{me} Palm, empêchée (article 24 § 5 b) du règlement).

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

12. Journaliste et directeur du magazine hebdomadaire local *Cronica Româșcană*, M. Ionel Dalban habitait Roman jusqu'à son décès, survenu le 13 mars 1998.

13. Le 23 septembre 1992, le requérant publia dans le numéro 90/1992 dudit magazine un article, intitulé « Des dizaines de millions fraudés à IAS de Roman », dévoilant les fraudes prétendument commises par le directeur de l'entreprise agricole d'Etat FASTROM (ex-IAS) de Roman, G.S. En citant des rapports de la section économique de la police générale, il écrivit notamment :

« (...) une nouvelle fraude ayant des proportions incroyables a été découverte à FASTROM S.A. Roman, l'ex-IAS (entreprise agricole d'Etat), avec au premier plan un privilégié de la nomenklatura communiste locale, Monsieur G.S. Les dégâts qu'il a causés (...) s'élèvent, selon les estimations de la police économique et d'autres experts, à plus de 23 millions de lei ! La fraude consiste dans l'enregistrement de marchandises dans l'inventaire du dépôt central [de FASTROM Roman], marchandises qui sont

introuvables dans les inventaires des entreprises subordonnées. Il a été établi que beaucoup de ces marchandises ont été remplacées par des marchandises dont avaient besoin Monsieur G.S. et ses proches, ou bien ont été échangées en lei partagés ensuite d'une manière fraternelle. Voilà des agissements qui rappellent les bandits de grand chemin, sans foi ni loi (*Jaf ca-n codru*) ! (...)

L'opinion publique de Roman se demande comment cela a été possible. Peut-être que Monsieur le sénateur R.T., qui, jusqu'à présent (...), a été le représentant de l'Etat au sein de l'entreprise FASTROM Roman, nous donnera des éclaircissements. En cette qualité il a reçu comme traitement, chaque mois, des centaines de milliers de lei. Pour quelles raisons ou autrement dit comment il a défendu les intérêts de l'Etat, on a bien vu (...)

14. Le 6 janvier 1993, le requérant publia (dans le numéro 104/1993 du magazine) un article dans lequel on pouvait lire :

« Une Dacia break [appartenant à la société FASTROM] a été « acquise » pendant un an et demi par le sénateur R.T., de vendredi jusqu'à lundi, pour l'amener et le ramener de l'aéroport de Bacău (chauffeur R.M.), histoire déjà finie, mais pas oubliée encore. »

15. Estimant ces propos diffamatoires, G.S. et R.T. engagèrent des poursuites à l'encontre de M. Dalban en invoquant l'article 206 du code pénal (CP).

16. Le 24 juin 1994, le tribunal de première instance (*juducătoria*) de Roman condamna le requérant du chef de diffamation à trois mois de prison avec sursis et au paiement de 300 000 lei (ROL) aux parties civiles R.T. et G.S. En outre, le requérant se vit interdire l'exercice de la profession pour une période indéterminée.

17. Selon le tribunal, bien que G.S. eût fait l'objet de deux enquêtes pénales, le parquet avait prononcé les 7 septembre 1990 et 10 décembre 1992 des non-lieux quant aux infractions d'abus de biens sociaux et d'agissements d'un fonctionnaire ayant causé un préjudice aux intérêts publics (*abuzul în serviciu contra intereselor obşteşti*) (article 248 CP).

En ce qui concerne R.T., le tribunal constata que, en sa qualité de membre du Conseil des représentants de l'Etat, il avait reçu un traitement de 55 000 ROL entre juin 1991 et juillet 1992, et non pas des « centaines de milliers » de lei ; en outre, qu'aux termes du règlement intérieur du Sénat, « les préfetures, pour l'exercice des activités sénatoriales, mettront à la disposition des sénateurs un moyen de transport et une secrétaire » et que, dans une lettre n° 4849/1991, la Préfecture du département de Neamţ avait demandé à la direction de l'entreprise FASTROM Roman de mettre une voiture à la disposition du Bureau sénatorial de Roman. Les juges conclurent que les affirmations du requérant ne correspondaient pas à la réalité.

18. Le requérant interjeta appel. Selon lui, les rapports de la section économique de la police à l'origine de l'inculpation de G.S., les procès-verbaux dressés par des inspecteurs financiers respectivement les 19 juin, 26 juin et 18 décembre 1992, ainsi que les déclarations des membres du

conseil d'administration et du syndicat de la société FASTROM Roman faisaient état d'opérations comptables illégales attribuées à G.S., directeur de la société. Les sommes en jeu s'élevaient, selon ces documents, à plus de 23 millions ROL.

19. Quant à R.T., le requérant fit valoir que le tribunal de première instance avait reconnu dans le jugement du 24 juin 1994 qu'il utilisait une voiture de la société FASTROM Roman. Au sujet de l'affirmation relative au traitement reçu par R.T., M. Dalban nia tout caractère diffamatoire, malgré l'erreur avouée portant sur le montant du traitement.

20. Par un arrêt du 7 décembre 1994, le tribunal départemental (*tribunalul județean*) de Neamț maintint, par deux voix contre une, la peine de prison et les dommages accordés aux parties civiles en première instance. Constatant que G.S. avait bénéficié de deux non-lieux, la juridiction considéra, sans examiner les rapports de police fournis par le requérant pour justifier ses affirmations, que celles-ci ne correspondaient pas à la réalité. Quant au sénateur, le tribunal reconnut que l'utilisation de la voiture était légale.

L'interdiction d'exercer le métier de journaliste fut en revanche révoquée « en raison du comportement positif du requérant ».

21. Le juge dissident, M.C., conclut ainsi dans son opinion :

« (...) Dévoiler la vérité est une condition *sine qua non* pour éloigner les insuffisances et défendre les intérêts de la société. Ces intérêts sont prioritaires par rapport à la défense – à tout prix – de nos réputations. Conscience éveillée de la cité, le journaliste a le droit et l'obligation de mettre en débat les institutions et leurs hommes, afin de contrôler si leur travail est satisfaisant, s'ils justifient le mandat dont ils ont été investis et si le prestige qui les entoure est authentique ou faux. Personne n'est infaillible et ne peut prétendre l'être.

Il me semble injuste de condamner le journaliste Ionel Dalban, tant que celui-ci n'a fait que remplir son devoir de journaliste d'une manière objective, désireux de contribuer à assainir le climat moral de la ville dans laquelle il vit et travaille (...) »

22. Malgré cette condamnation, le requérant continua à publier des informations concernant la fraude prétendument commise par G.S.

Par ailleurs, le requérant ne procéda pas au paiement des dommages aux parties civiles.

23. A la suite de ces révélations, la commission d'enquête des abus du Parlement roumain saisit le parquet de Neamț.

24. D'autre part, l'organisation non gouvernementale « La Ligue démocratique pour la justice » reprit ces révélations, de sorte que le parquet de Roman ouvrit le 20 juillet 1994 une nouvelle information judiciaire contre G.S.

25. Après la condamnation du requérant, d'autres journaux, dont le quotidien national de grand tirage *Adevărul*, publièrent des articles sur le même sujet.

26. De nombreux journaux considérèrent la condamnation du requérant comme une « tentative d'intimidation » de la presse.

27. Le 24 avril 1998, le parquet a saisi la Cour suprême de justice d'un recours en annulation des deux décisions judiciaires litigieuses au motif que les éléments constitutifs de l'infraction de diffamation faisaient défaut en l'espèce.

28. Par un arrêt du 2 mars 1999, la haute juridiction a accueilli ledit recours. En ce qui concerne la condamnation pour diffamation à l'égard de G.S., elle a acquitté le requérant estimant qu'il avait agi de bonne foi. Quant à la diffamation relative à R.T., la cour a cassé les deux jugements litigieux, et tout en considérant juste la condamnation de M. Dalban, a prononcé l'arrêt des poursuites en raison du décès de celui-ci.

II. ÉLÉMENTS DE DROIT INTERNE

29. Les dispositions pertinentes du code pénal se lisent ainsi :

Article 206

« L'affirmation ou l'imputation en public d'un certain fait concernant une personne, fait qui, s'il était vrai, exposerait cette personne à une sanction pénale, administrative ou disciplinaire, ou au mépris public, sera punie d'emprisonnement de trois mois à un an ou d'une amende. »

Article 207

« La preuve de la vérité des affirmations ou des imputations peut être accueillie si l'affirmation ou l'imputation ont été commises pour la défense d'un intérêt légitime. Les agissements au sujet desquels la preuve de la vérité a été faite ne constituent pas l'infraction d'insulte ou de diffamation. »

30. Les dispositions pertinentes du code de procédure pénale se lisent ainsi :

Article 385-9

« L'appel peut être interjeté dans les cas suivants :

(...)

(10) lorsque le tribunal ne s'est pas prononcé soit sur un fait retenu à la charge de l'inculpé dans l'ordonnance de renvoi, soit sur certaines preuves administrées, soit sur certaines demandes essentielles pour les parties, qui pourraient garantir leurs droits ou influencer sur l'issue du procès ;

(...) »

Article 504

« Toute personne ayant fait l'objet d'une décision de condamnation définitive bénéficie de la part de l'État au droit à la réparation du préjudice subi si, à la suite d'un nou-

veau jugement de la cause, il est établi par décision définitive que la personne n'a pas commis le fait imputé ou que ce fait n'existe pas.

(...)

Sera exceptée du droit à la réparation du préjudice la personne qui, pendant la période de l'instruction ou du jugement, avec intention manifeste et par suite de faute grave, a empêché ou tenté d'empêcher l'établissement de la vérité.

Les personnes désignées aux alinéas 1 et 2 qui, avant leur arrestation, occupaient un emploi, auront droit dans le calcul de l'ancienneté et de la continuité de leur travail à ce que soit prise en compte la période d'emprisonnement ou du travail correctionnel. »

Article 505

« L'action en réparation du préjudice peut être intentée par la personne ayant subi le préjudice, conformément à l'article 504, et, après son décès, peut être poursuivie ou intentée par les personnes qui se trouvaient à sa charge.

L'action peut être démarrée dans un délai d'un an à partir de la date de la décision définitive d'acquiescement ou de la date de l'ordonnance d'arrêt des poursuites. »

PROCÉDURE DEVANT LA COMMISSION

31. M. Dalban avait saisi la Commission le 20 avril 1995. Invoquant les articles 6 § 1 et 10 de la Convention, il se plaignait du caractère inéquitable de son procès et d'une atteinte à son droit à la liberté d'expression.

32. La Commission a retenu la requête (n° 28114/95) le 9 septembre 1996. Dans son rapport du 22 janvier 1998 (ancien article 31 de la Convention), elle conclut à l'unanimité qu'il y a eu violation de l'article 10 et qu'il n'y a pas lieu d'examiner en l'espèce s'il y a eu violation de l'article 6 § 1 (trente et une voix contre une). Le texte intégral de son avis figure en annexe au présent arrêt.

CONCLUSIONS PRÉSENTÉES À LA COUR

33. Le conseil de M^{me} Dalban invite la Cour à constater la violation de l'article 10 de la Convention et à allouer à sa cliente une satisfaction équitable de 250 000 000 ROL pour dommage matériel et moral.

34. Le Gouvernement prie la Cour, à titre principal, de rayer l'affaire du rôle, la veuve du requérant n'invoquant plus, selon lui, un intérêt personnel en la poursuite de la procédure. Subsidièrement, il ne conteste pas qu'il y a eu violation de l'article 10 de la Convention, mais invite la Cour à rayer l'affaire au motif que l'arrêt de la Cour suprême de justice du 2 mars 1999 aurait réparé ladite violation. Quant au grief tiré de l'article 6 § 1, le Gouvernement demande à la Cour de juger que cette disposition n'a pas

été méconnue. Il préconise enfin le rejet des prétentions présentées par M^{me} Dalban en vertu de l'article 41.

EN DROIT

I. SUR L'OBJET DU LITIGE

35. Dans une lettre du 16 décembre 1998 adressée à la Cour, M^r Popa a dénoncé une violation de son cabinet d'avocat et le vol de certains documents relatifs à l'affaire en question ainsi que l'interception par des inconnus de deux lettres à la Cour.

36. Le Gouvernement souligne le défaut de pertinence de ces griefs « par rapport à l'objet de la requête (...) ».

37. Ces griefs n'ayant pas été soulevés au stade de la recevabilité devant la Commission, ils ne sauraient relever du litige dont la Cour est saisie (voir notamment, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Janowski c. Pologne* [GC], n^o 25716/94, § 19, CEDH 1999-I).

II. SUR LA DEMANDE DE RADIATION DU RÔLE

38. Dans ses observations du 1^{er} juin 1999 adressées à la Cour, le Gouvernement préconise la radiation du rôle de l'affaire au motif que la veuve du requérant, dans son mémoire du 31 août 1998, n'invoquerait plus, comme c'était le cas dans sa requête du 5 mai 1998, un intérêt personnel dans la poursuite de la procédure, mais se référerait à l'intérêt de son défunt époux.

39. La Cour constate, d'abord, que le requérant fut condamné par les tribunaux roumains pour diffamation par voie de presse. Elle estime que la veuve de M. Dalban a un intérêt légitime à faire constater que la condamnation de ce dernier a eu lieu en méconnaissance du droit à la liberté d'expression invoqué par celui-ci devant la Commission.

Par conséquent, la demande du Gouvernement visant la radiation du rôle de l'affaire doit être rejetée. La Cour reconnaît à M^{me} Dalban qualité pour se substituer désormais au requérant en l'espèce.

III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 10 DE LA CONVENTION

40. Selon le requérant, sa condamnation pour diffamation a porté atteinte à son droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 de la Convention, dont le texte est ainsi libellé :

« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

A. Sur la perte de qualité de « victime »

41. La Cour note tout d'abord que l'arrêt de la Cour suprême de justice du 2 mars 1999, accueillant le pourvoi extraordinaire du parquet, a annulé les deux jugements de condamnation à l'origine du grief tiré de l'article 10 (paragraphe 28 ci-dessus).

42. Dans ses observations du 1^{er} juin 1999, le Gouvernement soutient qu'en ce qui concerne la condamnation du requérant pour diffamation de G.S., la haute juridiction a prononcé un acquittement estimant que M. Dalban avait agi de bonne foi. Cette conclusion, cumulée avec la possibilité pour la veuve de récupérer par la voie judiciaire civile les dommages prétendument subis, constitue, selon le Gouvernement, une reconnaissance « en substance de l'éventuelle violation de la Convention et permet pleinement la réparation dans l'ordre juridique interne ». Il invite par conséquent la Cour à rejeter la requête pour perte de la qualité de « victime ».

Quant à la condamnation pour diffamation du sénateur R.T., le Gouvernement souligne que la Cour suprême a cassé les deux décisions objet du pourvoi du parquet « et, après un nouveau jugement, [elle] a prononcé le non-lieu suite au décès de l'inculpé ». Considérant qu'il a ainsi été porté remède à la violation alléguée de l'article 10, le Gouvernement « s'en remet à la sagesse de la Cour ».

43. Le conseil de M^{me} Dalban juge l'arrêt de la Cour suprême comme « un vrai réquisitoire à l'adresse » du défunt requérant et « une apologie explicite de R.T. ».

44. Dans son arrêt *Amuur c. France* du 25 juin 1996, la Cour a réaffirmé qu'« une décision ou une mesure favorable au requérant ne suffit en principe à lui retirer la qualité de « victime » que si les autorités nationales ont reconnu, explicitement ou en substance, puis réparé la violation de la Convention » (*Recueil des arrêts et décisions* 1996-III, p. 846, § 36).

En l'occurrence, même si l'arrêt de la Cour suprême de justice, cassant les jugements attaqués au motif que le requérant avait agi de bonne foi

sur la base de documents officiels relatifs à G.S. (paragraphe 28 ci-dessus), pourrait passer pour une reconnaissance en substance de la restriction injustifiée du « droit à la liberté d'expression », la Cour estime que ledit arrêt ne fournit pas une réparation adéquate au sens de sa jurisprudence. En effet, d'une part, bien que le Gouvernement cite les articles 998 et 999 du code civil et 505 du code de procédure pénale (paragraphe 30 ci-dessus), il n'est pas clair si et par quel moyen M^{me} Dalban pourra obtenir un quelconque dédommagement. La voie ouverte par le code civil – pour laquelle, comme l'affirme M^{me} Dalban non contredite par le Gouvernement, il y a lieu de payer une taxe judiciaire élevée – exige l'existence d'une faute pour que la responsabilité civile soit engagée. Quant à la voie prévue par le code de procédure pénale, il ne serait pas raisonnable d'exiger qu'après des poursuites pénales ayant abouti à une condamnation confirmée en appel, un pourvoi extraordinaire du parquet et un arrêt de la Cour suprême de justice, M^{me} Dalban entreprenne maintenant une nouvelle procédure à l'issue pour le moins incertaine.

Au sujet de la conclusion relative au sénateur R.T. contenue dans la décision du 2 mars 1999, la Cour note que la Cour suprême de justice a considéré comme juste la condamnation du requérant, car celui-ci avait agi dans le but de porter préjudice sans vérifier ses informations avant la parution des articles incriminés (paragraphe 28 ci-dessus). L'arrêt des poursuites n'a été prononcé qu'en raison du décès de M. Dalban. A l'évidence il n'y a là aucune reconnaissance explicite ou implicite des autorités nationales de la violation de l'article 10.

45. En conclusion, la Cour estime que la veuve du requérant peut se prétendre « victime » au sens de l'article 34 de la Convention.

B. Sur le fond du grief

46. Nul ne conteste devant la Cour que la condamnation litigieuse constituait une « ingérence d'une autorité publique » dans le droit du requérant à la liberté d'expression garantie par le premier paragraphe de l'article 10. Il n'a pas davantage prêté à controverse que l'ingérence était « prévue par la loi » et poursuivait un but légitime, « la protection de la réputation (...) d'autrui », et remplissait donc deux des conditions permettant de considérer l'ingérence comme justifiée au regard du second paragraphe de l'article 10. La Cour, comme déjà la Commission, conclut de même sur ces questions.

47. Quant au point de savoir si l'ingérence était nécessaire « dans une société démocratique », la Cour rappelle que selon sa jurisprudence constante, il y a lieu de déterminer si l'ingérence incriminée correspondait à un besoin social impérieux, si elle était proportionnée au but légitime poursuivi, si les motifs fournis par les autorités nationales pour la justifier

sont pertinents et suffisants (voir, entre autres, l'arrêt *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège* [GC], n° 21980/93, § 58, CEDH 1999-III). Elle n'a pas pour tâche de se substituer aux juridictions nationales, mais de vérifier sous l'angle de l'article 10, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation (*ibidem*, § 60, et, parmi beaucoup d'autres, arrêt *Fressoz et Roire c. France* [GC], n° 29183/95, § 45, CEDH 1999-I).

48. Les articles incriminés portaient sur un sujet d'intérêt public : la gestion du patrimoine d'Etat et la manière dont les hommes politiques remplissent leur mandat. Le premier article fournissait des informations tirées des dossiers d'enquête pénale de la section économique de la police, mettant en cause la gestion de l'entreprise FASTROM, dont G.S. était directeur et R.T. le représentant de l'Etat au sein du conseil d'administration. Le deuxième mentionnait les traitements perçus à ce titre par le sénateur R.T. et l'utilisation d'une voiture mise à sa disposition par la société (paragraphe 13 et 14 ci-dessus).

49. Pour se prononcer en l'espèce, la Cour doit donc tenir compte d'un élément particulièrement important : le rôle essentiel que joue la presse dans une société démocratique. Si la presse ne doit pas franchir certaines limites, notamment quant à la réputation et aux droits d'autrui et à la nécessité d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles, il lui incombe néanmoins de communiquer, dans le respect de ses devoirs et de ses responsabilités, des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt général. En outre, la Cour est consciente de ce que la liberté journalistique comprend aussi le recours possible à une certaine dose d'exagération, voire même de provocation. Dans des affaires comme celle-ci, la marge d'appréciation des autorités nationales se trouve circonscrite par l'intérêt d'une société démocratique à permettre à la presse de jouer son rôle indispensable de « chien de garde » et son aptitude à fournir des informations sur des questions sérieuses d'intérêt général (arrêt *Bladet Tromsø et Stensaas* précité, § 59). On ne saurait en effet admettre qu'un journaliste ne puisse formuler des jugements de valeur critiques qu'à la condition de pouvoir en démontrer la vérité (arrêt *Lingens c. Autriche* du 8 juillet 1986, série A n° 103, p. 28, § 46).

50. En l'occurrence, la Cour observe, avec la Commission, que rien ne prouve que les faits décrits dans les articles étaient totalement faux et servaient à alimenter une campagne diffamatoire à l'égard de G.S. et du sénateur R.T. Les écrits de M. Dalban ne portaient pas sur des aspects de la vie privée de R.T., mais sur ses comportements et attitudes en tant qu'élus du peuple (paragraphe 13 et 14 ci-dessus). Les formules utilisées par le requérant pour exprimer son avis sur les pratiques dudit sénateur et sur sa manière de remplir son mandat d'élu ont été considérées comme non correspondantes à la réalité et donc diffamatoires par les juges nationaux. En ce qui concerne G.S., ceux-ci ont estimé que les non-lieux

prononcés par le parquet suffisaient à établir que les informations contenues dans les articles étaient fausses et cela sans avoir auparavant examiné les preuves fournies par le requérant (paragraphes 17 et 20 ci-dessus).

51. Le Gouvernement ne conteste pas la conclusion de la Commission selon laquelle « même en tenant compte des devoirs et responsabilités pesant sur le journaliste lorsqu'il se prévaut du droit que lui garantit l'article 10 de la Convention, (...) la condamnation du requérant ne peut pas être considérée comme « nécessaire, dans une société démocratique ».

52. La Cour en prend acte et juge elle aussi que, par rapport au but légitime poursuivi, la condamnation pénale de M. Dalban, doublée d'une peine de prison, a constitué une ingérence disproportionnée dans l'exercice de sa liberté d'expression en tant que journaliste.

Partant, il y a eu violation de l'article 10.

IV. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 § 1 DE LA CONVENTION

53. Le requérant affirme ne pas avoir bénéficié d'un procès équitable en raison de l'absence de la part des juridictions nationales de réponse aux preuves fournies en sa défense, à savoir les documents officiels sources de ses articles (paragraphes 17 et 20 ci-dessus). Il invoque l'article 6 § 1 de la Convention dont la partie pertinente se lit ainsi :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal (...) qui décidera (...) du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...) »

54. Le Gouvernement invite la Cour à déclarer qu'il n'y a pas eu violation de cette disposition car « l'absence de référence explicite aux arguments de M. Dalban » ne saurait passer pour un non-examen desdits arguments. Le « rattachement au dossier » des documents litigieux laisserait au contraire présumer que les juges nationaux ont examiné les documents fournis par le requérant.

55. Eu égard à la conclusion relative au grief tiré de l'article 10 de la Convention, la Cour, à l'instar de la Commission, n'estime pas nécessaire de se placer, de surcroît, sur le terrain de l'article 6 § 1.

V. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

56. Aux termes de l'article 41 de la Convention :

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

A. Dommage

57. M^{me} Dalban sollicite l'octroi de 250 000 000 lei roumains en réparation du préjudice moral causé par le discrédit lié à la condamnation de son défunt époux et du dommage matériel qui découlerait des pertes subies à la suite de la disparition de *Cronica Romășcană*. Elle précise que « cette somme représente une récompense minimale, destinée uniquement à la réapparition du journal » et non pas à un enrichissement personnel.

58. Le Gouvernement souligne d'abord l'absence de tout lien de causalité entre les prétentions et le dommage matériel allégué et considère que la somme indiquée serait de toute manière exagérée. Quant au préjudice moral, le simple constat de violation de l'article 10 fournirait en soi une satisfaction équitable suffisante. Au sujet des dommages au paiement desquels le requérant avait été condamné, le Gouvernement, rappelant la possibilité pour M^{me} Dalban de les récupérer par le biais d'une action civile, affirme qu'ils n'ont jamais été versés.

59. La Cour partage la thèse du Gouvernement sur le prétendu préjudice matériel. En ce qui concerne le dommage moral, elle considère au contraire que le requérant et sa veuve ont subi un tel dommage que le simple constat de violation ne saurait suffisamment compenser. En l'espèce, le décès de M. Dalban, intervenu avant l'introduction du pourvoi extraordinaire du parquet devant la Cour suprême de justice, est un élément à prendre en considération dans l'évaluation du préjudice à réparer. Compte tenu du taux élevé de l'inflation en Roumanie, la Cour exprime la somme en francs français (FRF), à convertir en lei roumains au taux applicable le jour du versement. Elle alloue à M^{me} Dalban 20 000 FRF. Pour ce qui est enfin du troisième argument du Gouvernement, la Cour se borne à noter que M^{me} Dalban ne réclame pas le remboursement des dommages en question, d'autant plus que le paiement n'a pas eu lieu (paragraphe 22 ci-dessus).

B. Frais et dépens

60. Le requérant a bénéficié de l'assistance judiciaire devant la Commission puis la Cour, et sa veuve n'a pas demandé le remboursement de frais et dépens supplémentaires.

C. Intérêts moratoires

61. La Cour juge approprié de retenir le taux d'intérêt légal applicable en France, à la date d'adoption du présent arrêt, soit 3,47 % l'an.

PAR CES MOTIFS, LA COUR, À L'UNANIMITÉ,

1. *Dit* que l'héritière du requérant a qualité pour se substituer à lui en l'espèce ;
2. *Dit* que la veuve du requérant peut se prétendre « victime » au sens de l'article 34 de la Convention ;
3. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 10 de la Convention ;
4. *Dit* qu'il ne s'impose pas d'examiner l'affaire sur le terrain de l'article 6 § 1 ;
5. *Dit*
 - a) que l'Etat défendeur doit verser à la veuve du requérant, dans les trois mois, 20 000 (vingt mille) francs français pour dommage moral, à convertir en lei roumains au taux applicable à la date du règlement ;
 - b) que ce montant est à majorer d'un intérêt simple de 3,47 % l'an à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement ;
6. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 28 septembre 1999.

Luzius WILDHABER
Président

Paul MAHONEY
Greffier adjoint

ANNEXE

**AVIS DE LA COMMISSION EUROPÉENNE
DES DROITS DE L'HOMME¹**

(formulé dans le rapport de la Commission² du 22 janvier 1998)

[La Commission siégeait dans la composition suivante :

MM. S. TRECHSEL, *président*,
 J.-C. GEUS,
 E. BUŞUTIL,
 GAUKUR JÖRUNDSSON,
 A.Ş. GÖZÜBÜYÜK,
 A. WEITZEL,
 J.-C. SOYER,
 M. H. DANFLIUS,
 M^{me} G.H. THUNE,
 MM. F. MARTÍNEZ,
 C.L. ROZAKIS,
 M^{me} J. LIDDY,
 MM. L. LOUCAIDES,
 B. MARXER,
 M.A. NOWICKI,
 I. CABRAL BARRETO,
 B. CONFORTI,
 N. BRATZA,
 I. BÉKÉS,
 J. MUCHA,
 D. ŠVÁBY,
 G. RESS,
 A. PERENIĆ,
 C. BÎRSAN,
 P. LORENZEN,
 K. HERNDL,
 E. BIELIŪNAS,
 E.A. ALKEMA,
 M. VILA AMIGÓ,
 M^{me} M. HION,
 MM. R. NICOLINI,
 A. ARABADJIEV,
 et M. M. DE SALVIA, *secrétaire*.]

1. Texte français original.

2. L'avis se réfère à des paragraphes antérieurs du rapport de la Commission, dont le texte intégral peut être obtenu au greffe de la Cour.

A. Griefs déclarés recevables

36. La Commission a déclaré recevables les griefs du requérant tirés :
- de l'atteinte à son droit à la liberté d'expression et
 - du caractère équitable de la procédure devant les tribunaux internes.

B. Points en litige

37. Les points en litige sont les suivants :
- la condamnation du requérant pour diffamation était-elle contraire au droit du requérant au respect de sa liberté d'expression au sens de l'article 10 de la Convention ?
 - l'absence, dans la motivation des arrêts de condamnation, de toute référence à l'argument du requérant relatif aux sources des informations publiées, a-t-elle privé le requérant d'un procès équitable au sens de l'article 6 § 1 de la Convention ?

C. Sur la violation de l'article 10 de la Convention

38. L'article 10 de la Convention dispose :

« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière (...)

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui (...) »

39. Le requérant soutient que sa condamnation était contraire aux dispositions de l'article 10 de la Convention. Il fait valoir que les informations qu'il a présentées dans ses articles étaient fondées sur des documents préparés par la section économique de la police.

40. Le Gouvernement estime qu'il est peu vraisemblable que, lorsque le requérant a publié son article concernant G.S., il n'ait pas eu connaissance de l'issue de l'enquête pénale. Au contraire, la publication de l'article après le non-lieu prononcé par le parquet était diffamatoire et a eu pour but d'influencer les organes d'enquête pénale afin que ceux-ci rouvrent l'investigation. Le Gouvernement affirme que les informations publiées n'étaient pas réelles et conclut que la condamnation du requérant avait pour but la protection de la réputation et des droits d'autrui.

41. La Commission estime, et nul ne le conteste, que la condamnation prononcée contre le requérant pour diffamation représente une ingérence

des autorités publiques dans l'exercice de la liberté d'expression du requérant au sens de l'article 10 de la Convention.

42. La question se pose de savoir si pareille ingérence peut se justifier au regard du paragraphe 2 de cette disposition. Il y a donc lieu d'examiner si cette ingérence était « prévue par la loi », visait un but légitime en vertu de ce paragraphe et était « nécessaire » « dans une société démocratique » (Cour eur. DH, arrêt *Lingens c. Autriche* du 8 juillet 1986, série A n° 103, pp. 24-25, §§ 34-37).

43. En ce qui concerne la conformité à la loi, la Commission constate que la condamnation du requérant était prévue par la loi, car elle était fondée sur l'article 206 du code pénal roumain.

44. Ensuite, la Commission estime que la restriction visait un but légitime prévu par l'article 10 § 2 de la Convention, à savoir la protection de la réputation d'autrui.

45. Il reste à examiner le point de savoir si la restriction critiquée était « nécessaire », « dans une société démocratique », pour atteindre pareil but.

46. Dans l'arrêt *Handyside*, la Cour européenne des Droits de l'Homme a souligné le rôle fondamental que la liberté d'expression doit jouer dans une société démocratique. A cet égard, elle s'est ainsi exprimée :

« La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de pareille société, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique ». » (Cour eur. DH, arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, série A n° 24, p. 23, § 49)

47. La Commission rappelle les principes fondamentaux de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme quant à la notion de « nécessité » contenue dans l'article 10 de la Convention (Cour eur. DH, arrêt *Prager et Oberschlick c. Autriche* du 26 avril 1995, série A n° 13, pp. 17-18, §§ 34-35 ; arrêt *Schwabe c. Autriche* du 28 août 1992, série A n° 242-B, pp. 32-33, § 29 ; arrêt *Castells c. Espagne* du 23 avril 1992, série A n° 236, pp. 22-24, §§ 42-43, 46 ; arrêt *Thorgeir Thorgeirson c. Islande* du 25 juin 1992, série A n° 239, p. 27, § 63 ; arrêt *Observer et Guardian c. Royaume-Uni* du 26 novembre 1991, série A n° 216, pp. 29-30, § 59 ; arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni* (n° 2) du 26 novembre 1991, série A n° 217, pp. 28-29, § 50). Ces principes se résument comme suit.

48. L'adjectif « nécessaire » implique l'existence d'un « besoin social impérieux ». Les Etats contractants ont une certaine marge d'appréciation quant à l'existence d'un tel besoin, laquelle va cependant de pair avec un contrôle à l'échelon européen, englobant tant la législation que les

décisions qui l'appliquent, mêmes celles rendues par une juridiction indépendante. Ainsi, les critères appliqués par les autorités nationales doivent être conformes aux principes majeurs régissant la liberté d'expression, et leur évaluation des faits doit être acceptable.

49. A cet égard, le rôle prééminent de la presse dans un Etat de droit doit être pris en compte. Si la presse ne doit pas franchir les bornes fixées en vue, notamment, de protéger la réputation d'autrui, il lui incombe néanmoins de communiquer des informations et des idées sur des questions d'intérêt public. A sa fonction qui consiste à en diffuser, s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir. S'il en était autrement, la presse ne pourrait jouer son rôle indispensable de « chien de garde ».

50. Pour apprécier, à la lumière de ces principes, s'il existait un besoin social suffisamment impérieux pour justifier l'atteinte à la liberté d'expression du requérant, la Commission doit examiner les propos litigieux dans leur propre contexte, eu égard aux circonstances de l'espèce.

51. La Commission rappelle que les articles du requérant portaient sur un sujet d'intérêt public, à savoir la gestion du patrimoine d'Etat et la manière dont les hommes politiques remplissent leur mandat. Ces articles fournissaient des informations, telles qu'elles ressortaient des dossiers d'enquête pénale de la section économique de la police, mettant en cause la gestion de l'entreprise FASTROM dont G.S. était directeur et dans le conseil d'administration de laquelle R.T., sénateur de Neamț, représentait l'Etat. Quant au deuxième article, il présentait des informations sur les traitements perçus par le sénateur R.T. en tant que représentant de l'Etat au sein de FASTROM et sur l'utilisation par ce dernier d'une voiture mise à disposition par FASTROM.

52. Il se peut qu'à certains égards une partie des éléments de fait présentés par le requérant dans ses articles n'ait pas été confirmée. En particulier, la Commission note que les tribunaux nationaux ont relevé que l'affirmation selon laquelle R.T. avait perçu des centaines de milliers de lei était fautive, car R.T. n'avait perçu que quelques dizaines de milliers de lei.

53. La Commission note néanmoins que les critiques du requérant à l'égard du sénateur R.T. ne portaient pas sur des aspects de sa vie privée, mais sur ses comportements et attitudes en tant qu'homme politique à l'égard des questions d'intérêt général. Pour exprimer son avis sur les pratiques des élus, en particulier de R.T., et sur la manière dont celui-ci remplissait son mandat d'élu, le requérant a utilisé des formules que les tribunaux internes ont jugées diffamatoires.

54. En ce qui concerne G.S., les tribunaux ont jugé que les informations présentées étaient fausses, car le parquet avait décidé, avant la parution des articles, de ne pas inculper G.S.

55. La Commission rappelle que la liberté d'expression que l'article 10 de la Convention vise à garantir n'est pas de nature illimitée (arrêt

Castells précité, avis de la Commission, p. 38, § 67). Il est évident qu'elle ne couvre pas l'expression publique des faits qui ne s'appuient pas sur le moindre commencement de preuve ou les supputations diffamatoires proférées à l'encontre de personnes ou institutions (*loc. cit.*). Toutefois, toute ingérence dans l'expression des propos concernant une question d'intérêt public doit être soumise à des limites particulièrement strictes, pour ne pas décourager les citoyens de porter un regard critique sur l'exercice de la puissance publique.

56. D'autre part, même un débat limité à une appréciation de la moralité de certains actes peut atteindre le niveau de diffamation. Cependant, la Commission ne peut admettre que des jugements de valeur critiques ne puissent être formulés par la presse que si leur « vérité » peut être prouvée (arrêt Lingens précité, avis de la Commission, p. 37, §§ 80-81).

57. En l'espèce, la Commission relève qu'il n'a pas été démontré que les faits décrits dans ces articles aient été totalement faux et simplement inventés dans le but d'alimenter une campagne de dénigrement de G.S. et de R.T.

58. De surcroît, la Commission rappelle que la liberté journalistique peut englober le recours à une certaine dose d'exagération, voire même de provocation et qu'outre la substance des idées et informations exprimées, l'article 10 protège aussi leur mode d'expression (arrêts Prager et Oberschlick précité, pp. 17-18, §§ 34-35, et Cour eur. DH, De Haes et Gijssels c. Belgique du 24 février 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I, p. 236, § 48).

59. Dans le cas d'espèce, les tribunaux ont refusé l'offre de preuve du requérant tendant à établir la véracité des affirmations contenues dans les articles, à savoir l'examen des rapports de police sur lesquels il s'était fondé. Les décisions de condamnation du requérant ne font aucune mention des sources des articles incriminés. Au contraire, les tribunaux ont considéré que l'absence d'inculpation de G.S. suffisait pour établir que les informations contenues dans ces articles étaient contraires à la réalité.

60. Au vu de ces considérations et même en tenant compte des devoirs et responsabilités pesant sur le journaliste lorsqu'il se prévaut du droit que lui garantit l'article 10 de la Convention, la Commission estime que la condamnation du requérant ne peut pas être considérée comme « nécessaire, dans une société démocratique ».

Conclusion

61. La Commission conclut, à l'unanimité, qu'il y a eu, en l'espèce, violation de l'article 10 de la Convention.

D. Sur la violation de l'article 6 de la Convention

62. L'article 6 § 1 de la Convention dispose, entre autres, que :

« 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...) »

63. Le requérant considère qu'il n'a pas bénéficié d'un procès équitable devant les tribunaux, les juges n'ayant pas examiné les documents qu'il a présentés à l'appui de sa défense, à savoir les documents de la police qui ont constitué la source des articles. Il estime que les non-lieux prononcés par le parquet ne sauraient être considérés comme une preuve irréfutable que G.S. et R.T. n'ont pas commis les faits décrits dans ses articles.

64. Le requérant estime d'autre part que le refus des juges de se prononcer sur les documents qu'il a invoqués à l'appui de sa défense serait contraire à l'article 385-9 du code de procédure pénale.

65. Selon le Gouvernement, des documents présentés par le requérant dans sa défense il ressort que l'entreprise FASTROM a subi d'importants dommages en raison de graves erreurs d'administration et de gestion. Ces erreurs seraient confirmées dans un rapport de l'organe de contrôle du gouvernement roumain, qui, en outre, fait état de graves négligences dans la gestion de FASTROM.

66. Le Gouvernement fait valoir que tous ces documents aboutissent à la même conclusion, à savoir la responsabilité collective de la direction de l'entreprise FASTROM. Dans ces circonstances, le Gouvernement estime que les articles incriminant seulement G.S. étaient bien contraires à la réalité.

67. Le Gouvernement considère qu'une motivation succincte d'une décision judiciaire ne peut pas s'analyser en un élément d'iniquité de la procédure. Dans la présente affaire, les juges internes ont examiné tous les éléments de preuve présentés par les parties, y compris les documents de la police que le requérant a utilisés comme source d'information, mais ont considéré que ces documents n'étaient pas pertinents, de sorte qu'ils ne les ont pas mentionnés dans leur décision. Dès lors, l'absence de mention des documents de la police dans l'arrêt de condamnation du requérant ne saurait suffire pour conclure que le requérant n'a pas bénéficié d'un procès équitable.

68. Compte tenu de la conclusion à laquelle elle est parvenue en ce qui concerne l'article 10 de la Convention, la Commission n'estime pas nécessaire de se placer, de surcroît, sur le terrain de l'article 6 § 1 de la Convention.

Conclusion

69. La Commission conclut, par trente et une voix contre une, qu'il n'y a pas lieu d'examiner s'il y a eu, en l'espèce, violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

E. Récapitulation

70. La Commission conclut, à l'unanimité, qu'il y a eu, en l'espèce, violation de l'article 10 de la Convention (paragraphe 61).

71. La Commission conclut, par trente et une voix contre une, qu'il n'y a pas lieu d'examiner s'il y a eu, en l'espèce, violation de l'article 6 § 1 de la Convention (paragraphe 69).

M. DE SALVIA
Secrétaire de la Commission

S. TRECHSEL
Président de la Commission

ÖZTÜRK v. TURKEY
(*Application no. 22479/93*)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 28 SEPTEMBER 1999

SUMMARY¹**Conviction for incitement to hatred and hostility****Article 10**

Freedom of expression – Conviction for incitement to hatred and hostility – Interference – Prevention of disorder – Prevention of crime – Necessary in a democratic society – Proportionality – Political debate – Public interest – Limits of acceptable criticism of government – Prevention of terrorism – Incitement to violence – Margin of appreciation – Nature and severity of penalty

Article 35 § 1

Six-month period – Final domestic decision – Referral to Court of Cassation on written order of Minister of Justice

*
* *

In 1988 the applicant published a book by N. Behram giving an account of the life of İbrahim Kaypakkaya, one of the founder members of the Communist Party of Turkey – Marxist-Leninist (the “TKP-ML”), an illegal organisation. Each of the book’s twenty-four chapters was prefaced by a poem. The poems were written by different poets, including the author himself. The first edition sold out immediately and a second edition was published. The applicant was charged with disseminating communist propaganda and with incitement to hatred and hostility. The indictment referred to specific passages, in particular in the poems. The applicant was convicted on both counts, the National Security Court considering that the passages cited praised the aims and the armed raids of the TKP-ML and its leader. Fines were imposed in respect of both convictions and confiscation of copies of the book was ordered. The applicant’s appeal on points of law was rejected in respect of the conviction for incitement to hatred and hostility but the conviction for disseminating communist propaganda was twice quashed and the case remitted to the National Security Court, which ultimately acquitted the applicant on the ground that the relevant provision had in the meantime been repealed. The author of the book having been acquitted of charges similar to those brought against the applicant, the latter requested the Minister of Justice to refer his case to the Court of Cassation. The Minister of Justice accepted the request and ordered Principal State Counsel to lodge an appeal to the Court of Cassation. The appeal was, however, dismissed, as was a further referral lodged by Principal State Counsel by order of the Minister of Justice. The Court of Cassation held that the acquittal of another accused did not imply that the applicant should also have been acquitted.

1. This summary by the Registry does not bind the Court.

Held

(1) Government's preliminary objection (six-month time-limit): A referral to the Court of Cassation by Principal State Counsel on the written order of the Minister of Justice was an extraordinary remedy against judgments given at final instance against which no appeal lay to the Court of Cassation. The remedy was not directly accessible to individuals and an applicant was not required to exhaust it. In principle, therefore, it was not a remedy which should be taken into account for the purposes of the six-month rule. However, when the remedy had actually been exercised it became similar to an ordinary appeal on points of law and, since in the instant case the Court of Cassation had examined the arguments submitted to it, the applicant had set in motion a procedure which proved to be effective. Consequently, the six-month period ran from the date of the Court of Cassation's judgment dismissing the second referral and the application had been lodged within the time-limit.

(2) Article 10: The applicant's conviction constituted an interference with his right to freedom of expression, since publishers, by providing authors with a medium, participate in the exercise of freedom of expression. The legislative provision on which the applicant's conviction was based did not give the courts excessive discretion in interpreting the constituent elements of the offence: it referred to specific criteria, and case-law also laid down certain principles. The fact that two different benches of the National Security Court had given divergent interpretations and reached contradictory decisions was not sufficient to justify *in abstracto* the conclusion that the provision lacked clarity and precision, although it was an element to be taken into account in assessing the necessity of the interference. The interference was consequently prescribed by law and it pursued the legitimate aims of prevention of disorder and crime. As to the necessity of the interference, it was obvious that the book did not give a neutral account of İbrahim Kaypakkaya's life but a politicised version, the author's intention being to criticise the repression of extreme left-wing movements and the conduct of those allegedly responsible for İbrahim Kaypakkaya's death. The book thus gave moral support to the ideology which İbrahim Kaypakkaya had espoused. However, there was little scope under Article 10 for restrictions on political speech or on debate on matters of public interest. The limits of permissible criticism were wider with regard to the government than in relation to a private citizen or even a politician, and in a democratic system the actions and omissions of the government had to be subject to the scrutiny of public opinion. It was necessary for the government to show restraint in resorting to criminal proceedings, especially when other means were available for replying to criticism, although it remained open to the State to adopt appropriate measures, even of a criminal-law nature, and it enjoyed a wider margin of appreciation when there was incitement to violence. In this respect, it was relevant that the author of the book had been acquitted on the basis that nothing in the book disclosed any incitement to crime. The words used could not be regarded as incitement to the use of violence or to hostility and hatred, and although it could not be excluded that such a book contained concealed objectives, there was no reason to doubt the sincerity of the aim pursued by the applicant. The background of terrorism was to be taken into account, but the Court was not convinced that in the long term the second edition of the book could have had a harmful effect on the prevention of disorder and crime. The book had been on open sale since 1991 and the Government had not explained why the second edition could

have caused more concern than the first. The use of the criminal law against the applicant could not be regarded as justified. While the nature and severity of the penalty were factors relevant to proportionality, the foregoing conclusion and the fact that the seizure in itself raised issues under Article 10 meant that decisive weight could not be attached to the Government's argument that the fine imposed was moderate. Nor could the Court accept the Government's argument that it should not rule on the matter in view of "developments in the case-law" since the applicant's conviction. These developments, prompted by the author's acquittal, had not proved sufficiently pertinent to enable the Court of Cassation to remedy the situation of which the applicant complained. There had consequently been a violation of Article 10.

Conclusion: violation (unanimously).

(3) Article 1 of Protocol No. 1: The confiscation order was an incidental effect of the applicant's conviction, which was in breach of Article 10. It was consequently unnecessary to consider this complaint separately.

Conclusion: not necessary to examine (unanimously).

Article 41: As the fine imposed and the confiscation of copies of the edition in question were direct consequences of the violation, reimbursement in full of the fine had to be ordered. The claims concerning the loss of future sales were speculative and unquantifiable and could not be allowed. The Court awarded a specified sum in respect of pecuniary damage. It also made an award in respect of costs and expenses.

Case-law cited by the Court

Engel and Others v. the Netherlands, judgment of 8 June 1976, Series A no. 22
 Müller and Others v. Switzerland, judgment of 24 May 1988, Series A no. 133
 Autronic AG v. Switzerland, judgment of 22 May 1990, Series A no. 178
 Casado Coca v. Spain, judgment of 24 February 1994, Series A no. 285-A
 Amuur v. France, judgment of 25 June 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-III
 Zana v. Turkey, judgment of 25 November 1997, *Reports* 1997-VII
 Socialist Party and Others v. Turkey, judgment of 25 May 1998, *Reports* 1998-III
 Incal v. Turkey, judgment of 9 June 1998, *Reports* 1998-IV
 Yaşa v. Turkey, judgment of 2 September 1998, *Reports* 1998-VI
Rekvényi v. Hungary [GC], no. 25390/94, ECHR 1999-III
Ceylan v. Turkey [GC], no. 23556/94, ECHR 1999-IV
Karataş v. Turkey [GC], no. 23168/94, ECHR 1999-IV
Başkaya and Okçuoğlu v. Turkey [GC], nos. 23536/94 and 24408/94, ECHR 1999-IV
Sürek v. Turkey (no. 1) [GC], no. 26682/95, ECHR 1999-IV

In the case of *Öztürk v. Turkey*,

The European Court of Human Rights, sitting, in accordance with Article 27 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”), as amended by Protocol No. 11¹, and the relevant provisions of the Rules of Court², as a Grand Chamber composed of the following judges:

Mr L. WILDHABER, *President*,
 Mr A. PASTOR RIDRUEJO,
 Mr G. BONELLO,
 Mr L. CAFLISCH,
 Mr P. KÜRIS,
 Mr J.-P. COSTA,
 Mrs F. TULKENS,
 Mrs V. STRÁŽNICKÁ,
 Mr M. FISCHBACH,
 Mr V. BUTKEVYCH,
 Mr J. CASADEVALL,
 Mrs H.S. GREVE,
 Mr A.B. BAKA,
 Mr R. MARUSTE,
 Mr K. TRAJA,
 Mrs S. BOTOCHAROVA,
 Mr F. GÖLCÜKLÜ, *ad hoc judge*,

and also of Mrs M. DE BOER-BUQUICCHIO, *Deputy Registrar*,

Having deliberated in private on 22 April and 20 September 1999,

Delivers the following judgment, which was adopted on the last-mentioned date:

PROCEDURE

1. The case was referred to the Court, as established under former Article 19 of the Convention³ by the European Commission of Human Rights (“the Commission”) on 24 September 1998, within the three-month period laid down by former Articles 32 § 1 and 47 of the Convention. It originated in an application (no. 22479/93) against the Republic of Turkey lodged with the Commission under former Article 25 by a Turkish national, Mr Ünsal Öztürk, on 24 May 1993.

The Commission’s request referred to former Articles 44 and 48 and to the declaration whereby Turkey recognised the compulsory jurisdiction of

Notes by the Registry

1-2. Protocol No. 11 and the Rules of Court came into force on 1 November 1998.

3. Since the entry into force of Protocol No. 11, which amended Article 19, the Court has functioned on a permanent basis.

the Court (former Article 46). The object of the request was to obtain a decision as to whether the facts of the case disclosed a breach by the respondent State of its obligations under Article 10 of the Convention.

2. In response to the enquiry made in accordance with Rule 33 § 3 (d) of former Rules of Court A¹, the applicant stated that he wished to take part in the proceedings and designated Mr H. Öndül of the Ankara Bar as the lawyer who would represent him (former Rule 30).

3. As President of the Chamber which had originally been constituted (former Article 43 of the Convention and former Rule 21) in order to deal, in particular, with procedural matters that might arise before the entry into force of Protocol No. 11, Mr R. Bernhardt, the President of the Court at the time, acting through the Registrar, consulted the Agent of the Turkish Government (“the Government”), the applicant’s lawyer and Mr H. Danelius, the Delegate of the Commission, on the organisation of the written procedure. An order was made in consequence on 15 October 1998 fixing a time-limit for the submission of memorials.

4. After the entry into force of Protocol No. 11 on 1 November 1998 and in accordance with the provisions of Article 5 § 5 thereof, the case was referred to the Grand Chamber of the Court. On 11 December 1998 the President of the Court, Mr L. Wildhaber, decided that, in the interests of the proper administration of justice, the instant case should be referred to the Grand Chamber that had been constituted to hear thirteen other cases against Turkey, namely: *Karataş v. Turkey* (application no. 23168/94); *Arslan v. Turkey* (no. 23462/94); *Polat v. Turkey* (no. 23500/94); *Ceylan v. Turkey* (no. 23556/94); *Okçuoğlu v. Turkey* (no. 24246/94); *Gerger v. Turkey* (no. 24919/94); *Erdöğdu and İnce v. Turkey* (nos. 25067/94 and 25068/94); *Başkaya and Okçuoğlu v. Turkey* (nos. 23536/94 and 24408/94); *Sürek and Özdemir v. Turkey* (nos. 23927/94 and 24277/94); *Sürek v. Turkey* (no. 1) (no. 26682/95); *Sürek v. Turkey* (no. 2) (no. 24122/94); *Sürek v. Turkey* (no. 3) (no. 24735/94) and *Sürek v. Turkey* (no. 4) (no. 24762/94).

5. The Grand Chamber constituted for that purpose included *ex officio* Mr R. Türmen, the judge elected in respect of Turkey (Article 27 § 2 of the Convention and Rule 24 § 4 of the Rules of Court), Mr Wildhaber, the President of the Court, Mrs E. Palm, Vice-President of the Court, and Mr J.-P. Costa and Mr M. Fischbach, Vice-Presidents of Sections (Article 27 § 3 of the Convention and Rule 24 §§ 3 and 5 (a)). The other members appointed to complete the Grand Chamber were Mr A. Pastor Ridruejo, Mr G. Bonello, Mr J. Makarczyk, Mr P. Kūris, Mrs F. Tulkens, Mrs V. Strážnická, Mr V. Butkevych, Mr J. Casadevall, Mrs H.S. Greve,

1. *Note by the Registry.* Rules of Court A applied to all cases referred to the Court before the entry into force of Protocol No. 9 (1 October 1994) and from then until 31 October 1998 only to cases concerning States not bound by that Protocol.

Mr A.B. Baka, Mr R. Maruste and Mrs S. Botoucharova (Rule 24 § 3 and Rule 100 § 4).

6. On 15 December 1998 the Registrar received the memorial of the applicant, to whom the President had given leave to use the Turkish language in the written procedure (Rule 34 § 3).

7. On 21 December 1998 Mr Wildhaber exempted Mr Türmen from sitting after his withdrawal from the case in the light of the decision of the Grand Chamber taken in accordance with Rule 28 § 4 in the case of Oğur v. Turkey. On 11 January 1999 the Government notified the Registry that Mr F. Gölcüklü had been appointed *ad hoc* judge (Rule 29 § 1).

Subsequently Mr K. Traja, substitute, replaced Mrs Palm, who was unable to take part in the further consideration of the case (Rule 24 § 5 (b)).

8. On 8 February 1999, within the time-limit as extended by the President, the Registry received the Government's memorial, written in Turkish, and on 22 February it received a corrected version of the documents appended to the memorial. The applicant and the Government filed replies on 15 and 16 March respectively. On the last-mentioned date the Government also supplied information in response to the Judge Rapporteur's questions about the facts of the case and Turkish law. On 30 March they sent the Registry documents intended to be appended to their memorial in reply. On 20 April the Registry received the English version of the Government's memorial.

9. On 22 April 1999 the Grand Chamber decided to dispense with a hearing, having regard to the case file and the fact that the applicant and the Government had stated that they were prepared to forgo such a hearing (Rule 59 § 2).

10. On 20 September 1999 Mr L. Caflisch, substitute, replaced Mr Makarczyk, who was unable to take part in the further consideration of the case (Rule 24 § 5 (b)).

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

11. Mr Öztürk, the applicant, was born in 1957. He is one of the owners of the Yurt Kitap-Yayın publishing house and lives in Ankara.

In October 1988 he published a book by N. Behram entitled *A testimony to life – Diary of a death under torture (Hayatın Tanıklığında – İşkencede Ölümün Güncesi)*. The book gave an account of the life of İbrahim Kaypakkaya, who in 1973 had been one of the founder members of the Communist Party of Turkey – Marxist-Leninist (*Türkiye Komünist Partisi – Marksist-Leninist* – “the TKP-ML”), an illegal Maoist organisation.

The 111-page book, illustrated by photographs, has 24 chapters, each of which is prefaced by a poem. These poems were written by four Turkish poets, namely the author himself, A. Arif, M. Derviş and A. Kadir, by the Chilean writer P. Neruda and by İbrahim Kaypakkaya.

As the first edition had sold out as soon as it was placed on sale, the book was republished in November 1988.

12. On 21 December 1988 the public prosecutor at the Ankara National Security Court (“the National Security Court”) instituted criminal proceedings against Mr Behram, the author of the book, and the applicant, its publisher. However, he dealt with the case against Mr Behram separately, having noted that he had not been in Turkey at the material time.

A. The proceedings brought against Mr Öztürk

13. On 23 December 1988, at the request of the public prosecutor, a single judge of the National Security Court made an interim order for the seizure of the copies of the second edition. According to the file, 3,195 copies were seized as a result, including 3,133 at the applicant’s publishing house.

On 5 January 1989 the applicant asked the judge to reconsider the above order; this appeal was dismissed.

14. On 14 February 1989 the public prosecutor charged the applicant with disseminating communist propaganda in breach of former Article 142 §§ 4 and 6 of the Criminal Code (see paragraph 29 below) and of inciting the people to hatred and hostility on the basis of a distinction between social classes, an offence under Article 312 §§ 2 and 3 of the same Code (see paragraph 30 below).

Referring to İ. Kaypakkaya’s antecedents, the public prosecutor emphasised that at the head of the TKP-ML, a terrorist organisation, he had carried out armed raids with a view to overthrowing the constitutional order of the State in order to set up a communist regime.

In support of his submissions the public prosecutor first drew attention to the description of İ. Kaypakkaya’s father given on the second page of the book: “He was a worker who could not accept that life should flow by in that way, and that sweat, energy and labour should be exploited like that. He was dissatisfied with this state of affairs and wanted that forlorn world to change”. The public prosecutor argued that by equating the status quo with a spoliatory regime this sentence undoubtedly praised communism.

The public prosecutor went on to cite the following poems.

“... Ambushes guide me towards my people,
vital force of the guerilla war;
resistance is a terrible and noble passion,
but that is not all;

like a mistress, it is in addition
 hesitant,
 docile,
 delicate,
 deft;
 we who are masters of patriotism,
 hope
 is hidden within us, the immortal standard is red
 and streams out in the wind ...”

((p. 15) A. Arif, published in January 1974 in the weekly publication *Yeni A*)

According to the public prosecutor, this poem was to be interpreted in the light of the actions of İ. Kaypakkaya. Seen from that point of view, it insinuated that terrorist acts enabled their perpetrators to draw closer to the people and recruit active terrorists from among them and that it was necessary to struggle patiently to establish a communist regime. In his submission, that amounted to illegal communist propaganda.

“To our dead comrades
 You, who gave your lives for our people;
 You, who gave everything in this fight;
 You, who gave the colour red
 To the battle standard
 Which flies proudly in our hearts;
 You, who died for our immortal people;
 You, the sublime sons of our people,
 Rest now with pride and patience,
 Your comrades are carrying on the fight ...”

((p. 27) İ. Kaypakkaya)

The public prosecutor observed that this text honoured the memory of the dead terrorists who had sought to undermine the State’s constitutional regime by force of arms and was intended, particularly in its last phrase, to stir up hatred and hostility.

“... The only light
 That awoke us
 Was the light of the world!
 I went into their houses
 Where they sat round the table
 After returning from their work;
 They laughed or wept
 And each resembled the others;
 They turned their faces towards the light,
 Seeking their way ...”

((p. 30) P. Neruda)

The public prosecutor argued that this poem constituted communist propaganda because it held up communism as the only source of light for proletarians.

“... They carried out the death sentence;
 They spattered with blood
 The blue mist of the mountains and
 The newly woken morning breeze;
 Then they came [and put down their] weapons.
 Carefully feeling our chests,
 They examined us,
 Searching everywhere ...”

(p. 35) A. Arif, “Your absence made me wear out chains”, 1968)

The public prosecutor contended that these phrases were contemptuous of the security forces who had to stand against the terrorists and thus incited the people to show hatred and hostility towards them.

Lastly, he noted that the expression “May their virtue be our guide and their memory a light on our way”, which appeared on the very last page of the book, referred to İ. Kaypakkaya and the other terrorists.

Consequently, the public prosecutor argued that the enthusiastic eulogy of the personality and acts of the rebel İ. Kaypakkaya in the book in issue justified both Mr Öztürk’s conviction as the publisher responsible within the meaning of section 16(4) of the Press Act (Law no. 5680 – see paragraph 32 below) and confiscation of the copies of the book pursuant to Article 36 § 1 of the Criminal Code (see paragraph 28 below).

15. Before the National Security Court the applicant contested the charges, submitting that he had published the book because he considered that there was nothing in it which could justify repressive measures. In addition, his lawyers argued in particular that the passages in issue, reproduced in the indictment, could not by any means be taken for separatist propaganda and that even supposing that they could be regarded as a criticism of the State as constituted at that time, it was the right of every citizen to make such a criticism.

16. On 30 March 1989 the National Security Court found the applicant guilty as charged.

In its judgment, after stating that it was satisfied “that there [was] no need to ask experts to examine the book, given that its content [could] be understood by anyone on the first reading ...”, the National Security Court accepted that the passages cited in the indictment did indeed praise the aim and the armed raids of the TKP-ML and its leader and accordingly that the public prosecutor was fully justified in interpreting them as open incitement of the people to hatred and hostility. However, observing that it had considered the content of the book as a whole – in accordance with the case-law of the Court of Cassation – the National Security Court dismissed the defence arguments relating precisely to the alleged lack of relevance of an assessment based on this or that isolated extract from the book.

Considering that it was not necessary to reproduce in the operative provisions of the judgment the passages judged to be in breach of the law, the National Security Court held:

“All things considered, the book is intended to glorify and venerate both communism and the terrorist İ. Kaypakkaya ... who was a supporter of communism, and to defend his actions ... Moreover, [the book] expressly incites the people to hatred and hostility on the basis of a distinction between regions, social classes and races.”

The National Security Court sentenced Mr Öztürk to fines of 328,500 and 285,000 Turkish liras (TRL) under Article 142 § 4 and Article 312 § 2 of the Criminal Code respectively (see paragraphs 29 and 30 below) and ordered the book's confiscation (see paragraph 28 below).

17. By a judgment of 26 September 1989 the Court of Cassation declared an appeal by the applicant on points of law inadmissible as regards his conviction under Article 312 of the Criminal Code, on the ground that no appeal lay against it in view of the amount of the fine ordered for the offence concerned. However, it set aside the verdict under Article 142 § 4 on the ground that it was unlawful to establish the accused's guilt merely by referring to the indictment without stating, with reasons, how and in what parts the book was an apologia of communism. It remitted the case on this point to the National Security Court.

18. On 9 January 1990 the applicant paid the fine of TRL 285,000.

19. In the judgment it delivered on 28 December 1990 the National Security Court, basing its decision on an expert report on the content of the book, confirmed the sentence it had imposed under Article 142 of the Criminal Code; it also upheld its order for the confiscation of the book.

However, on 1 March 1991 this judgment was likewise quashed by the Court of Cassation, on the ground that the report on which it was based had not been written by experts who had taken the oath. The case was then once again remitted to the National Security Court.

20. Before the National Security Court the public prosecutor called for Mr Öztürk's acquittal on the charge of disseminating communist propaganda. He submitted that Article 142 of the Criminal Code, on which the conviction in question had been based, had been repealed by the Prevention of Terrorism Act (Law no. 3713), which had come into force on 12 April 1991.

By a judgment of 11 June 1991 the National Security Court accepted the public prosecutor's submissions. However, observing that the judgment delivered on 30 March 1989 had become final with regard to the conviction under Article 312 of the Criminal Code (see paragraph 17 above), it noted that the confiscation order remained operative.

It appears from the file that 2,845 confiscated copies of the book were destroyed on 21 April 1992.

B. The proceedings brought against the author

21. On 1 March 1989, that is before the date of Mr Öztürk's initial conviction (see paragraph 16 above), the public prosecutor charged the book's author, Mr N. Behram, then living in Germany. The indictment filed for that purpose was essentially a copy of the one which had set in motion the proceedings against the applicant (see paragraph 14 above).

22. By a judgment of 22 May 1991, given in the defendant's absence, the National Security Court, composed of three judges of whom one had also tried the case of Mr Öztürk, observed firstly that the court was not required to rule on application of Article 142, which had been repealed in the meantime (see paragraph 29 below), then acquitted Mr Behram on the basis of an expert report, in which three professors of criminal law maintained that there was nothing in the book which might be held to constitute the offence defined in Article 312 of the Criminal Code.

In its judgment the National Security Court, emphasising the book's documentary nature, confined itself to an endorsement of the conclusions of the above-mentioned expert report.

23. This judgment became final, no appeal on points of law having been lodged.

C. The further proceedings brought by the applicant

24. On 19 September 1991 the applicant, having been informed of Mr Behram's acquittal, applied to the Minister of Justice asking him to refer the case to the Court of Cassation (*Yazılı emir ile bozma* – see paragraph 33 below) by means of an appeal against his conviction under Article 312 of the Criminal Code and against the confiscation order (see paragraph 16 above). In support of his application the applicant pleaded the contradiction between the judgment given against him and the judgment given in respect of the author, whereas both of them had been tried on account of the same book.

25. Consequently, on 16 January 1992, by order of the Minister of Justice, Principal State Counsel at the Court of Cassation ("Principal State Counsel") appealed against the judgment delivered on 28 December 1990 in the applicant's case (see paragraph 19 above), pleading the lack of an explicit decision on what was to be done about the confiscation order.

After the Court of Cassation's dismissal of the appeal on 27 January 1992 the applicant applied for a second time to the Minister of Justice, submitting that Principal State Counsel had appealed on the wrong grounds.

The Minister of Justice allowed this application and instructed Principal State Counsel to argue that the judgment of 30 March 1989 (see paragraph 16 above) was bad in so far as the author himself had subse-

quently been acquitted of charges identical to those which had led to Mr Öztürk's conviction for incitement of the people to hatred and hostility (see paragraph 22 above).

26. In its judgment of 8 January 1993 the Court of Cassation dismissed the ground of appeal submitted by Principal State Counsel, ruling as follows:

"The defendant was charged with the offences contemplated in Article 142 §§ 4 and 6 and Article 312 §§ 2 and 3 of the Criminal Code. The constituent elements of those offences were different. The acquittal of another accused tried for the same offence cannot be taken as justified and unshakeable evidence that the defendant should also have been acquitted. [In addition] the two accused were tried separately and the judgment acquitting Mustafa Nihat [Behram] became final without any appeal on points of law being lodged. Lastly, there is no evidence that the assessment of the content of the book *A testimony to life – Diary of a death under torture* made in the judgment at first instance is bad and must be invalidated ..."

27. At the present time Mr Behram's book is on open sale. It is published by another publishing house, Altınçağ Yayıncılık, under the different title *Biography of a communist (Bir komünistin biyografisi)*.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

A. Criminal law

1. *The Criminal Code*

28. Article 36 § 1 of the Criminal Code provides:

"In the event of conviction the court shall order the seizure and confiscation of any object which has been used for the commission or preparation of the crime or offence ..."

29. The relevant paragraphs of former Article 142 of the Criminal Code, repealed by the Prevention of Terrorism Act (Law no. 3713), provided:

"Harmful propaganda

1. A person who by any means whatsoever spreads propaganda with a view to establishing the domination of one social class over the others, annihilating a social class, overturning the fundamental social or economic order established in Turkey or the political or legal order of the State shall, on conviction, be liable to a term of imprisonment of from five to ten years.

2. A person who by any means whatsoever spreads propaganda in favour of the State's being governed by a single person or social group to the detriment of the underlying principles of the Republic and democracy shall, on conviction, be liable to a term of imprisonment of from five to ten years.

3. A person who, prompted by racial considerations, by any means whatsoever spreads propaganda aimed at abolishing in whole or in part public-law rights guaranteed by the Constitution or undermining or destroying patriotic sentiment shall, on conviction, be liable to a term of imprisonment of from five to ten years.

4. A person who publicly condones the offences contemplated in the above paragraphs shall, on conviction, be liable to a term of imprisonment of from two to five years.

...

6. Where the offences contemplated in the above paragraphs are committed through publication, the penalty to be imposed shall be increased by half."

30. Article 311 § 2 and Article 312 of the Criminal Code provide:

Article 311 § 2

"Public incitement to commit an offence

...

Where incitement to commit an offence is done by means of mass communication, of whatever type – whether by tape recordings, gramophone records, newspapers, press publications or other published material – by the circulation or distribution of printed papers or by the placing of placards or posters in public places, the terms of imprisonment to which convicted persons are liable shall be doubled ..."

Article 312

"Non-public incitement to commit an offence

A person who expressly praises or condones an act punishable by law as an offence or incites the population to break the law shall, on conviction, be liable to between six months' and two years' imprisonment and a heavy fine of from six thousand to thirty thousand Turkish liras.

A person who incites the people to hatred or hostility on the basis of a distinction between social classes, races, religions, denominations or regions, shall, on conviction, be liable to between one and three years' imprisonment and a fine of from nine thousand to thirty-six thousand liras. If this incitement endangers public safety, the sentence shall be increased by one-third to one-half.

The penalties to be imposed on those who have committed the offences defined in the previous paragraph shall be doubled when they have done so by the means listed in Article 311 § 2."

31. With regard more particularly to application of the above-mentioned Article 312 of the Criminal Code to the publishers of printed matter giving rise to criminal charges, the Government have submitted examples of judgments given by the Court of Cassation and supplied further information which may be summarised as follows.

In connection with offences committed through the medium of printed matter, the "principal" responsibility for the offence defined in Article 312 is incurred by the author of the writing concerned. The publisher's responsibility is "secondary" and is incurred under section 16(4) of Law

no. 5680 (see paragraph 32 below). A publisher facing criminal proceedings is charged with “publishing the writing which constitutes the offence” contemplated in Article 312. However, there are provisions, such as section 8 of the Prevention of Terrorism Act (Law no. 3713), which form a *lex specialis* making publishers criminally responsible.

The main effect of the distinction drawn between the responsibility borne by authors and that borne by publishers is that, unlike the position regarding the former, prison sentences imposed on the latter are commuted to a fine, save in those cases where the above-mentioned Law no. 3713 applies.

2. *The Press Act (Law no. 5680 of 15 July 1950)*

32. Section 3 and section 16(4) of Law no. 5680 provide:

Section 3

“For the purposes of the present Law, the term ‘periodicals’ shall mean newspapers, press agency dispatches and any other printed matter published at regular intervals.

‘Publication’ shall mean the exposure, display, distribution, emission, sale or offer for sale of printed matter on premises to which the public have access where anyone may see it.

An offence shall not be deemed to have been committed through the medium of the press unless publication has taken place, except where the material in itself is unlawful.”

Section 16(4)

“...

4. With regard to offences committed through the medium of publications other than periodicals, criminal responsibility shall be incurred by the author, translator or illustrator of the publication which constitutes the offence, and by the publisher. However, custodial sentences imposed on publishers shall be commuted to a fine, irrespective of the term [of imprisonment] ...”

3. *The Code of Criminal Procedure*

33. Article 343 § 1 of the Code of Criminal Procedure, concerning references to the Court of Cassation by written order of the Minister of Justice (*Yazılı emir ile bozma* – “reference by written order”) provides:

“Where the Minister of Justice has been informed that a judge or court has delivered a judgment that has become final without coming under the scrutiny of the Court of Cassation, he may issue a formal order to Principal State Counsel requiring him to ask the Court of Cassation to set aside the judgment concerned ...”

34. With regard to the practice followed under Turkish law for a reference by written order, the Government have submitted the following information.

This form of appeal lies only against judgments given at last instance which are not appealable to the Court of Cassation (see paragraph 17 above) or against which no party has lodged an appeal on points of law. Only Principal State Counsel at the Court of Cassation is empowered to refer a case, and then only on receipt of a formal order to that effect from the Minister of Justice, who may act either of his own motion or at the request of the convicted person. The powers conferred on the Court of Cassation when it deals with such an appeal are “extraordinary”; they may not be exercised save under the conditions laid down by law nor may the decision prejudice the convicted person. If the appeal succeeds, the Court of Cassation will normally, in the judgment delivered as a result, set aside the conviction or reduce the sentence; in the latter case, it will also determine what length of sentence must be served.

B. Criminal case-law submitted by the Government

35. The Government have supplied, by way of example, a number of judgments given by the Court of Cassation concerning the way courts of trial have assessed writings and/or speech that have given rise to prosecutions, particularly for offences defined in former Article 142 and Article 312 of the Criminal Code (see paragraphs 29 and 30 above) and the offence contemplated in section 8 of the Prevention of Terrorism Act (Law no. 3713). These were judgments nos. 1991/18, 1994/240 and 1995/98, given by the plenary Court of Cassation, and judgments nos. 1974/2, 1978/4806, 1985/1682, 1989/2439, 1993/664, 1993/1066, 1993/1388, 1994/6080, 1996/4387 and 1996/8450, given by its Criminal Divisions.

One principle which emerges from this case-law is that the first-instance judgment must be based on an assessment of the whole of the writing and/or speech in issue. As regards assessment of the material constituting the offence defined in Article 312 of the Criminal Code, the Court of Cassation has made it clear, particularly in the above-mentioned judgment no. 1974/2, that the offence of “incitement” consists in an act “capable of endangering public safety and public order” irrespective of whether the incitement has actually produced that result. In addition, in judgment no. 1994/6080, in setting aside a conviction under Article 312, the Court of Cassation would appear to have confined itself to noting the “remote” nature of the danger posed by the “incitement” in issue. Moreover, as regards the imposition of heavier sentences on account of aggravating circumstances, the Court of Cassation has held that such circumstances must be considered in relation to the existence of a grave and imminent danger threatening the general security of the country or the

public. Lastly, in one of these cases, the Court of Cassation stressed the extreme importance – for the protection of the right to a fair trial – of the rule that the accused must always have the opportunity to speak last, before the judges rule.

PROCEEDINGS BEFORE THE COMMISSION

36. Mr Öztürk applied to the Commission on 24 May 1993. Relying on Article 9 of the Convention, he maintained that his conviction as publisher of the book even though the author himself had been acquitted amounted to an infringement of his right to freedom of thought. He also complained that confiscation of the copies of the book he had published had infringed his right to the peaceful enjoyment of his possessions, guaranteed by Article 1 of Protocol No. 1.

37. On 7 April 1997 the Commission declared the application (no. 22479/93) admissible, but expressed the opinion that the complaint concerning infringement of the right to freedom of thought should be considered under Article 10 of the Convention. In its report of 30 June 1998 (former Article 31 of the Convention), it expressed the unanimous opinion that there had been a violation of Article 10. It also expressed the opinion that it was not necessary to examine the complaint of a violation of Article 1 of Protocol No. 1 (thirty votes to one). The full text of the Commission's opinion is reproduced as an annex to this judgment.

FINAL SUBMISSIONS TO THE COURT

38. In his memorials the applicant, while agreeing with the Commission that there had been a violation of Article 10 of the Convention, requested the Court to hold that Article 312 § 2 of the Criminal Code, regard being had to the material and legal content of the offence defined therein, was in breach as such of that provision of the Convention. In addition, he maintained his complaint of a violation of Article 1 of Protocol No. 1, pleading the pecuniary loss he had allegedly sustained on account of the events in issue in the present case, particularly confiscation of the book. Lastly, he asked the Court to award him a sum in respect of pecuniary damage under Article 41 of the Convention.

39. The Government, for their part, asked the Court to hold that a reference to the Court of Cassation by written order was not a remedy that was required to be exhausted for the purposes of Article 35 (former Article 26) of the Convention or one which was capable of causing a further period of six months within the meaning of that provision to begin to run.

With regard to the merits, they asked the Court to dismiss the application, taking into account

“[the fact] that at the time when the judgment was rendered there was a pressing social need justifying the confiscation of the book and the conviction of [Mr Öztürk], ... that within the past ten years [criminal] laws and their application have totally changed, ... that the fine imposed on [the applicant] was a very minor one [and] that later editions of the book published by another publisher are freely sold in Turkey”.

THE LAW

I. SCOPE OF THE CASE

40. In his application to the Commission Mr Öztürk complained that his conviction had breached Article 9 of the Convention (see paragraph 36 above). In his memorials to the Court, however, he did not submit argument in support of that complaint, making no more than a passing reference to Article 9. He can therefore not be considered to have maintained it before the Court, which can see no reason to examine it of its own motion (see, *mutatis mutandis*, the Yaşa v. Turkey judgment of 2 September 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VI, p. 2428, § 60).

The Court's examination will accordingly be confined to the complaints under Article 10 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 1.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 10 OF THE CONVENTION

41. Mr Öztürk submitted that his conviction of an offence under Article 312 of the Criminal Code had breached Article 10 of the Convention, which provides:

“1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.”

A. The Government's preliminary objection

42. Before the Court the Government maintained that in the present case the final decision for the purposes of Article 35 (former Article 26) of

the Convention was the National Security Court's judgment of 30 March 1989 (see paragraphs 16 and 17 above). They therefore considered that as the application to the Commission had been lodged on 24 May 1993 the Commission should have declared it inadmissible on the ground that it was out of time (see paragraph 36 above).

They submitted that the Commission had wrongly calculated the six-month period from 8 January 1993 when the Court of Cassation gave judgment on the second reference by written order lodged by Principal State Counsel (see paragraph 26 above); it would have been sufficient for the Commission to note that because of the extraordinary nature of the remedy concerned its use could not cause a new six-month period to begin to run.

In conclusion, the Government asked the Court to hold that in the present case there had been "an erroneous application" of (former) Article 26 of the Convention.

43. The applicant made no observations on this point.

44. The Court considers that the above arguments amount to an objection on the ground of failure to comply with the six-month rule and notes that in their preliminary observations on admissibility the Government likewise objected that the application was out of time. With regard to the starting-point of the six-month period, however, they referred before the Commission to the date on which the first reference by written order was dismissed (see paragraph 25 above), not that on which the second was dismissed (see paragraph 42 above).

Be that as it may, the Court considers that this preliminary objection is unfounded, for the following reasons.

45. The Court notes that the reference by written order (*Yazılı emir ile bozma*) provided for in Turkish law is an extraordinary remedy available against judgments given at last instance against which no appeal lies to the Court of Cassation. According to Article 343 of the Code of Criminal Procedure (see paragraphs 33 and 34 above), only Principal State Counsel at the Court of Cassation is empowered to refer a case, but he may do so only on the formal instructions of the Minister of Justice. The remedy in question is therefore not directly accessible to people whose cases have been tried. Consequently, regard being had to the generally recognised rules of international law, it is not necessary for this remedy to have been used for the requirements of Article 35 of the Convention to be held to have been satisfied.

It follows that a reference by written order should not in principle be taken into consideration for the purposes of the six-month rule. However, it is a different matter where, as in the present case, this remedy has actually been exercised.

In that case it becomes similar to an ordinary appeal on points of law, in that it gives the Court of Cassation the opportunity to set aside the

impugned judgment, if necessary, and remit the case to the lower court, and therefore to remedy the situation criticised by the person whose case has been tried.

And in order to determine whether the conditions laid down in Article 35 of the Convention have been satisfied the Convention organs have always taken appeals on points of law into consideration. The Court observes in addition that in the present case the argument submitted by Principal State Counsel in support of the second reference by written order was in fact considered by the Court of Cassation (see paragraph 26 above), which, moreover, gave judgment as a court of last instance. The fact that the appeal was declared ill-founded on the ground that the case had not revealed any manifest breach of the law takes nothing away from that finding.

46. In conclusion, the Court considers, like the Commission, that by requesting the Minister of Justice to refer his case to the Court of Cassation the applicant set in motion a procedure which, in the present case, proved to be effective, and that the six-month period did indeed begin to run on 8 January 1993, the date of the Court of Cassation's judgment on the second reference.

As Mr Öztürk therefore lodged his application in good time, the Government's objection must be dismissed.

B. Merits of the complaint

1. Existence of an interference

47. The Government submitted that Mr Öztürk's conviction in the capacity of publisher could not be regarded as an infringement of his freedom of expression. N. Behram was the author and real beneficiary of the right to freedom of expression, and no restriction of Mr Behram's right to impart or express opinions could be alleged since he had been acquitted (see paragraph 22 above) and his work had been on open sale in Turkey since 1991 (see paragraph 27 above).

48. The applicant did not make any observation on this point.

49. The Court would first point out that Article 10 guarantees freedom of expression to "everyone". No distinction is made in it according to the nature of the aim pursued or the role played by natural or legal persons in the exercise of that freedom (see, *mutatis mutandis*, the *Casado Coca v. Spain* judgment of 24 February 1994, Series A no. 285-A, pp. 16-17, § 35). It applies not only to the content of information but also to the means of dissemination, since any restriction imposed on the means necessarily interferes with the right to receive and impart information (see, *mutatis mutandis*, the *Autronic AG v. Switzerland* judgment of 22 May 1990,

Series A no. 178, p. 23, § 47). Admittedly, publishers do not necessarily associate themselves with the opinions expressed in the works they publish. However, by providing authors with a medium they participate in the exercise of the freedom of expression, just as they are vicariously subject to the “duties and responsibilities” which authors take on when they disseminate their opinions to the public (see, *mutatis mutandis*, *Sürek v. Turkey (no. 1)* [GC], no. 26682/95, § 63, ECHR 1999-IV; see also paragraph 31 above).

In short, the Court considers that Mr Öztürk’s conviction for helping to publish and distribute Mr Behram’s book unquestionably constituted interference with the exercise of his freedom of expression under the first paragraph of Article 10 (see, *mutatis mutandis*, the *Engel and Others v. the Netherlands* judgment of 8 June 1976, Series A no. 22, p. 40, §§ 94-95, and the *Müller and Others v. Switzerland* judgment of 24 May 1988, Series A no. 133, p. 19, §§ 27-28).

2. *Justification for the interference*

50. Such interference breaches Article 10 unless it satisfies the requirements of the second paragraph of that Article. The Court must therefore determine whether it was “prescribed by law”, was directed towards one or more of the legitimate aims set out in that paragraph and was “necessary in a democratic society” to achieve the aims concerned. The Court will examine each of these criteria in turn.

(a) “Prescribed by law”

51. The applicant submitted that while it was legitimate to punish “incitement of the people to crime”, Article 312 § 2 of the Criminal Code could not be held to be compatible with the requirements of Article 10 of the Convention since it did not define sufficiently clearly the constituent elements of the offence it made punishable.

52. The Government rejected this argument, asserting in particular that the Turkish courts applied the legislation in issue in accordance with the principles laid down and developed in the case-law of the Court of Cassation, to the effect that courts are required to ascertain whether this or that instance of speech or writing is capable of creating an imminent danger to public order, while taking into account the particular circumstances of each case (see paragraph 35 above). Read in the light of the case-law on the question, the wording of the impugned provision was precise enough for people to be able to foresee whether or not a given act would constitute the offence contemplated in it.

53. The Commission considered that Article 312 § 2 of the Criminal Code provided a sufficient basis for the applicant’s conviction.

54. The Court refers to its established case-law to the effect that one of the requirements flowing from the expression “prescribed by law” is the foreseeability of the measure concerned. Thus, a norm cannot be regarded as a “law” unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able – if need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice (see *Rekvényi v. Hungary* [GC], no. 25390/94, § 34, ECHR 1999-III).

55. The Court recognises that in the area under consideration it may be difficult to frame laws with absolute precision and that a certain degree of flexibility may be called for to enable the national courts to assess whether a publication should be considered separatist propaganda capable of inciting others to hatred and hostility. However clearly drafted a legal provision may be, there will inevitably be a need for interpretation by the courts, whose judicial function is precisely to elucidate obscure points and dispel any doubts which may remain regarding the interpretation of legislation (see, *mutatis mutandis*, *Başkaya and Okçuoğlu v. Turkey* [GC], nos. 23536/94 and 24408/94, § 39, ECHR 1999-IV, and *Rekvényi* cited above, loc. cit.).

In the present case the Court observes that, contrary to the applicant’s assertions, Article 312 § 2 does not give the National Security Courts excessive discretion to interpret the constituent elements of the offence it defines. The text in issue (see paragraph 30 above) makes it an offence to incite people to hatred and hostility when this is done on the basis of a distinction drawn in terms of a number of criteria which are exhaustively listed therein, and it provides for increased sentences in the event of conduct which endangers public safety. The third paragraph of Article 312 refers moreover to Article 311 § 2, which contains indications of the types of publications and forms of dissemination through which the offence may be committed. In addition, the case-law on the question cited by the Government lays down certain principles governing the classification and punishment of incitement to commit an offence (see paragraphs 35 and 52 above).

56. The Court notes that in respect of the same book two different benches of the National Security Court gave divergent interpretations and classifications and reached two contradictory decisions (see paragraphs 16 and 22 above). It considers, however, that that is not sufficient to justify *in abstracto* the conclusion that Article 312 § 2 of the Criminal Code lacked

the required clarity and precision, or that the interpretation made by the National Security Court when it convicted Mr Öztürk went beyond what might reasonably have been expected, although it is, in the Court's opinion, one specific aspect to be taken into consideration for the purpose of assessing the necessity in a democratic society of the interference in issue, regard being had to the arguments the Government submitted on that question (see paragraphs 61 and 67 below).

57. In short, the Court, like the Commission, accepts that the interference with the applicant's right to freedom of expression, being the result of his conviction under Article 312 § 2 of the Criminal Code, may be considered to have been prescribed by law (see, *mutatis mutandis*, the following judgments: *Ceylan v. Turkey* [GC], no. 23556/94, § 25, ECHR 1999-IV; *Incal v. Turkey* of 9 June 1998, *Reports* 1998-IV, pp. 1564-65, § 41; and *Zana v. Turkey* of 25 November 1997, *Reports* 1997-VII, p. 2546, § 47).

(b) Legitimate aim

58. The Court notes that no argument was submitted to it on this question by the parties to the dispute. The Commission considered that the applicant had been convicted in the interest of "national security".

59. Having regard to the sensitive nature of the fight against terrorism, the need for the authorities to exercise vigilance when dealing with actions likely to exacerbate violence, and the reasons set out in the judgment given by the National Security Court on 30 March 1989 (see paragraph 16 above), the Court considers that it can accept that the applicant's conviction pursued two aims compatible with Article 10 § 2, namely the prevention of disorder or crime.

(c) "Necessary in a democratic society"

(i) Arguments submitted to the Court

60. Mr Öztürk submitted that when he published a first and then a second edition of the book he was convinced that there was nothing illegal in it. There was no justification for the penalties imposed on him on account of the opinions expressed in the book either under the Convention or under domestic law. In that connection he observed that, two years after he himself had been convicted under Article 312 of the Criminal Code, Mr N. Behram, the book's author, had been acquitted of the same charges; since then the book had been on open sale in Turkey and no one to date had been prompted to commit a crime by reading it.

In the applicant's submission this paradoxical situation illustrated the way in which the Turkish authorities had made improper use of Article 312 § 2 in order to punish politicians, human rights activists and intellectuals.

61. The Government replied in the first place that the applicant could not rely on the fact that the author of the book had been acquitted to support his assertion that he was a victim of a violation of Article 10 of the Convention. Although the National Security Court, after convicting the applicant on 30 March 1989, had acquitted the author of the book on 22 May 1991, that had only been the result of the way application of Article 312 § 2 of the Criminal Code had been influenced by “changes in the world as regards the threat of communism” and “developments in the case-law” that had taken place in the meantime. But a change in case-law or a development in the application of a particular law had no retrospective effect which could benefit the applicant.

The Government submitted that where a violation of the Convention had been committed initially but subsequently made good, as in the present case, there should be no further ruling on the question. Moreover, it would be inequitable to conclude that Turkey was at fault without taking into account the changes mentioned above. In support of this argument they observed that even if the Court found a violation of the Convention in the present case, the judgment given as a result would not have any bearing on Mr Öztürk’s present situation, since in practice application of Article 312 § 2 of the Criminal Code had already been made less strict.

Mr Öztürk’s conviction and the confiscation of the remaining copies of the edition in issue had been justified in the circumstances which obtained in 1989. Similarly, Mr Behram’s acquittal had also been a just decision and one appropriate to the situation in 1991. In convicting the applicant the National Security Court had considered the book as a whole, without singling out this or that passage. It had noted, for example, that the book was a biography of the “terrorist” İ. Kaypakkaya, leader of the TKP-ML, a “terrorist organisation” whose aim was to overthrow the constitutional order in Turkey; by praising the activities of İ. Kaypakkaya it had overstepped the limits of permissible criticism and condoned the violence which the TKP-ML had formerly resorted to in an attempt to install a communist regime.

62. The Government further asserted that both at the time when the indictment was drawn up and at the time when the judgment in issue was delivered the TKP-ML had posed a real threat, and that in view of the situation when it was published the book had given rise to a “present risk” and an “imminent danger” for the Turkish State and Turkish society (see paragraph 61 above). Although the communist ideology of the TKP-ML had ceased to be a threat to Turkey in the 1990s, that was not true of the “separatism” which was part of the organisation’s platform.

For the above reasons, the Government considered it legitimate for dissemination of terrorist and separatist propaganda and incitement of the people to crime to have been made criminal offences. They submitted that this formed part of the restrictions on freedom of expression author-

ised by the second paragraph of Article 10 of the Convention, and that assessment of the acts which constituted those offences, which were capable of undermining a country's social order and security, came within the particularly broad margin of appreciation left to States in this field. The Court should therefore confine itself to a review of lawfulness and refrain from determining the facts of the situation in Turkey and even more from substituting its own assessment for that of the domestic courts on the question whether this or that publication was capable of causing a threat. In that connection, the Government criticised the Commission for, among other things, omitting to take due note of the criteria laid down in the previously cited Zana judgment.

The Government further submitted that the fine of 285,000 Turkish liras imposed on the applicant had to be described as very moderate and proportionate for the purposes of Article 10 § 2.

In conclusion, the Government argued that the applicant's conviction and the fine imposed on him could reasonably be held to have met a pressing social need and accordingly to have been necessary in a democratic society.

63. The Commission considered that the book was in many respects similar to a political pamphlet, in which İ. Kaypakkaya was presented as a hero and an example for others. While accepting that it was not impossible that the book had been intended as a source of inspiration for those who were carrying on the fight against the Turkish security forces in south-east Turkey, the Commission observed that the Government had not cited any passage indicating that the book advocated the pursuit of violence or that it justified terrorist acts.

After pointing out the particular importance of political debate, an essential element of a democratic society, the Commission concluded that in the present case, even taking the national authorities' margin of appreciation into account, the sanction imposed on the applicant was not justified under Article 10 of the Convention.

(ii) The Court's assessment

64. The Court reiterates the fundamental principles underlying its judgments relating to Article 10, as set out most recently in thirteen other cases against Turkey (see paragraph 4 above and, among other authorities, *Karataş v. Turkey* [GC], no. 23168/94, § 48, ECHR 1999-IV).

(i) Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual's self-fulfilment. Subject to paragraph 2 of Article 10, it is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. Such are the demands of that

pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no “democratic society”. As set forth in Article 10, this freedom is subject to exceptions, which must, however, be construed strictly, and the need for any restrictions must be established convincingly.

(ii) The adjective “necessary”, within the meaning of Article 10 § 2, implies the existence of a “pressing social need”. The Contracting States have a certain margin of appreciation in assessing whether such a need exists, but it goes hand in hand with European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent court. The Court is therefore empowered to give the final ruling on whether a “restriction” or “penalty” is reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10.

(iii) In exercising its supervisory jurisdiction, the Court must look at the interference in the light of the case as a whole, including the content of the impugned work and the context in which it was published. In particular, it must determine whether the measure in issue was “proportionate to the legitimate aims pursued” and whether the reasons adduced by the national authorities to justify it are “relevant and sufficient”. In doing so, the Court has to satisfy itself that the national authorities applied standards which were in conformity with the principles embodied in Article 10 and, moreover, that they based themselves on an acceptable assessment of the relevant facts.

65. The Court observes that the book in issue takes the form of a biography of İ. Kaypakkaya, a founder member of an extreme left-wing movement who died in controversial circumstances after being arrested. On account of its epic style the book can be seen as an apologia for İ. Kaypakkaya, his thoughts and his deeds. Relating for the most part facts connected with Kaypakkaya’s political activities, it describes the conditions inside Diyarbakır Prison when he was imprisoned there and attempts in particular to persuade its readers that agents of the State were responsible for his death.

In the Court’s view it is obvious that the book does not give a neutral account of the events of İ. Kaypakkaya’s life but a politicised version. Through his book the author intended, at least implicitly, to criticise both the Turkish authorities’ actions in the repression of extreme left-wing movements and the conduct of those alleged to be responsible for İ. Kaypakkaya’s death. Albeit indirectly, the book thus gave moral support to the ideology which he had espoused.

The National Security Court held that by venerating communism and the “terrorist” İ. Kaypakkaya the book “expressly incite[d] the people to hatred and hostility” (see paragraph 16 above). Since the National Security Court did not consider it necessary to mention, in its judgment of 30 March 1989, the passages deemed to give the book this character, the Court can only suppose that it endorsed the public prosecutor’s submis-

sions, as set out in the indictment of 14 February 1989. The Court notes, however, that those submissions consisted, for the most part, of a commentary on the poems – mainly taken from literary works – which prefaced the chapters of the book and which the public prosecutor seems to have taken as glosses whereby the hidden meaning of each chapter could be revealed. As for the passage concerning İ. Kaypakkaya's father and the exhortation placed on the book's last page, the Court can see nothing in them capable of giving the political criticism made in the book a particularly virulent tone (see paragraph 14 above).

66. Be that as it may, the Court reiterates that there is little scope under Article 10 § 2 of the Convention for restrictions on political speech or on debate on matters of public interest. Furthermore, the limits of permissible criticism are wider with regard to the government than in relation to a private citizen or even a politician. In a democratic system the actions or omissions of the government must be subject to the close scrutiny not only of the legislative and judicial authorities but also of public opinion. Moreover, the dominant position which the government occupies makes it necessary for it to display restraint in resorting to criminal proceedings, particularly where other means are available for replying to the unjustified attacks and criticisms of its adversaries. Nevertheless, it certainly remains open to the competent State authorities to adopt, in their capacity as guarantors of public order, measures, even of a criminal-law nature, intended to react appropriately and without excess to such remarks. Finally, where such remarks incite to violence against an individual, a public official or a sector of the population, the national authorities enjoy a wider margin of appreciation when examining the need for an interference with the exercise of freedom of expression (see, among many other authorities, *Ceylan* cited above, § 34).

67. In that connection, it is important to note the conclusion reached by the bench of the National Security Court which tried the author of the book, N. Behram. In its judgment of 22 May 1991 it ruled, on the basis of the opinion of a committee of experts composed of three professors of criminal law, that nothing in the book disclosed any incitement to crime capable of justifying Mr Behram's conviction under Article 312 of the Criminal Code (see paragraph 22 above).

Contrary to the Government's submissions, the Court takes the view that this striking contradiction between two interpretations of one and the same book separated in time by about two years and made by two different benches of the same court is one element to be taken into consideration, regard being had to what was at stake for the applicant in the proceedings against him (see paragraphs 24-26 and 60 above).

68. The Court considers that the words used in the relevant edition of the book, whose content, moreover, does not differ in any way from that of the other editions, cannot be regarded as incitement to the use of violence

or to hostility and hatred between citizens (see paragraphs 64 and 66 above).

Admittedly, the Court cannot exclude the possibility that such a book might conceal objectives and intentions different from the ones it proclaims (see, *mutatis mutandis*, the Incal judgment cited above, p. 1567, § 51). However, as there is no evidence of any concrete action which might belie it, the Court sees no reason to doubt the sincerity of the aim pursued by Mr Öztürk in the second edition of the book, especially as the first had sold out without occasioning criminal proceedings (see paragraph 11 above).

69. In that connection, the Court reiterates that it is prepared to take into account the background to the cases submitted to it, particularly problems linked to the prevention of terrorism (see the Incal judgment cited above, pp. 1568-69, § 58).

The Court accepts that it was for the domestic courts to determine whether the applicant had published the book with a reprehensible object. Moreover, the fact that domestic law does not require proof that the offence of which the applicant was accused has had any concrete effect (see paragraph 35 above) does not in itself weaken the need to justify the interference under Article 10 § 2.

In the present case, the Court is not convinced that in the long term the November 1988 edition could have had a harmful effect on the prevention of disorder and crime in Turkey. In fact, the book has been on open sale since 1991 and has not apparently aggravated the “separatist” threat which, according to the Government, existed both before and after Mr Öztürk’s conviction (see paragraph 61 above). Nor have the Government explained how the second edition of the book could have caused more concern to the judicial authorities than the first, published in October 1988 (see paragraph 11 above).

The Court therefore discerns nothing which might justify the finding that Mr Öztürk had any responsibility whatsoever for the problems caused by terrorism in Turkey and considers that use of the criminal law against the applicant cannot be regarded as justified in the circumstances of the present case, which, contrary to the Government’s submissions, are not comparable to those of the Zana case (judgment cited above, p. 2549, §§ 58-60 – see paragraph 62 above).

70. As regards the Government’s argument that the fine imposed on the applicant was moderate in amount (see paragraphs 16 and 62 above), the Court accepts that the nature and severity of the penalties imposed are also factors to be taken into account when assessing the proportionality of an interference in relation to the aim pursued (see, among other authorities, *Ceylan* cited above, § 37).

However, having regard to the conclusions it has reached above (see paragraphs 68 and 69) and to the fact that the preventive aspect of the interference under consideration – namely the seizure of some copies of

the book – in itself raises issues under Article 10 (see, among other authorities, the Incal judgment cited above, p. 1568, § 56), the Court considers, in the circumstances of the present case, that it cannot attach decisive weight to that argument.

71. The Court accordingly takes the view that it has not been established in the present case that at the time when the edition in issue was published there was a “pressing social need” capable of justifying a finding that the interference in question was “proportionate to the legitimate aim pursued”.

72. Nor, on that point, can the Court accept the Government’s argument, based on “developments in the case-law” since the applicant’s conviction, that where a violation of the Convention initially committed has subsequently been made good the Court should not rule on the matter (see paragraph 61 above).

73. The Court’s sole task is to assess the particular circumstances of a given case and it reiterates that a decision or measure favourable to an applicant is not sufficient in principle to deprive him of his status as a “victim” unless the national authorities have acknowledged, either expressly or in substance, and then afforded redress for, the breach of the Convention (see, among other authorities, the *Amuur v. France* judgment of 25 June 1996, *Reports* 1996-III, p. 846, § 36). In the present case, however, the applicant did not even benefit from any such decision or measure.

In that connection, the Court will confine itself to noting the position adopted by the judicial authorities on the question of Mr N. Behram’s acquittal, that is to say well after Mr Öztürk’s conviction.

In its judgment of 8 January 1993 concerning the second reference by written order lodged by Principal State Counsel, the Court of Cassation held (see paragraphs 25 and 26 above):

“... the judgment acquitting Mustafa Nihat [Behram] became final without any appeal on points of law being lodged. Lastly, there is no evidence that the assessment of the content of the book *A testimony to life – Diary of a death under torture* made in the judgment at first instance is bad and must be invalidated.”

Moreover, the appendices to the Government’s memorial in reply (see paragraph 8 above) include a memorandum of 14 December 1995 sent to the Ministry of Justice by Principal State Counsel at the Court of Cassation, in which the latter expressed the following opinion:

“in fact, with the judgment ... of 8 January 1993 in which the Court of Cassation dismissed the appeal on points of law of ... Ünsal Öztürk, the contradiction between the two judgments of [the National Security Court] was resolved and it was thus confirmed that the judgment consistent with the law was indeed the judgment given on 30 March 1989 against Ünsal Öztürk ...”

Even supposing that “developments in the case-law” prompted Mr Behram’s acquittal, it can only be noted that these did not prove to be

sufficiently pertinent to enable the Court of Cassation to remedy the situation the applicant now complains of before the Court (see paragraphs 24-26 above; see also paragraph 17).

74. The Court accordingly concludes that there has been a violation of Article 10 of the Convention.

III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 1 OF PROTOCOL No. 1

75. The applicant further submitted that the confiscation order made in the present case by the National Security Court had infringed Article 1 of Protocol No. 1, which provides:

“Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.”

76. The Court notes that the measure complained of by the applicant was an incidental effect of his conviction (see paragraph 28 above), which it has held to have been in breach of Article 10. It is consequently unnecessary to consider this complaint separately (see, *mutatis mutandis*, the Socialist Party and Others v. Turkey judgment of 25 May 1998, *Reports* 1998-III, p. 1259, § 57).

IV. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

77. The applicant claimed compensation for the pecuniary damage he had allegedly sustained and reimbursement of the costs and expenses he had incurred for the proceedings in Turkey and before the Commission and the Court. He relied on Article 41 of the Convention, which provides:

“If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the decision of the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.”

A. Pecuniary damage

78. The applicant claimed 15,719 American dollars (USD), plus interest, for the loss resulting from the confiscation of 3,195 copies of the edition in issue, which cost 1,500,000 Turkish liras (TRL) each, equivalent to USD 4.92, including publishing costs and profit.

He further claimed compensation for loss of profit, which he assessed at approximately USD 442,800, taking into account the sales of further editions which he had been unable to publish. In that connection, he estimated that the book could have run to at least two editions a year, each of 5,000 copies, which made a potential total of 90,000 copies, each of which could have been sold at USD 4.92.

In addition, he claimed reimbursement of the fine of TRL 285,000 (USD 121) he had paid.

79. The Government contested these claims. They argued in particular that there could be no right to compensation for the confiscation of an illegal publication ordered and carried out in accordance with the law.

They submitted that the claims relating to loss of profit were hypothetical and without foundation. In any event, the reason why Mr Öztürk was no longer the publisher of the book, which had been on sale since 1991, was that he had been unable to come up with a more attractive offer than rival publishing houses.

80. The Court notes that the fine imposed on the applicant and the confiscation of the copies of the edition in question were direct consequences of the violation of Article 10 of the Convention which it has found. It must therefore first order reimbursement in full of the fine he paid. As regards the confiscated copies, it appears from the case file that the first edition of the book was out of print; of the 3,195 copies of the second edition seized in the instant case 3,133 were seized on the premises of the Yurt Kitap-Yayın publishing house and 2,845 copies were destroyed. The Court further notes that, according to an opinion expressed on 12 May 1997 by the Union of Turkish Publishers (*Türkiye Yayıncılar Birliği*), the retail price of a book comparable with the one published by the applicant was on that date approximately TRL 500,000 (USD 3.58).

The Court cannot allow the applicant's claims concerning the loss of future sales of the book, having regard to their speculative nature and the impossibility of quantifying precisely, on the basis of the case file, the loss of profit suffered in that way.

In conclusion, the Court, making an equitable ruling on the basis of all the information in its possession, awards the applicant USD 10,000 for pecuniary damage.

B. Costs and expenses

81. The applicant's representative asked the Court to take into account a contract between the applicant and himself signed on 10 May 1993. Under the terms of that agreement Mr Öztürk owed his lawyer TRL 100,000,000 (USD 10,227 at the time), but as it was impossible for him to pay that sum owing to the financial difficulties caused by the fact that he had been imprisoned several times on account of other works

published between 1994 and 1997 it had been agreed that the lawyer would receive 10% of any sum awarded by the Court by way of just satisfaction.

82. The Government found this sum excessive in comparison with the fees normally charged by advocates in 1993. They further contended that while the applicant's counsel agreed to work without a fee until 1999, although he could have enforced recovery of the debt, that was something which could not engage the Government's responsibility.

83. The Court observes that in respect of costs and expenses the applicant claimed only reimbursement of the fee of his representative, Mr Öndül. Applying the criteria laid down in its case-law, it must therefore ascertain whether the sum claimed was actually and necessarily incurred in order to prevent or obtain redress for the matter found to constitute a violation of the Convention and was reasonable as to quantum (see, among many other authorities, *Başkaya and Okçuoğlu* cited above, § 98). The Court notes that Mr Öndül defended the applicant throughout the domestic proceedings and represented him both before the Commission and during the written proceedings before the Court. Making its ruling, here again, on an equitable basis, the Court considers it reasonable to award the applicant 20,000 French francs for his costs and expenses.

C. Default interest

84. The Court deems it appropriate to make provision for the payment of default interest at the annual rate of 5% for the sum awarded in American dollars and 3.47% for the sum awarded in French francs.

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Dismisses* the Government's preliminary objection;
2. *Holds* that there has been a violation of Article 10 of the Convention;
3. *Holds* that it is not necessary to consider the complaint under Article 1 of Protocol No. 1;
4. *Holds*
 - (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months, the following sums, to be converted into Turkish liras at the rate applicable on the date of settlement:
 - (i) 10,000 (ten thousand) American dollars for pecuniary damage;
 - (ii) 20,000 (twenty thousand) French francs for costs and expenses;

(b) that simple interest shall be payable on these sums, from the expiry of the above-mentioned three months until settlement, at the following rates:

- (i) 5% per annum for the sum awarded in American dollars;
- (ii) 3.47% per annum for the sum awarded in French francs;

5. *Dismisses* the remainder of the claim for just satisfaction.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 28 September 1999.

Maud DE BOER-BUQUICCHIO
Deputy Registrar

Luzius WILDHABER
President

ANNEX

**OPINION OF THE EUROPEAN COMMISSION
OF HUMAN RIGHTS¹**

(as expressed in the Commission's report² of 30 June 1998)

[The Commission was composed as follows:

Mr S. TRECHSEL, *President*,
 Mr J.-C. GEUS,
 Mr M.P. PELLONPÄÄ,
 Mr E. BUSUTTI,
 Mr GAUKUR JÖRUNDSSON,
 Mr A.Ş. GÖZÜBÜYÜK,
 Mr A. WEITZEL,
 Mr J.-C. SOYER,
 Mr H. DANIELIUS,
 Mrs G.H. THUNE,
 Mr F. MARTÍNEZ,
 Mr C.L. ROZAKIS,
 Mrs J. LIDDY,
 Mr L. LOUCAIDES,
 Mr M.A. NOWICKI,
 Mr I. CABRAL BARRETO,
 Mr B. CONFORTI,
 Mr N. BRATZA,
 Mr I. BÉKÉS,
 Mr D. ŠVÁBY,
 Mr G. RESS,
 Mr A. PERENIĆ,
 Mr C. BİRSAN,
 Mr P. LORENZEN,
 Mr K. HERNDL,
 Mr E. BIELIUNAS,
 Mr E.A. ALKEMA,
 Mr M. VILA AMIGÓ,
 Mrs M. HION,
 Mr R. NICOLINI,
 Mr A. ARABADJIEV,
 and Mr M. DE SALVIA, *Secretary*.]

1. English original.

2. The opinion contains some references to previous paragraphs of the Commission's report. The full text of the report may be obtained from the Registry of the Court.

A. Complaints declared admissible

35. The Commission has declared admissible:

- the applicant’s complaint that his conviction for publishing the book in question constituted an unjustified interference with his freedom of thought and freedom of expression, in particular, with his right to receive and impart information and ideas;
- the applicant’s complaint that the confiscation of all copies of the book constituted an unjustified interference with the peaceful enjoyment of his possessions.

B. Points at issue

36. The points at issue in the present case are as follows:

- whether the applicant’s conviction for publishing the book in question infringed his freedom of thought and freedom of expression as guaranteed by Article 10 of the Convention; and
- whether the confiscation of the copies of the book in question infringed his right to the peaceful enjoyment of his possessions as guaranteed by Article 1 of Protocol No. 1.

C. As regards Article 10 of the Convention

37. The applicant complains under Article 9 of the Convention that his conviction for publishing a book constituted an unjustified interference with his freedom of thought and freedom of expression.

38. The Commission considers that the applicant’s complaint essentially concerns an alleged violation of his freedom of expression. The Commission will therefore examine this complaint under Article 10 of the Convention, which states:

“1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.”

39. The applicant submits that his conviction for an offence under Article 312 of the Turkish Criminal Code was contrary to law, since the author of the book, Nihat Behram, had been acquitted on charges brought on account of the same book and under the same provisions.

40. The applicant further submits that the same book had also been published by another publishing house, Altınçağ Yayıncılık, under the title *Biography of a communist (Bir komünistin biyografisi)*, and freely sold in Turkey. Furthermore, the book was also published in 1989 in Germany, by Peter Hammer Verlag, under the title *Tödlicher Mai – Leben und Tod im türkischen Widerstand*.

41. The applicant submits that, in the light of the foregoing, the national authorities exceeded the margin of appreciation conferred on the Contracting States by the Convention.

42. The Government maintain that the interference with the applicant's rights under Article 10 of the Convention was prescribed by law, i.e. by Article 312 of the Turkish Criminal Code. They state that the acquittal of the author of the book had become final without any appeal process, whereas, having regard to the amount of the fine, the decision to convict the applicant was not appealable.

43. The Government also submit that the impugned book was likely to provoke hostility and hatred between the Turkish and Kurdish societies and to mobilise people to revolt. They contend that the book was based on the life story of a dissident who had used violence and terrorist tactics after joining an illegal political party, had diverted his activities to the south-eastern part of Turkey and declared that armed resistance and struggle were necessary for the Kurds.

44. In this respect the Government claim that the decisions of the Court of Cassation did not exceed the margin of appreciation conferred on the Contracting States by the Convention and was fully justified under the second paragraph of Article 10, for reasons of national security, territorial integrity and public safety.

45. The Commission is of the opinion that the penalty imposed on the applicant constituted an interference in the exercise of his right to freedom of expression as protected by Article 10 § 1. This point has not been in dispute between the parties.

46. It is then necessary to examine whether that interference was justified under paragraph 2 of Article 10 or, in other words, whether it was prescribed by law, pursued one or more of the legitimate aims set out in that Article and was necessary in a democratic society.

47. As to the question of lawfulness, the Commission notes that the applicant's conviction was based on Article 312 of the Turkish Criminal Code and therefore considers that the interference was prescribed by law.

48. As regards the aim of the interference, the Commission considers that the penalty was imposed in the interest of national security, this being one of the legitimate aims set out in Article 10 § 2 of the Convention.

49. The remaining issue is whether the interference was necessary in a democratic society in order to serve the interest of national security. In this respect, the Commission recalls the following principles laid down by the

Court (see, *inter alia*, Eur. Court HR, *Zana v. Turkey* judgment of 25 November 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VII, pp. 2547-48, § 51):

“(i) Freedom of expression [as enshrined in paragraph 1 of Article 10] constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress ... [I]t is applicable not only to ‘information’ or ‘ideas’ that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broad-mindedness without which there is no ‘democratic society’ ...”

(ii) The adjective ‘necessary’, within the meaning of Article 10 § 2, implies the existence of a ‘pressing social need’. The Contracting States have a certain margin of appreciation in assessing whether such a need exists, but it goes hand in hand with European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent court ...

(iii) In exercising [their] supervisory jurisdiction, [the organs of the Convention] must look at the impugned interference in the light of the case as a whole, including the content of the remarks held against the applicant and the context in which he made them. In particular, [they] must determine whether the interference in issue was ‘proportionate to the legitimate aims pursued’ and whether the reasons adduced by the national authorities to justify it are ‘relevant and sufficient’ ...”

50. The Commission further notes that, while freedom of political debate is at the very core of the concept of a democratic society (see Eur. Court HR, *Lingens v. Austria* judgment of 8 July 1986, Series A no. 103, p. 26, § 42), that freedom is not absolute. A Contracting State is entitled to subject it to certain “restrictions” or “penalties”, but the Convention organs are empowered to give the final ruling on whether they are reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10 (see Eur. Court HR, *Observer and Guardian v. the United Kingdom* judgment of 26 November 1991, Series A no. 216, pp. 29-30, § 59 (c)). In doing so, the Convention organs must satisfy themselves that the national authorities did apply standards which were in conformity with the principles embodied in Article 10 and, moreover, that they based themselves on an acceptable assessment of the relevant facts (see Eur. Court HR, *Jersild v. Denmark* judgment of 23 September 1994, Series A no. 298, p. 24, § 31).

51. An interference can be regarded as necessary only if it is proportionate to the aims pursued. Consequently, the Commission must, with due regard to the circumstances of each case and the State’s margin of appreciation, ascertain whether a fair balance has been struck between the individual’s fundamental right to freedom of expression and a democratic society’s legitimate right to protect itself against threats to national security.

52. The Commission recalls that the applicant was convicted for the publication of a book that relates the life of İbrahim Kaypakkaya, a founder member of the Communist Party of Turkey – Marxist-Leninist (TKP-ML), who died in detention in May 1973.

53. The Commission notes that the Ankara National Security Court, without referring to any specific part of the book, held that the book dealt

with the life of a terrorist, his revolutionary ideology and his struggle against the State security forces. The court further held that the aim of the book was to make propaganda for the communist ideology. Consequently, according to the court, the publication of the book constituted incitement to hatred and hostility on the basis of class, race and regional differences.

54. In assessing the necessity of the interference, the Commission first points out that the book describes the life of İbrahim Kaypakkaya, who died in 1973, i.e. some fifteen years before the book was published. Consequently, the book refers to past events and does not purport to deal with the situation in Turkey in 1988, when it was published. At the same time, the book has many characteristics of a political pamphlet. İbrahim Kaypakkaya is described in a glorifying manner as a hero and as an example for others. The book expresses deep respect and admiration for his political thinking and action. It is not unlikely that the book was intended to be a source of inspiration for those who later continued to struggle against Turkish security forces in south-east Turkey. However, while the views expressed in the book are highly controversial, the Government have not referred to any passage in the book that would suggest that the book advocated the continued use of violence or was justifying terrorist acts.

55. The Commission also observes that the author of the book was acquitted in respect of the charge under Article 312 of the Turkish Criminal Code and that he was apparently able to obtain the publication of the same book by another Turkish publisher without any criminal proceedings being brought against him or the publisher.

56. The proportionality of the interference with the applicant's freedom of expression is further affected by the fact that the book, apart from being a biography, also expresses political views. In this respect, the Commission points out that freedom of expression plays a particularly important role in a political context, since a free political debate is a necessary element in any democratic society. Moreover, the applicant's conviction could have the effect of discouraging him or others from publishing political ideas again in the future and thus of restraining a free discussion of political issues (see the Lingens judgment, *op. cit.*, p. 27, § 44).

57. Consequently, the Commission, even taking into account the margin of appreciation of the national authorities, finds that the interference with the applicant's freedom of expression was not proportionate to the legitimate aim of national security and could, therefore, not be regarded as necessary in a democratic society to achieve that aim.

Conclusion

58. The Commission concludes, unanimously, that in the present case there has been a violation of Article 10 of the Convention.

D. As regards Article 1 of Protocol No. 1

59. Article 1 of Protocol No. 1 provides as follows:

“Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.”

60. The applicant complains that the confiscation of the book which he had published constituted an unjustified interference with the peaceful enjoyment of his possessions.

61. The Government submit that the confiscation of the book, provided for by Article 36 of the Turkish Criminal Code, was the result of his conviction, and was therefore justified under Article 1 of Protocol No. 1.

62. The Commission has examined the complaint concerning the applicant’s conviction under Article 10 of the Convention and found that Article 10 to have been violated. In these circumstances, it finds it unnecessary also to examine the complaint under Article 1 of Protocol No. 1.

Conclusion

63. The Commission concludes, by thirty votes to one, that it is not necessary to examine the complaint under Article 1 of Protocol No. 1.

E. Recapitulation

64. The Commission concludes, unanimously, that in the present case there has been a violation of Article 10 of the Convention (paragraph 58).

65. The Commission concludes, by thirty votes to one, that it is not necessary to examine the complaint under Article 1 of Protocol No. 1 (paragraph 63).

M. DE SALVIA
Secretary to the Commission

S. TRECHSEL
President of the Commission

ÖZTÜRK c. TURQUIE
(*Requête n° 22479/93*)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 28 SEPTEMBRE 1999

SOMMAIRE¹**Condamnation pour incitation à la haine et à l'hostilité****Article 10**

Liberté d'expression – Condamnation pour incitation à la haine et à l'hostilité – Ingérence – Défense de l'ordre – Prévention des infractions – Nécessaire dans une société démocratique – Proportionnalité – Débat politique – Intérêt public – Limites de la critique admissible du gouvernement – Prévention du terrorisme – Incitation à la violence – Marge d'appréciation – Nature et sévérité de la peine

Article 35 § 1

Délai de six mois – Décision interne définitive – Pourvoi dans l'intérêt de la loi sur ordre écrit du ministre de la Justice

*
* *

En 1988, le requérant publia un livre de M. N. Behram qui relatait la vie d'Ibrahim Kaypakkaya, l'un des fondateurs du Parti communiste de Turquie – marxiste-léniniste (le « TKP-ML »), organisation illégale. Chacun des vingt-quatre chapitres du livre était annoncé par un poème. Les poèmes avaient été écrits par différents poètes, dont l'auteur du livre lui-même. La première édition ayant été épuisée dès sa mise en vente, l'ouvrage fut réédité. Le requérant fut inculpé de diffusion de propagande communiste et d'incitation à la haine et à l'hostilité. L'acte d'accusation se référait à des passages précis du livre, certains figurant dans les poèmes. La cour de sûreté de l'Etat reconnut le requérant coupable sur les deux chefs, considérant que les passages invoqués faisaient l'éloge du but et des actions armées du TKP-ML ainsi que de son dirigeant. Elle infligea des amendes au requérant pour chacune des deux condamnations et ordonna la confiscation de l'ouvrage litigieux. Le requérant se pourvut en cassation. Son pourvoi fut rejeté pour autant qu'il contestait la condamnation pour incitation à la haine et à l'hostilité, mais la condamnation pour diffusion de propagande communiste fut annulée à deux reprises et l'affaire fut renvoyée à la cour de sûreté de l'Etat, qui, en définitive, acquitta le requérant au motif que la disposition fondant la condamnation avait dans l'intervalle été abrogée. L'auteur du livre ayant été acquitté de charges analogues à celles dirigées contre lui, le requérant invita le ministre de la Justice à ordonner la formation d'un pourvoi en cassation dans l'intérêt de la loi. Le ministre de la Justice déféra à la demande et ordonna au procureur général de saisir la Cour de cassation. La haute juridiction rejeta toutefois le recours. Elle réserva le même sort à un nouveau pourvoi formé par le procureur général sur ordre du ministre de la Justice, estimant que l'acquiescement d'un autre prévenu n'impliquait pas que le requérant dût lui aussi être acquitté.

1. Rédigé par le greffe, il ne lie pas la Cour.

1. Exception préliminaire du Gouvernement (délai de six mois) : le pourvoi dans l'intérêt de la loi que consacre le droit turc est une voie de recours extraordinaire ouverte contre les jugements rendus en dernier ressort et non susceptibles de cassation. Ce recours n'est pas directement accessible aux justiciables et ne doit pas nécessairement avoir été exercé aux fins de l'épuisement des voies de recours internes. Il ne doit donc pas, en principe, être pris en considération au regard de la règle des six mois. Toutefois, s'il est effectivement exercé, il s'apparente alors à un pourvoi en cassation ordinaire. Or, en l'espèce, la Cour de cassation a examiné les moyens articulés devant elle par le requérant. Celui-ci doit donc être réputé avoir mis en mouvement une procédure qui s'est avérée effective. En conséquence, le délai de six mois a commencé à courir le jour de l'arrêt de la Cour de cassation rejetant le second pourvoi, et la requête a été déposée dans le délai prescrit.

2. Article 10 : la condamnation du requérant s'analyse en une atteinte à son droit à la liberté d'expression car, en fournissant un support aux auteurs, les éditeurs participent à l'exercice de la liberté d'expression. La disposition législative fondant la condamnation du requérant ne conférait pas aux tribunaux une marge d'appréciation excessive pour l'interprétation des éléments constitutifs de l'infraction : elle renvoyait à des critères précis, et la jurisprudence énonçait de son côté certains principes en la matière. Le fait que deux formations différentes de la cour de sûreté de l'Etat aient retenu des interprétations divergentes et rendu des décisions contradictoires ne suffit pas pour justifier *in abstracto* la conclusion que la disposition en cause manquait de clarté et de précision, même s'il s'agit là d'un aspect particulier à prendre en considération dans l'appréciation de la nécessité de l'ingérence. Dès lors, celle-ci était prévue par la loi et poursuivait les buts légitimes que constituent la défense de l'ordre et la prévention des infractions. Quant à la nécessité de l'ingérence, il est clair que le livre ne fournissait pas une narration neutre des faits ayant entouré la vie d'Ibrahim Kaypakkaya, mais un récit à vocation politique, l'auteur entendant stigmatiser tant l'action des autorités turques dans la lutte contre les mouvements d'extrême gauche que la conduite des responsables supposés de la mort d'Ibrahim Kaypakkaya. L'ouvrage apportait ainsi un soutien moral à l'idéologie dont Ibrahim Kaypakkaya était partisan. Or l'article 10 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou des questions d'intérêt général. Les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard du gouvernement qu'à l'égard d'un simple particulier ou même d'un politique, et, dans un système démocratique, les actions et omissions du gouvernement doivent se trouver placées sous le contrôle de l'opinion publique. Il importe que le gouvernement fasse montre de retenue dans le recours aux procédures pénales, spécialement lorsque d'autres moyens sont disponibles pour répliquer à la critique, même si l'Etat demeure libre d'adopter les mesures appropriées, y compris de nature pénale, et même s'il jouit d'une marge d'appréciation plus ample lorsqu'il y a incitation à la violence. A cet égard, il n'est pas sans importance que l'auteur du livre ait été acquitté au motif que rien dans l'ouvrage ne recelait une incitation au crime. Les propos tenus ne pouvaient passer pour une incitation à l'usage de la violence, à l'hostilité ou à la haine, et, si l'on ne peut exclure que pareil écrit comporte des objectifs et intentions dissimulés, il n'y a pas de raison de douter de la sincérité du but poursuivi en l'espèce par le requérant. Si le contexte du terrorisme doit être pris en considération, la Cour n'est pas convaincue que de la seconde

édition du livre pouvaient résulter à long terme des conséquences néfastes pour la défense de l'ordre et la prévention des infractions. Le livre se trouve en vente libre depuis 1991, et le Gouvernement n'a pas expliqué en quoi sa deuxième édition eût gêné les autorités judiciaires plus que la première. L'usage de la voie pénale à l'encontre de l'intéressé ne peut passer pour justifié. Si la nature et la sévérité de la peine constituent des facteurs pertinents pour la question de la proportionnalité, la conclusion précédente et le fait que la saisie soulevait par elle-même des questions sur le terrain de l'article 10 impliquent que l'on ne peut accorder un poids décisif à l'argument du Gouvernement selon lequel l'amende infligée était modérée. La Cour ne peut davantage souscrire à l'argument du Gouvernement selon lequel elle doit s'abstenir de statuer sur la question compte tenu des « développements jurisprudentiels » intervenus depuis la condamnation du requérant. Ces développements ne se sont pas avérés suffisamment pertinents pour permettre à la Cour de cassation de remédier à la situation aujourd'hui dénoncée par le requérant. En conséquence, il y a eu violation de l'article 10.

Conclusion : violation (unanimité).

3. Article 1 du Protocole n° 1 : l'ordonnance de confiscation représente un effet accessoire de la condamnation du requérant jugée constitutive d'une violation de l'article 10. En conséquence, il n'y a pas lieu d'examiner séparément ce grief.

Conclusion : non-lieu à examen (unanimité).

Article 41 : l'amende infligée et la confiscation des exemplaires de l'édition litigieuse étant des conséquences directes de la violation, il y a lieu d'ordonner le remboursement intégral de l'amende. Compte tenu de leur caractère spéculatif et de l'impossibilité de parvenir à une quantification précise du manque à gagner ainsi subi, les prétentions relatives à la perte de ventes futures ne peuvent être accueillies. La Cour accorde au requérant une certaine somme pour dommage matériel. Elle alloue également une somme au titre des frais et dépens.

Jurisprudence citée par la Cour

- Engel et autres c. Pays-Bas, arrêt du 8 juin 1976, série A n° 22
 Müller et autres c. Suisse, arrêt du 24 mai 1988, série A n° 133
 Autronic AG c. Suisse, arrêt du 22 mai 1990, série A n° 178
 Casado Coca c. Espagne, arrêt du 24 février 1994, série A n° 285-A
 Amuur c. France, arrêt du 25 juin 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III
 Zana c. Turquie, arrêt du 25 novembre 1997, *Recueil* 1997-VII
 Parti socialiste et autres c. Turquie, arrêt du 25 mai 1998, *Recueil* 1998-III
 Incal c. Turquie, arrêt du 9 juin 1998, *Recueil* 1998-IV
 Yaşa c. Turquie, arrêt du 2 septembre 1998, *Recueil* 1998-VI
Rekvényi c. Hongrie [GC], n° 25390/94, CEDH 1999-III
Ceylan c. Turquie [GC], n° 23556/94, CEDH 1999-IV
Karataş c. Turquie [GC], n° 23168/94, CEDH 1999-IV
Başkaya et Okçuoğlu c. Turquie [GC], n° 23536/94 et 24408/94, CEDH 1999-IV
Süreç c. Turquie (n° 1) [GC], n° 26682/95, CEDH 1999-IV

En l'affaire Öztürk c. Turquie,

La Cour européenne des Droits de l'Homme, constituée, conformément à l'article 27 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (« la Convention »), telle qu'amendée par le Protocole n° 11¹, et aux clauses pertinentes de son règlement², en une Grande Chambre composée des juges dont le nom suit :

MM. L. WILDHABER, *président*,
 A. PASTOR RIDRUEJO,
 G. BONELLO,
 L. CAFLISCH,
 P. KÜRIS,
 J.-P. COSTA,
 M^{mes} F. TULKENS,
 V. STRÁŽNICKÁ,
 MM. M. FISCHBACH,
 V. BUTKEVYCH,
 J. CASADEVALL,
 M^{me} H.S. GREVE,
 MM. A.B. BAKA,
 R. MARUSTE,
 K. TRAJA,
 M^{me} S. BOTOCHAROVA,
 M. F. GÖLCÜKLÜ, *juge ad hoc*,

ainsi que de M^{me} M. DE BOER-BUQUICCHIO, *greffière adjointe*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 22 avril et 20 septembre 1999,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date :

PROCÉDURE

1. L'affaire a été déférée à la Cour, telle qu'établie en vertu de l'article 19 de la Convention³, par la Commission européenne des Droits de l'Homme (« la Commission ») le 24 septembre 1998, dans le délai de trois mois qu'ouvraient les anciens articles 32 § 1 et 47 de la Convention. A son origine se trouve une requête (n° 22479/93) dirigée contre la République de Turquie et dont un ressortissant de cet Etat, M. Ünsal Öztürk, avait saisi la Commission le 24 mai 1993 en vertu de l'ancien article 25.

Notes du greffe

1-2. Entré en vigueur le 1^{er} novembre 1998.

3. Depuis l'entrée en vigueur du Protocole n° 11, qui a amendé cette disposition, la Cour fonctionne de manière permanente.

La demande de la Commission renvoie aux anciens articles 44 et 48 ainsi qu'à la déclaration turque reconnaissant la juridiction obligatoire de la Cour (ancien article 46). Elle a pour objet d'obtenir une décision sur le point de savoir si les faits de la cause révèlent un manquement de l'Etat défendeur aux exigences de l'article 10 de la Convention.

2. En réponse à l'invitation prévue à l'article 33 § 3 d) du règlement A¹, le requérant a exprimé le désir de participer à l'instance et a désigné M^r H. Öndül, du barreau d'Ankara, comme son conseil (article 30).

3. En sa qualité de président de la chambre initialement constituée (ancien article 43 de la Convention et article 21 du règlement A) pour connaître notamment des questions de procédure pouvant se poser avant l'entrée en vigueur du Protocole n° 11, M. R. Bernhardt, président de la Cour à l'époque, a consulté, par l'intermédiaire du greffier, l'agent du gouvernement turc (« le Gouvernement »), le conseil du requérant et M. H. Danelius, délégué de la Commission, au sujet de l'organisation de la procédure écrite. Une ordonnance a été rendue en conséquence le 15 octobre 1998, fixant la date limite pour le dépôt des mémoires.

4. A la suite de l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 le 1^{er} novembre 1998, et conformément à l'article 5 § 5 dudit Protocole, l'examen de l'affaire a été confié à la Grande Chambre de la Cour. Le 11 décembre 1998, le président de la Cour, M. L. Wildhaber, a décidé que, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, il convenait d'attribuer la présente affaire à la Grande Chambre qui avait été constituée pour connaître de treize autres affaires contre la Turquie, à savoir : Karataş c. Turquie (requête n° 23168/94), Arslan c. Turquie (n° 23462/94), Polat c. Turquie (n° 23500/94), Ceylan c. Turquie (n° 23556/94), Okçuoğlu c. Turquie (n° 24246/94), Gerger c. Turquie (n° 24919/94), Erdoğan et İnce c. Turquie (nos 25067/94 et 25068/94), Başkaya et Okçuoğlu c. Turquie (nos 23536 et 24408/94), Sürek et Özdemir c. Turquie (nos 23927 et 24277/94), Sürek c. Turquie (n° 1) (n° 26682/95), Sürek c. Turquie (n° 2) (n° 24122/94), Sürek c. Turquie (n° 3) (n° 24735/94) et Sürek c. Turquie (n° 4) (n° 24762/94).

5. La Grande Chambre constituée à cette fin comprenait de plein droit M. R. Türmen, juge élu au titre de la Turquie (articles 27 § 2 de la Convention et 24 § 4 du règlement), M. Wildhaber, président de la Cour, M^{me} E. Palm, vice-présidente de la Cour, ainsi que M. J.-P. Costa et M. M. Fischbach, vice-présidents de section (articles 27 § 3 de la Convention et 24 §§ 3 et 5 a) du règlement). Ont en outre été désignés pour compléter la Grande Chambre : M. A. Pastor Ridruejo, M. G. Bonello, M. J. Makarczyk, M. P. Küris, M^{me} F. Tulkens, M^{me} V. Strážnická, M. V. Butkevych, M. J. Casadevall, M^{me} H.S. Greve, M. A.B. Baka,

1. *Note du greffe* : le règlement A s'est appliqué à toutes les affaires déférées à la Cour avant le 1^{er} octobre 1994 (entrée en vigueur du Protocole n° 9) puis, entre cette date et le 31 octobre 1998, aux seules affaires concernant les Etats non liés par ledit Protocole.

M. R. Maruste et M^{me} S. Botoucharova (articles 24 § 3 et 100 § 4 du règlement).

6. Le 15 décembre 1998, le greffier a reçu le mémoire du requérant, que le président avait autorisé à employer la langue turque dans la procédure écrite (article 34 § 3 du règlement).

7. Le 21 décembre 1998, M. Wildhaber a dispensé de siéger M. Türmen, qui s'était déporté, eu égard à une décision de la Grande Chambre prise dans l'affaire Oğur c. Turquie conformément à l'article 28 § 4 du règlement. Le 11 janvier 1999, le Gouvernement a notifié au greffe la désignation de M. F. Gölcüklü en qualité de juge *ad hoc* (article 29 § 1 du règlement).

Ultérieurement, M^{me} Palm, empêchée, a été remplacée par M. K. Traja, suppléant (article 24 § 5 b) du règlement).

8. Le 8 février 1999, dans le délai qu'avait prorogé le président, le greffe a reçu le mémoire du Gouvernement, rédigé en turc, et le 22 février est parvenue une version corrigée des documents annexes audit mémoire. Le requérant et le Gouvernement ont déposé leurs répliques respectives les 15 et 16 mars. A cette dernière date, le Gouvernement a également fourni des renseignements en réponse aux questions formulées par le juge rapporteur relativement aux faits de la cause et au droit interne. Le 30 mars, il a communiqué au greffe des documents destinés à être annexés à son mémoire en réplique. Le 20 avril, le greffe a reçu la version anglaise du mémoire du Gouvernement.

9. Le 22 avril 1999, la Grande Chambre a décidé, eu égard au dossier et au fait que le requérant et le Gouvernement avaient déclaré pouvoir se passer d'audience, de renoncer à celle-ci (article 59 § 2 du règlement).

10. Le 20 septembre 1999, M. Makarczyk, empêché, a été remplacé par M. L. Caflisch, suppléant (article 24 § 5 b) du règlement).

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

11. Né en 1957, M. Öztürk, le requérant, est l'un des propriétaires de la maison d'édition Yurt Kitap-Yayın et réside à Ankara.

En octobre 1988, il publia un livre de M. N. Behram, intitulé *Devant le témoignage de la vie – Journal d'une mort sous la torture (Hayatın Tanıklığında – İşkencede Ölümün Güncesi)*. L'ouvrage relatait la vie d'Ibrahim Kaypakkaya, l'un des fondateurs en 1973 du Parti communiste de Turquie – marxiste-léniniste (*Türkiye Komünist Partisi – Marksist-Leninist – « TKP-ML »*), organisation illégale d'orientation maoïste.

Cet ouvrage de 111 pages, illustré par des photographies, contient 24 chapitres, dont chacun est annoncé par un poème. Il s'agit des écrits de

quatre poètes turcs, à savoir l'auteur lui-même, A. Arif, M. Derviş et A. Kadir, de l'écrivain chilien, P. Neruda, et, enfin, d'Ibrahim Kaypakkaya.

La première édition ayant été épuisée dès sa mise en vente, l'ouvrage fut réédité en novembre 1988.

12. Le 21 décembre 1988, le procureur de la République (« le procureur ») près la cour de sûreté de l'Etat d'Ankara (« la cour de sûreté de l'Etat ») engagea des poursuites pénales contre M. Behram, l'auteur du livre, et contre le requérant, son éditeur. Il sépara cependant le dossier de M. Behram, constatant qu'au moment des faits celui-ci se trouvait à l'étranger.

A. La procédure diligentée à l'encontre de M. Öztürk

13. Le 23 décembre 1988, à la demande du procureur, le juge unique de la cour de sûreté de l'Etat ordonna à titre conservatoire la saisie des exemplaires de la deuxième édition en cause en l'espèce. D'après le dossier, 3 195 exemplaires furent ainsi saisis, dont 3 133 à la maison d'édition du requérant.

Le 5 janvier 1989, l'opposition formée par le requérant contre ladite ordonnance fut écartée.

14. Le 14 février 1989, le procureur inculpa le requérant de propagande communiste contraire à l'ancien article 142 §§ 4 et 6 du code pénal (paragraphe 29 ci-dessous) et d'incitation du peuple à la haine et à l'hostilité sur la base d'une distinction fondée sur l'appartenance à une classe sociale, infraction prévue à l'article 312 §§ 2 et 3 dudit code (paragraphe 30 ci-dessous).

Rappelant les antécédents de İ. Kaypakkaya, le procureur souligna qu'à la tête de l'organisation terroriste TKP-ML, celui-ci s'était livré à des actions armées en vue de renverser l'ordre constitutionnel de l'Etat afin d'instaurer un régime communiste.

A l'appui de ses conclusions, le procureur attira d'abord l'attention sur la description du père de İ. Kaypakkaya, figurant à la deuxième page de l'ouvrage : « c'était un ouvrier qui ne pouvait accepter que la vie s'écoule ainsi, que la sueur, l'énergie et le travail soient ainsi pillés, et qui, contrarié devant cet état de fait, voulait que ce monde funeste change ». D'après le procureur, en assimilant le *statu quo* à un régime spoliateur, cette phrase louait sans conteste le communisme.

Le procureur poursuit en invoquant les poèmes suivants :

« (...) Ce sont les guets-apens qui me guident
vers mon peuple, force vitale de la guérilla,
la résistance est une passion effroyable et noble
mais ce n'est pas tout,
à l'image de l'amante, elle est, de surcroît,
hésitante,

docile,
 délicate,
 habile,
 nous qui sommes maîtres du patriotisme
 l'espoir
 est dissimulé en nous, l'étendard immortel est rouge
 et flotte au vent (...) »

((p. 15) A. Arif ; paru en janvier 1974 dans l'hebdomadaire *Yeni A*)

Selon le procureur, il fallait interpréter ce poème à la lumière des agissements de İ. Kaypakkaya. Considéré sous cet angle, il était insinué que les actions terroristes permettraient de se rapprocher du peuple et d'y recruter des terroristes actifs, et qu'il faudrait lutter et patienter pour établir un régime communiste. Cela s'analysait, selon le procureur, en une propagande illégale en faveur de ladite idéologie.

« Aux compagnons morts

Vous qui avez donné votre vie pour notre peuple
 Vous qui avez tout donné pour ce combat
 Vous qui avez donné la couleur rouge
 à l'étendard du combat
 qui flotte avec fierté dans nos poitrines
 Ô vous qui êtes tombés pour notre peuple immortel
 Ô vous les fils sublimes de notre peuple
 Reposez-vous avec fierté et patience
 Vos compagnons poursuivent votre combat (...) »

((p. 27) İ. Kaypakkaya)

Le procureur releva que ce texte honorait le souvenir des terroristes décédés qui avaient voulu ébranler le régime constitutionnel de l'Etat par les armes et que, particulièrement dans sa dernière phrase, il faisait appel à la haine et à l'hostilité.

« (...) La seule lumière
 Qui nous a réveillés,
 C'était la lumière du monde !
 Je suis entré dans leurs maisons,
 Ils étaient attablés
 De retour du travail,
 Ils riaient ou pleuraient
 Et se ressemblaient tous
 Ils tournaient leur regard vers la lumière
 et cherchaient leur chemin (...) »

((p. 30) P. Neruda)

Pour le procureur, les vers précités constituaient de la propagande communiste puisqu'ils désignaient le communisme comme la seule lumière des prolétaires.

« (...) Ils ont exécuté la sentence de mort
 Ils ont ensanglanté
 La brume bleue des montagnes et
 La brise du matin à peine réveillée
 Ils sont alors venus [et ont posé leurs] armes
 Tâtant soigneusement nos poitrines
 Ils ont examiné,
 fouillé partout (...) »

(p. 35) A. Arif, « Ton absence m'a fait user des chaînes », 1968)

Le procureur soutint que ces phrases insultaient les forces de sécurité qui devaient affronter les terroristes, et incitaient ainsi le peuple à la haine et à l'hostilité contre celles-ci.

Enfin, il releva que l'expression « Que leur vertu soit notre guide et leur mémoire, une lumière sur notre chemin », qui apparaissait à la toute dernière page du livre, se référait à İ. Kaypakkaya ainsi qu'aux autres terroristes.

Par conséquent, le procureur conclut que l'éloge enthousiaste de la personnalité et des agissements du rebelle İ. Kaypakkaya dans le livre en question justifiait tant la condamnation de M. Öztürk en sa qualité d'éditeur responsable aux termes de l'article 16 § 4 de la loi n° 5680 sur la presse (paragraphe 32 ci-dessous) que la confiscation des exemplaires de l'ouvrage incriminé en vertu de l'article 36 § 1 du code pénal (paragraphe 28 ci-dessous).

15. Devant la cour de sûreté de l'Etat, le requérant réfuta les accusations, faisant valoir qu'il avait publié l'ouvrage en cause parce qu'il estimait que celui-ci ne contenait rien qui justifiait des mesures de répression. En outre, ses conseils plaidèrent notamment que les phrases litigieuses du livre, reproduites dans l'acte d'accusation, ne sauraient aucunement passer pour de la propagande séparatiste, et que, à supposer même que l'on pût y voir une critique à l'endroit du régime actuel de l'Etat, celle-ci serait du droit de tout citoyen.

16. Le 30 mars 1989, la cour de sûreté de l'Etat déclara le requérant coupable des infractions reprochées.

Dans son arrêt, après s'être convaincu « qu'il n'y [avait] pas lieu de confier l'examen du livre aux experts, étant donné que son contenu [était] compréhensible par quiconque à la première lecture (...) », la cour de sûreté de l'Etat admit que les passages invoqués dans l'acte d'accusation faisaient bien l'éloge du but et des actions armées du TKP-ML ainsi que de son dirigeant et que, partant, le procureur était pleinement fondé à y voir une incitation ouverte du peuple à la haine et à l'hostilité. Cependant, rappelant qu'elle avait considéré la teneur du livre dans son ensemble – conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation –, la cour de sûreté de l'Etat estima devoir écarter les moyens de défense tirés précisément du manque de pertinence

d'une appréciation fondée sur tel ou tel extrait isolé de l'ouvrage litigieux.

Estimant qu'il n'était pas nécessaire de reproduire dans le dispositif de l'arrêt les passages recelant des éléments délictueux, la cour de sûreté de l'Etat énonça :

« Tout bien considéré, le livre vise à glorifier et vénérer tant le communisme que le terroriste nommé İbrahim Kaypakkaya (...) qui en était partisan, et à faire l'apologie de ses agissements (...) par ailleurs, [ledit livre] incite expressément le peuple à la haine et à l'hostilité sur la base d'une distinction fondée sur l'appartenance à une région, à une classe sociale et à une race. »

La cour de sûreté de l'Etat condamna M. Öztürk à des peines d'amende de 328 500 et de 285 000 livres turques (TRL) au titre des articles 142 § 4 et 312 § 2 du code pénal respectivement (paragraphe 29 et 30 ci-dessous), et ordonna la confiscation de l'ouvrage litigieux (paragraphe 28 ci-dessous).

17. Par un arrêt du 26 septembre 1989, la Cour de cassation déclara le pourvoi du requérant irrecevable quant à la condamnation prononcée en vertu de l'article 312 du code pénal, au motif qu'elle n'était pas susceptible de recours eu égard au montant de l'amende infligée à ce titre. Elle infirma cependant le verdict prononcé en vertu de l'article 142 § 4, considérant qu'il était contraire à la loi d'établir la culpabilité de l'accusé par simple renvoi à l'acte d'accusation, sans démontrer et motiver comment et dans quelles parties le livre litigieux faisait l'apologie du communisme. Elle renvoya sur ce point l'affaire devant la cour de sûreté de l'Etat.

18. Le 9 janvier 1990, le requérant s'acquitta de l'amende de 285 000 TRL.

19. Dans l'arrêt qu'elle rendit le 28 décembre 1990, la cour de sûreté de l'Etat, se basant sur un rapport d'expertise sur la teneur du livre en cause, confirma la peine qu'elle avait prononcée au titre de l'article 142 du code pénal ; elle maintint en outre sa décision quant à la confiscation de l'ouvrage.

Toutefois, le 1^{er} mars 1991, ce jugement fut également infirmé par la Cour de cassation, au motif que le rapport l'ayant fondé n'était pas rédigé par des experts ayant prêté serment. L'affaire fut alors renvoyée une seconde fois devant la juridiction de première instance.

20. Devant celle-ci, le procureur requit l'acquiescement de M. Öztürk du chef de propagande de communisme. Il fit valoir que l'article 142 du code pénal, sur lequel se fondait la condamnation en question, avait été abrogé par la loi n° 3713 sur la lutte contre le terrorisme, entrée en vigueur le 12 avril 1991.

Par un arrêt du 11 juin 1991, la cour de sûreté de l'Etat accueillit la demande du procureur. Cependant, rappelant que l'arrêt rendu le 30 mars 1989 était passé en force de chose jugée quant à la condamnation pro-

noncée au titre de l'article 312 du code pénal (paragraphe 17 ci-dessus), elle constata que l'effet de la mesure de confiscation demeurait intact.

Il ressort du dossier que 2 845 des exemplaires confisqués du livre furent détruits le 21 avril 1992.

B. La procédure dirigée contre l'auteur du livre

21. Le 1^{er} mars 1989, soit à une date antérieure à la première condamnation de M. Öztürk (paragraphe 16 ci-dessus), le procureur inculpa l'auteur du livre incriminé, M. N. Behram, résidant alors en Allemagne. L'acte déposé à cette fin était calqué sur celui qui se trouvait à l'origine du procès du requérant (paragraphe 14 ci-dessus).

22. Par un arrêt du 22 mai 1991, rendu par contumace, la cour de sûreté de l'Etat, dont l'un des trois juges avait également connu de l'affaire de M. Öztürk, releva d'abord qu'il n'y avait pas lieu à statuer sur l'application de l'article 142, abrogé entre temps (paragraphe 29 ci-dessous), puis acquitta M. Behram sur le fondement d'un rapport d'expertise, dans lequel trois professeurs de droit pénal concluaient que rien dans l'ouvrage en cause ne saurait passer pour constitutif du délit prévu à l'article 312 du code pénal.

Dans son arrêt, la cour de sûreté de l'Etat, mettant l'accent sur le caractère documentaire de l'ouvrage, se bornait à entériner les conclusions du rapport d'expertise susmentionné.

23. Cet arrêt devint définitif faute de pourvoi en cassation.

C. La procédure ultérieure engagée par le requérant

24. Le 19 septembre 1991, le requérant, avisé de l'acquiescement de M. Behram, saisit le ministre de la Justice pour que celui-ci formât, devant la Cour de cassation, un pourvoi dans l'intérêt de la loi (*Yazılı emir ile bozma* – paragraphe 33 ci-dessous) contre sa condamnation au titre de l'article 312 du code pénal et contre la mesure de confiscation (paragraphe 16 ci-dessus). A l'appui de sa demande, le requérant fit valoir la contradiction entre l'arrêt rendu à son encontre et celui prononcé à l'égard de l'auteur, alors qu'ils étaient tous les deux jugés à raison du même écrit.

25. Par conséquent, le 16 janvier 1992, sur ordre du ministre de la Justice, le procureur général près la Cour de cassation (« le procureur général ») se pourvut contre l'arrêt rendu le 28 décembre 1990 dans l'affaire du requérant (paragraphe 19 ci-dessus), faisant valoir l'absence de décision explicite sur le sort de la mesure de confiscation.

A la suite du refus opposé le 27 janvier 1992 par la Cour de cassation, le requérant saisit une seconde fois ledit ministre, soutenant que le procureur général avait formulé le pourvoi de façon erronée.

Le ministre de la Justice accéda à cette dernière demande et ordonna au procureur général de dénoncer le manque de pertinence de l'arrêt du 30 mars 1989 (paragraphe 16 ci-dessus), dans la mesure où l'auteur même de l'écrit en cause avait été ultérieurement disculpé des faits identiques à ceux ayant entraîné la condamnation de M. Öztürk du chef d'incitation du peuple à la haine et à l'hostilité (paragraphe 22 ci-dessus).

26. Dans son arrêt du 8 janvier 1993, la Cour de cassation écarta le moyen de cassation formulé par le procureur général, considérant

« que (...) le prévenu avait été inculpé du chef des infractions prévues aux articles 142 §§ 4, 6 et 312 §§ 2, 3 du code pénal ; que les éléments constitutifs desdits délits s'avéraient différents ; que l'acquiescement d'un autre prévenu pour une même infraction ne saurait passer pour une preuve justifiée et inébranlable de ce que l'intéressé devrait également être acquitté ; que [de surcroît] les deux prévenus avaient été jugés séparément et que (...) le jugement acquittant Mustafa Nihat [Behram] est devenu définitif sans qu'un pourvoi en cassation ait été formé ; que, pour finir, rien ne montre que l'appréciation du contenu du livre *Devant le témoignage de la vie – Journal d'une mort sous la torture* effectuée dans le jugement de première instance manque de pertinence et doive être invalidée (...) »

27. A l'heure actuelle, le livre de M. Behram est en vente libre. Il est publié par une autre maison d'édition, Altınçağ Yayıncılık, sous un autre titre, *La biographie d'un communiste (Bir komünistin biyografisi)*.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

A. Le droit pénal

1. Le code pénal

28. L'article 36 § 1 du code pénal se lit ainsi :

« En cas de condamnation, le tribunal saisit et confisque l'objet ayant servi à commettre ou à préparer le crime ou le délit (...) »

29. Les paragraphes pertinents de l'ancien article 142 du code pénal, abrogé par la loi n° 3713 sur la lutte contre le terrorisme, disposaient :

« Propagande nuisible

1. Est passible d'une peine d'emprisonnement de cinq à dix ans quiconque, de quelque manière que ce soit, fait de la propagande en vue d'établir l'hégémonie d'une classe sociale sur les autres, d'anéantir une classe sociale, de renverser l'ordre fondamental social ou économique institué dans le pays ou l'ordre politique ou juridique de l'Etat.

2. Est passible d'une peine d'emprisonnement de cinq à dix ans quiconque, de quelque manière que ce soit, fait de la propagande visant à ce que l'Etat soit gouverné par une personne ou un groupement social, au mépris des principes qui sous-tendent la République et la démocratie.

3. Est passible d'une peine d'emprisonnement de cinq à dix ans quiconque, s'appuyant sur des considérations raciales, fait, de quelque manière que ce soit, de la propagande visant à abolir partiellement ou totalement les droits publics garantis par la Constitution, ou à affaiblir ou détruire les sentiments patriotiques.

4. Est passible d'une peine d'emprisonnement de deux à cinq ans quiconque fait l'apologie des actes visés aux paragraphes ci-dessus.

(...)

6. Si les actes visés aux paragraphes ci-dessus sont commis par la voie de publication la peine à infliger est augmentée de la moitié. »

30. Les articles 311 § 2 et 312 du code pénal sont ainsi libellés :

Article 311 § 2

« Incitation publique au crime

(...)

Si l'incitation au crime est pratiquée par des moyens de communication de masse quels qu'ils soient – bandes sonores, disques, journaux, publications ou autres instruments de presse –, par la diffusion ou la distribution de manuscrits imprimés ou par la pose de panneaux ou affiches dans des lieux publics, les peines d'emprisonnement à infliger au coupable sont doublées (...) »

Article 312

« Incitation non publique au crime

Est passible de six mois à deux ans d'emprisonnement et d'une amende lourde de six mille à trente mille livres turques quiconque, expressément, loue ou fait l'apologie d'un acte qualifié de crime par la loi, ou incite la population à désobéir à la loi.

Est passible d'un à trois ans d'emprisonnement ainsi que d'une amende de neuf mille à trente-six mille livres turques quiconque, sur la base d'une distinction fondée sur l'appartenance à une classe sociale, à une race, à une religion, à une secte ou à une région, incite le peuple à la haine et à l'hostilité. Si pareille incitation compromet la sécurité publique, la peine est majorée d'une portion pouvant aller d'un tiers à la moitié de la peine de base.

Les peines qui s'attachent aux infractions définies au paragraphe précédent sont doublées lorsque celles-ci ont été commises par les moyens énumérés au paragraphe 2 de l'article 311. »

31. S'agissant plus particulièrement de l'application de l'article 312 du code pénal susmentionné aux éditeurs d'imprimés litigieux, le Gouvernement a présenté, à titre indicatif, des exemples d'arrêts de la Cour de cassation et a fourni des renseignements supplémentaires qui peuvent être résumés comme suit.

Concernant les actes commis par la voie d'imprimés, la responsabilité « principale » du délit prévu et réprimé par l'article 312 revient à l'auteur même de l'écrit en cause. La responsabilité de l'éditeur est de nature « secondaire » et relève de l'article 16 § 4 de la loi n° 5680 (paragraphe 32

ci-dessous). Le fait reproché à l'éditeur inculpé est celui « d'avoir publié l'écrit constitutif du délit » visé à l'article 312. Cependant il existe des dispositions, telles que l'article 8 de la loi n° 3713 sur la lutte contre le terrorisme, prévoyant la responsabilité pénale des éditeurs en tant que *lex specialis*.

La distinction opérée entre la responsabilité des auteurs et celle des éditeurs fait notamment que, contrairement aux premiers, les peines d'emprisonnement prononcées à l'égard des deuxièmes sont converties en une amende, ce à l'exception des cas où trouve application la loi n° 3713 précitée.

2. La loi n° 5680 du 15 juillet 1950 sur la presse

32. Les articles 3 et 16 § 4 de la loi n° 5680 se lisent ainsi :

Article 3

« Sont des périodiques », aux fins de la présente loi, les journaux, les dépêches des agences de presse et tous autres imprimés publiés à intervalles réguliers.

Constitue une « publication », l'exposition, l'affichage, la distribution, l'émission, la vente ou la mise en vente d'imprimés dans des locaux accessibles au public où chacun peut les voir.

Le délit de presse n'est constitué que s'il y a publication, sauf lorsque le discours est en soi constitutif d'une infraction. »

Article 16 § 4

« (...) »

4. S'agissant des infractions commises par voie de publications autres que les périodiques, la responsabilité pénale appartiendra à l'auteur, au traducteur ou au dessinateur de la publication constitutive du délit, ainsi qu'à l'éditeur. Toutefois, les peines privatives de liberté infligées aux éditeurs seront converties en une amende, ce sans égard au quantum [de la peine d'emprisonnement]. (...) »

3. Le code de procédure pénale

33. L'article 343 § 1 du code de procédure pénale, relatif au pourvoi dans l'intérêt de la loi (*Yazılı emir ile bozma*), prévoit ce qui suit :

« Lorsqu'il est avisé qu'il a été rendu, par un juge ou par un tribunal, un arrêt ou un jugement devenu définitif sans passer par l'examen de la Cour de cassation, le ministre de la Justice peut donner un ordre formel au parquet de la République pour que celui-ci demande à la Cour de cassation d'annuler l'arrêt ou le jugement dont il s'agit. (...) »

34. En ce qui concerne la pratique de droit turc pour ce qui est de l'exercice du pourvoi dans l'intérêt de la loi, le Gouvernement a soumis les informations suivantes.

Seuls les arrêts ou jugements rendus en dernier ressort, non susceptibles de cassation (paragraphe 17 ci-dessus) ou contre lesquels aucune des parties ne s'était pourvue, peuvent faire l'objet de ce recours, dont seul le procureur général près la Cour de cassation est habilité à exercer, et ce sur ordre formel du ministre de la Justice, lequel peut agir tant d'office qu'à la demande du condamné. L'attribution conférée à la Cour de cassation au titre de ce recours est « extraordinaire » ; elle ne peut ni être exercée en dehors des conditions prévues par la loi ni porter préjudice au condamné. Si le pourvoi est accueilli, la cassation qui est prononcée en conséquence tendra à déclarer nulle et non avenue la condamnation antérieurement prononcée, ou à diminuer le quantum de la peine infligée ; dans ce dernier cas, la Cour de cassation fixera également la peine à purger.

B. Jurisprudence pénale soumise par le Gouvernement

35. Le Gouvernement a communiqué, à titre indicatif, plusieurs arrêts rendus par la Cour de cassation quant à l'appréciation par les juges du fond des écrits et/ou propos poursuivis notamment au titre des infractions prévues aux articles 142 (ancien) et 312 du code pénal (paragraphe 29 et 30 ci-dessus) ainsi que de celle visée par l'article 8 de la loi n° 3713 sur la lutte contre le terrorisme. Il s'agit des arrêts n^{os} 1991/18, 1994/240, 1995/98, rendus par l'assemblée plénière de la Cour de cassation, et des arrêts n^{os} 1974/2, 1978/4806, 1985/1682, 1989/2439, 1993/664, 1993/1066, 1993/1388, 1994/6080, 1996/4387, 1996/8450, par des chambres criminelles de cette juridiction.

Tel qu'il ressort de cette jurisprudence, un premier principe est que le jugement rendu en première instance doit être fondé sur l'appréciation de l'ensemble de l'écrit et/ou des propos en cause. Quant à l'appréciation des éléments matériels constitutifs du délit réprimé par l'article 312 du code pénal, il est précisé, notamment dans l'arrêt n° 1974/2 susmentionné, que l'acte d'« incitation » consiste en un fait « susceptible de mettre en danger la sécurité publique et l'ordre public » sans qu'il y ait besoin de rechercher si pareille incitation s'est effectivement concrétisée ou non. En outre, dans l'arrêt n° 1994/6080, pour infirmer une condamnation au titre de l'article 312, la Cour de cassation semble s'en être tenue au caractère « lointain » du danger qu'impliquait l'« incitation » considérée. Par ailleurs, en matière d'augmentation des peines du fait des circonstances aggravantes, il est énoncé que pareilles circonstances doivent être considérées par rapport à l'existence d'un danger imminent et grave menaçant la sécurité générale du pays ou celle du public. Enfin, dans l'une des affaires, il est souligné l'extrême importance – pour la sauvegarde des droits de la défense – de la règle d'après laquelle l'accusé doit toujours avoir la parole le dernier, avant que les juges statuent.

PROCÉDURE DEVANT LA COMMISSION

36. M. Öztürk a saisi la Commission le 24 mai 1993. Invoquant l'article 9 de la Convention, il soutenait que sa condamnation en sa qualité d'éditeur, alors que l'auteur même du livre litigieux était acquitté, s'analysait en une méconnaissance de son droit à la liberté de pensée. Il se plaignait également de ce que la confiscation des exemplaires du livre par lui publié emportait violation de son droit au respect de ses biens, garanti par l'article 1 du Protocole n° 1.

37. Le 7 avril 1997, la Commission a déclaré la requête (n° 22479/93) recevable, considérant toutefois qu'il y avait lieu d'examiner le grief tiré d'une méconnaissance du droit à la liberté de pensée sous l'angle de l'article 10 de la Convention. Dans son rapport du 30 juin 1998 (ancien article 31 de la Convention), elle a conclu, à l'unanimité, à la violation de l'article 10. Elle a estimé en outre qu'il n'était pas nécessaire d'examiner le grief tiré de l'article 1 du Protocole n° 1 (trente voix contre une). Le texte intégral de son avis figure en annexe au présent arrêt.

CONCLUSIONS PRÉSENTÉES À LA COUR

38. Dans ses mémoires, le requérant, tout en souscrivant à l'avis de la Commission selon lequel il y a eu violation de l'article 10 de la Convention, prie la Cour de constater que l'article 312 § 2 du code pénal – eu égard à l'élément matériel et légal caractérisant l'infraction qui y est réprimée – contrevient en tant que tel à cette disposition de la Convention. Il maintient en outre sa doléance quant à la violation de l'article 1 du Protocole n° 1, faisant valoir la perte pécuniaire qu'il aurait subie en raison des faits de la cause, notamment de la confiscation effectuée en l'espèce. Enfin, il demande à la Cour de lui allouer une somme au titre du préjudice matériel en application de l'article 41 de la Convention.

39. De son côté, le Gouvernement sollicite de la Cour de constater que le pourvoi en cassation dans l'intérêt de la loi n'est pas une voie de recours devant être épuisée aux fins de l'article 35 (ancien article 26) de la Convention ni susceptible de faire courir un nouveau délai de six mois au sens de cette disposition.

Quant au fond, il prie la Cour de rejeter la requête, en tenant compte du fait

« (...) qu'il y avait, au moment où le jugement avait été rendu, un besoin social impérieux justifiant la confiscation du livre et la condamnation de M. Öztürk, (...) qu'au cours de la dernière décennie, les lois [répressives] et leur application ont totalement changé, (...) que l'amende infligée [au requérant] était l'une des plus mineures [et] que les éditions ultérieures du livre, faites par un autre éditeur, sont en vente libre en Turquie ».

EN DROIT

I. SUR L'OBJET DU LITIGE

40. Dans sa requête à la Commission, M. Öztürk soutenait que sa condamnation était contraire à l'article 9 de la Convention (paragraphe 36 ci-dessus). Dans ses mémoires à la Cour, il n'a toutefois pas étayé ce grief, se contentant d'une simple référence à l'article susmentionné. Dès lors, il ne saurait passer pour l'avoir maintenu devant la Cour, et celle-ci ne voit pas de raisons de l'examiner d'office (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt Yaşa c. Turquie du 2 septembre 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI, p. 2428, § 60).

L'examen de la Cour se limitera donc aux doléances relatives aux articles 10 de la Convention et I du Protocole n° 1.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 10 DE LA CONVENTION

41. M. Öztürk soutient que sa condamnation en application de l'article 312 du code pénal a violé l'article 10 de la Convention, aux termes duquel :

« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

A. Sur l'exception préliminaire du Gouvernement

42. Devant la Cour, le Gouvernement soutient qu'en l'espèce la décision interne définitive, au sens de l'article 35 (ancien article 26) de la Convention, est celle que la cour de sûreté de l'Etat rendit le 30 mars 1989 (paragraphe 16 et 17 ci-dessus). Il estime en conséquence que, saisie le 24 mai 1993, la Commission aurait dû déclarer la requête irrecevable pour cause de tardiveté (paragraphe 36 ci-dessus).

Ce serait à tort qu'elle aurait calculé le délai de six mois à partir du 8 janvier 1993, date de l'arrêt de la Cour de cassation sur le second pourvoi dans l'intérêt de la loi formé par le procureur (paragraphe 26 ci-dessus) ; il

lui aurait en effet suffi de relever le caractère extraordinaire, au sens de la Convention, de cette voie de recours pour considérer que son exercice ne pouvait faire courir un nouveau délai de six mois.

En conclusion, le Gouvernement prie la Cour de constater « qu'il y a eu en l'espèce une application erronée » de l'article 26 (ancien) de la Convention.

43. Le requérant ne se prononce pas sur ce point.

44. La Cour estime que les arguments précités s'analysent en une exception tirée du non-respect du délai de six mois et note que dans ses observations préliminaires sur la recevabilité le Gouvernement avait déjà excipé de la tardiveté de la requête. Quant au *dies a quo* du délai de six mois il s'était toutefois référé, devant la Commission, à la date du rejet du premier pourvoi dans l'intérêt de la loi (paragraphe 25 ci-dessus), et non à celle du rejet du second (paragraphe 42 ci-dessus).

Quoi qu'il en soit, la Cour considère que ladite exception préliminaire est dénuée de fondement, et ce pour les motifs qui suivent.

45. La Cour relève que le pourvoi dans l'intérêt de la loi (*Yazılı emir ile bozma*) que consacre le droit turc est une voie de recours extraordinaire, ouverte contre les jugements rendus en dernier ressort et non susceptibles de cassation. D'après l'article 343 du code de procédure pénale (paragraphe 33 et 34 ci-dessus), seul le procureur général près la Cour de cassation est compétent pour l'exercer, mais il ne peut le faire que sur ordre formel du ministre de la Justice. Le recours en question n'est donc pas directement accessible aux justiciables. En conséquence, eu égard aux règles de droit international généralement reconnues, il ne doit pas nécessairement avoir été exercé pour que puissent être jugées remplies les exigences de l'article 35 de la Convention.

Il s'ensuit que le pourvoi dans l'intérêt de la loi ne doit pas, en principe, être pris en considération au regard de la règle des six mois. Il en va toutefois autrement si, comme en l'espèce, ce recours est effectivement exercé.

Il s'apparente alors en effet à un pourvoi en cassation ordinaire, permettant à la Cour de cassation d'infirmer, le cas échéant, un jugement contesté et de renvoyer l'affaire au tribunal inférieur, et donc de remédier à la situation critiquée par le justiciable.

Or, pour l'appréciation du respect des conditions énoncées à l'article 35 de la Convention, les organes institués par celle-ci ont toujours fait entrer en ligne de compte les pourvois en cassation. La Cour observe de surcroît qu'en l'espèce le moyen articulé par le procureur général à l'appui de son second pourvoi dans l'intérêt de la loi a bien été examiné par la Cour de cassation (paragraphe 26 ci-dessus), laquelle a d'ailleurs statué comme instance de cassation. Le fait que le pourvoi ait été déclaré non fondé au motif que la cause n'avait pas révélé de violation manifeste de la loi n'enlève rien à cette constatation.

46. En conclusion, la Cour estime, à l'instar de la Commission, qu'en s'adressant au ministre de la Justice pour que celui-ci se pourvût dans l'intérêt de la loi, le requérant a mis en mouvement une procédure qui, en l'occurrence, s'est avérée effective, et que le délai de six mois a bien commencé à courir le 8 janvier 1993, date de l'arrêt de la Cour de cassation sur le second pourvoi.

M. Öztürk ayant ainsi formé sa requête en temps utile, l'exception du Gouvernement doit être rejetée.

B. Sur le bien-fondé du grief

1. Existence d'une ingérence

47. Le Gouvernement soutient que la condamnation de M. Öztürk en sa qualité d'éditeur ne saurait s'analyser en une atteinte à la liberté d'expression de l'intéressé. Ce serait M. N. Behram qui serait l'auteur et le titulaire réel du droit à la liberté d'expression, et l'on ne saurait alléguer aucune restriction au droit de diffuser ou d'exprimer des opinions dans le chef de ce dernier, puisqu'il a bénéficié d'un acquittement (paragraphe 22 ci-dessus) et que son ouvrage se trouve en vente libre en Turquie depuis 1991 (paragraphe 27 ci-dessus).

48. Le requérant ne se prononce pas sur cette question.

49. La Cour souligne d'abord que l'article 10 garantit la liberté d'expression à « toute personne » ; il ne distingue pas d'après la nature du but recherché ni d'après le rôle que les personnes, physiques ou morales, ont joué dans l'exercice de cette liberté (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt Casado Coca c. Espagne du 24 février 1994, série A n° 285-A, pp. 16-17, § 35). Il concerne non seulement le contenu des informations mais aussi les moyens de leur diffusion, car toute restriction apportée à ceux-ci touche le droit de recevoir et communiquer des informations (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt Autronic AG c. Suisse du 22 mai 1990, série A n° 178, p. 23, § 47). Il est vrai qu'un éditeur ne s'associe pas forcément aux opinions exprimées dans l'ouvrage qu'il publie. Cependant, en fournissant un support aux auteurs, il participe à l'exercice de la liberté d'expression comme il partage indirectement les « devoirs et responsabilités » que les auteurs assument lors de la diffusion de leurs opinions auprès du public (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Süreç c. Turquie (n° 1)* [GC], n° 26682/95, § 63, CEDH 1999-IV ; paragraphe 31 ci-dessus).

Bref, la Cour estime que la condamnation subie par M. Öztürk pour avoir contribué à éditer et diffuser le livre de M. N. Behram s'analyse sans conteste en une « ingérence » dans l'exercice par l'intéressé de la liberté d'expression à lui garantie par le paragraphe 1 de l'article 10 (voir, *mutatis mutandis*, les arrêts Engel et autres c. Pays-Bas du 8 juin 1976, série A n° 22,

p. 40, §§ 94, 95, et Müller et autres c. Suisse du 24 mai 1988, série A n° 133, p. 19, §§ 27-28).

2. *Justification de l'ingérence*

50. Pareille ingérence enfreint l'article 10, sauf si elle remplit les exigences du paragraphe 2 de cette disposition. Il y a donc lieu de déterminer si elle était « prévue par la loi », inspirée par un ou des buts légitimes au regard dudit paragraphe et « nécessaire dans une société démocratique » pour les atteindre. La Cour va examiner ces conditions une à une.

a) « Prévue par la loi »

51. Le requérant soutient que s'il est légitime de sanctionner le fait d'« inciter le peuple au crime », l'article 312 § 2 du code pénal ne saurait cependant passer pour conforme aux exigences de l'article 10 de la Convention, faute de définir avec une clarté suffisante les éléments constitutifs du délit qu'il réprime.

52. Le Gouvernement combat cette thèse et affirme notamment que les juridictions nationales appliquent le texte litigieux en conformité avec les principes établis et développés dans la jurisprudence de la Cour de cassation, d'après laquelle les tribunaux sont tenus de rechercher si tel ou tel propos ou écrit est susceptible ou non d'engendrer un danger imminent pour l'ordre public, et ce en tenant compte des circonstances particulières de chaque cas d'espèce (paragraphe 35 ci-dessus). Lu à la lumière de la jurisprudence en la matière, le libellé de la disposition critiquée s'avérerait assez précis pour que l'on puisse prévoir si un acte donné tombe ou non sous le coup de l'infraction visée.

53. La Commission, pour sa part, considère que l'article 312 § 2 du code pénal fournit une base suffisante à la condamnation du requérant.

54. La Cour rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle l'une des exigences découlant de l'expression « prévue par la loi » est la prévisibilité de la mesure concernée. On ne peut donc considérer comme une « loi » qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite : en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences qui peuvent résulter d'un acte déterminé. Elles n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue : l'expérience révèle une telle exigence hors d'atteinte. En outre, la certitude, bien que hautement souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive ; or le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation. Aussi beaucoup de lois se servent-elles, par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique (arrêt *Rekvenyi c. Hongrie* [GC], n° 25390/94, § 34, CEDH 1999-III).

55. La Cour reconnaît que, dans le domaine en cause, il peut se révéler difficile d'élaborer des lois d'une précision absolue, et qu'une certaine souplesse peut être requise pour permettre aux juridictions nationales de déterminer si une publication doit passer pour de la propagande séparatiste susceptible d'inciter les tiers à la haine et à l'hostilité. Si clairement que soit rédigée une disposition juridique, il y a inévitablement une part d'interprétation des tribunaux, dont la fonction juridictionnelle sert précisément à élucider les points obscurs et à dissiper les doutes qui pourraient subsister quant à l'interprétation des normes (voir, *mutatis mutandis*, les arrêts *Başkaya et Okçuoğlu c. Turquie* [GC], n^{os} 23536/94 et 24408/94, § 39, CEDH 1999-IV, et *Rekvényi* précité, *ibidem*).

En l'espèce, la Cour observe que, contrairement à ce que le requérant laisse entendre, l'article 312 § 2 ne confère pas aux cours de sûreté de l'État une marge d'appréciation excessive pour l'interprétation des éléments constitutifs de l'infraction qu'il définit. Le texte en cause (paragraphe 30 ci-dessus) réprime l'incitation à la haine et à l'hostilité lorsque la démarche procède d'une distinction fondée sur certains critères, limitativement énumérés, et il prévoit une aggravation des peines en cas de mise en péril de la sécurité publique. Le troisième paragraphe de l'article 312 renvoie par ailleurs à l'article 311 § 2, lequel contient des indications quant aux types de publications et aux modalités de diffusion par la voie desquels l'infraction peut être commise. De plus, la jurisprudence en la matière invoquée par le Gouvernement énonce certains principes régissant la qualification et la punition de l'acte d'incitation au crime (paragraphe 35 et 52 ci-dessus).

56. La Cour relève que pour un même ouvrage deux formations de la cour de sûreté de l'État ont retenu des interprétations et des qualifications divergentes et ont abouti à deux jugements contradictoires (paragraphe 16 et 22 ci-dessus). A ses yeux cela ne suffit toutefois pas à faire conclure *in abstracto* qu'il manquait à l'article 312 § 2 du code pénal la clarté et la précision voulues, et que l'interprétation à laquelle s'est livrée la cour de sûreté de l'État pour condamner M. Öztürk allait au-delà de ce que l'on pouvait raisonnablement prévoir. Pour la Cour, il s'agit cependant là d'un aspect particulier à prendre en considération dans l'appréciation de la nécessité dans une société démocratique de l'ingérence considérée, vu les arguments que le Gouvernement fait valoir à cet égard (paragraphe 61 et 67 ci-dessus).

57. Bref, la Cour reconnaît, à l'instar de la Commission, que l'atteinte au droit à la liberté d'expression du requérant étant résultée de la condamnation de celui-ci au titre de l'article 312 § 2 du code pénal peut être considérée comme prévue par la loi (voir, *mutatis mutandis*, les arrêts *Ceylan c. Turquie* [GC], n^o 23556/94, § 25, CEDH 1999-IV ; *Incal c. Turquie* du 9 juin 1998, *Recueil* 1998-IV, pp. 1564-1565, § 41, et *Zana c. Turquie* du 25 novembre 1997, *Recueil* 1997-VII, p. 2546, § 47).

b) But légitime

58. La Cour relève que cette question n'a pas été débattue devant elle par les parties au litige. La Commission estime quant à elle que la condamnation du requérant visait à préserver la « sécurité nationale ».

59. Eu égard au caractère sensible de la lutte contre le terrorisme ainsi qu'à la nécessité pour les autorités d'exercer leur vigilance face à des actes susceptibles d'accroître la violence, et vu les motifs énoncés dans l'arrêt rendu par la cour de sûreté de l'Etat le 30 mars 1989 (paragraphe 16 ci-dessus), la Cour estime pouvoir admettre que la condamnation du requérant poursuivait deux buts compatibles avec l'article 10 § 2 : la défense de l'ordre et la prévention du crime.

c) « Nécessaire dans une société démocratique »

i. Thèses présentées devant la Cour

60. M. Öztürk soutient avoir publié puis réédité l'ouvrage litigieux en étant convaincu qu'il ne recelait rien de délictueux. Il estime que les sanctions qu'il s'est vu infliger du fait des opinions émises dans le livre ne trouvent aucune justification, ni au regard de la Convention ni au regard du droit interne. A cet égard, il observe que, deux ans après que lui-même eut été condamné sur le fondement de l'article 312 du code pénal, M. N. Behram, l'auteur du livre, fut acquitté des mêmes chefs d'accusation ; depuis, l'ouvrage serait en vente libre en Turquie et nul n'aurait jusqu'ici commis un crime en s'en inspirant.

D'après le requérant, cette situation paradoxale illustre la manière dont les autorités turques abusent de l'article 312 § 2 pour sanctionner les hommes politiques, les activistes des droits fondamentaux et les intellectuels.

61. Le Gouvernement rétorque en premier lieu que le requérant est mal venu de faire valoir l'acquiescement de l'auteur du livre litigieux pour se prétendre victime d'une violation de l'article 10 de la Convention. D'après lui, en effet, si la cour de sûreté de l'Etat, après avoir condamné le requérant le 30 mars 1989, a acquitté l'auteur du livre le 22 mai 1991, cela n'est que le résultat de l'influence sur l'application de l'article 312 § 2 du code pénal des « changements intervenus dans le monde quant à la menace du communisme » ainsi que des « développements jurisprudentiels » enregistrés dans l'intervalle. Or un revirement jurisprudentiel ou une évolution dans l'application de telle ou de telle loi n'aurait aucun effet rétroactif susceptible de profiter au requérant.

Le Gouvernement soutient que lorsqu'une violation de la Convention initialement commise a été réparée par la suite, ce qui aurait été le cas en l'espèce, on ne devrait plus statuer sur la question. Il estime en outre qu'il

serait inéquitable de conclure à la responsabilité de la Turquie sans tenir compte des changements susmentionnés. A l'appui de cette thèse, il fait remarquer que même si la Cour concluait à la violation de la Convention dans cette affaire, l'arrêt rendu en conséquence n'influerait en rien sur la situation actuelle de M. Öztürk, puisqu'en pratique l'application de l'article 312 § 2 du code pénal aurait déjà été assouplie.

La condamnation de M. Öztürk et la mesure de confiscation des exemplaires restants de l'édition litigieuse auraient été justifiées eu égard aux circonstances qui prévalaient en 1989. De même, l'acquiescement de M. N. Behram constituerait lui aussi une décision juste et adaptée à la situation qui régnait en 1991. Pour condamner le requérant, la cour de sûreté de l'Etat aurait considéré l'ensemble du livre, sans en isoler tel ou tel passage ; elle aurait ainsi relevé que l'ouvrage était consacré à la biographie du « terroriste » İ. Kaypakkaya, leader de l'« organisation terroriste » TKP-ML, dont le but était de renverser le régime constitutionnel en Turquie ; par l'éloge des activités de İ. Kaypakkaya, les limites de la critique acceptable auraient été dépassées et une caution morale offerte à la violence, à laquelle le TKP-ML s'était autrefois livré en vue d'instaurer un régime communiste.

62. Le Gouvernement affirme en outre que tant à l'époque de l'établissement de l'acte d'accusation qu'à celle du prononcé du jugement litigieux le TKP-ML constituait une menace réelle et que, compte tenu de la situation qui régnait lorsqu'il avait été publié, le livre litigieux engendrait un « risque actuel » et un « danger imminent » pour l'Etat et la société turcs (paragraphe 61 ci-dessus). Si depuis les années 90 l'idéologie communiste du TKP-ML ne constitue plus une menace pour le pays, il n'en irait pas de même du « séparatisme » dont l'organisation s'inspirerait.

Pour les raisons ci-dessus, le Gouvernement estime légitime que la propagande du terrorisme et du séparatisme et l'incitation du peuple au crime aient été érigées en infraction. Pareille incrimination rentrerait dans le cadre des restrictions à la liberté d'expression qu'autorise le paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention, et l'appréciation des faits constitutifs de tels actes, susceptibles de compromettre l'ordre social et la sécurité dans un pays, relèverait de la marge d'appréciation particulièrement importante laissée aux Etats en la matière. Aussi la Cour devrait-elle se borner à effectuer un contrôle de légalité et s'abstenir de juger des réalités factuelles de la Turquie et, plus encore, de substituer son appréciation à celle des tribunaux internes sur la question de savoir si telle ou telle publication est susceptible ou non de constituer une menace. A cet égard, le Gouvernement reproche à la Commission, entre autres griefs, d'avoir omis de tenir dûment compte des critères résultant de l'arrêt précité Zana.

Pour le reste, il soutient que la peine d'amende de 285 000 livres turques infligée au requérant devrait être qualifiée de très modérée et de proportionnée au sens de l'article 10 § 2.

En conclusion, la condamnation et la peine infligées au requérant pourraient raisonnablement passer pour avoir répondu à un besoin social impérieux et, partant, pour avoir été nécessaires dans une société démocratique.

63. De l'avis de la Commission, le livre litigieux s'apparente sous de nombreux rapports à un pamphlet politique, où İ. Kaypakaya est représenté comme un héros et un exemple pour autrui. Tout en admettant qu'il n'est pas impossible que le livre se voulût une source d'inspiration pour ceux qui poursuivraient la lutte contre les forces de l'ordre turques dans le Sud-Est du pays, la Commission relève que le Gouvernement n'a invoqué aucun passage indiquant que le livre préconisait la poursuite de la violence ou qu'il justifiait les actes terroristes.

Après avoir rappelé l'importance particulière du débat politique, élément indispensable dans une société démocratique, la Commission conclut qu'en l'espèce, même si l'on tient compte de la marge d'appréciation des autorités nationales, la sanction infligée au requérant n'était pas justifiée au regard de l'article 10 de la Convention.

ii. *Appréciation de la Cour*

64. La Cour rappelle les principes fondamentaux qui se dégagent de sa jurisprudence relative à l'article 10, tels qu'elle les a confirmés en dernier lieu dans treize autres affaires dirigées contre la Turquie (paragraphe 4 ci-dessus ; voir, entres autres, l'arrêt *Karataş c. Turquie* [GC], n° 23168/94, § 48, CEDH 1999-IV) :

i. La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent : ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique ». Telle que la consacre l'article 10, elle est assortie d'exceptions qui appellent toutefois une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante.

ii. L'adjectif « nécessaire », au sens de l'article 10 § 2, implique un « besoin social impérieux ». Les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin, mais elle se double d'un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante. La Cour a donc compétence pour statuer en dernier lieu

sur le point de savoir si une « restriction » ou une « sanction » se concilie avec la liberté d'expression que protège l'article 10.

iii. Dans l'exercice de son pouvoir de contrôle, la Cour doit considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire, y compris la teneur de l'ouvrage litigieux et le contexte dans lequel il fut publié. En particulier, il incombe à la Cour de déterminer si la mesure incriminée était « proportionnée aux buts légitimes poursuivis » et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent « pertinents et suffisants ». Ce faisant, la Cour doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés à l'article 10 et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents.

65. La Cour observe que l'ouvrage litigieux a la forme d'un récit biographique consacré à İ. Kaypakkaya, personnage à l'origine d'un mouvement d'extrême gauche qui, à la suite de son arrestation, avait trouvé la mort dans des circonstances controversées. De par son style épique, le livre laisse transparaître une apologie de İ. Kaypakkaya, de ses pensées comme de ses actions. Relatant essentiellement des faits relatifs à la démarche politique de ce personnage, l'ouvrage décrit les conditions de sa détention dans la prison de Diyarbakır et tente notamment de convaincre le lecteur que ce sont les agents de l'État qui sont responsables de sa mort.

Pour la Cour, il est clair qu'il ne s'agit pas d'une narration neutre des faits ayant entouré la vie de İ. Kaypakkaya mais d'un récit à vocation politique. Par le biais de son livre, l'auteur entendait, à tout le moins implicitement, stigmatiser tant l'action des autorités turques dans la lutte contre les mouvements d'extrême gauche que la conduite des responsables supposés de la mort de İ. Kaypakkaya. Quoiqu'indirectement, l'ouvrage apportait ainsi un soutien moral à l'idéologie dont ce personnage était partisan.

De son côté, la cour de sûreté de l'État a considéré qu'en vénérant le communisme et le « terroriste » qu'était İ. Kaypakkaya le livre « incit[ait] expressément le peuple à la haine et à l'hostilité » (paragraphe 16 ci-dessus). Dès lors que la cour de sûreté de l'État n'a pas estimé nécessaire de mentionner, dans son arrêt du 30 mars 1989, les passages censés donner au livre un tel caractère, la Cour doit supposer que ladite juridiction a fait siennes les conclusions du procureur de la République, telles qu'elles étaient exposées dans l'acte d'accusation du 14 février 1989. Elle relève toutefois que lesdites conclusions consistent pour l'essentiel en un commentaire des poèmes – pour la plupart empruntés à des publications littéraires – annonçant les chapitres du livre litigieux et dont le procureur semble s'être servi comme de gloses afin de mettre au jour le sens caché de chaque chapitre. Quant au passage concernant le père de İ. Kaypakkaya et au vœu exprimé à la dernière page du livre, la Cour n'y voit rien qui puisse conférer une

virulence particulière à la critique politique exprimée par l'ouvrage (paragraphe 14 ci-dessus).

66. Quoi qu'il en soit, la Cour rappelle que l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général. De plus, les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard du gouvernement qu'à l'égard d'un simple particulier, ou même d'un homme politique. Dans un système démocratique, les actions ou omissions du gouvernement doivent se trouver placées sous le contrôle attentif non seulement des pouvoirs législatif et judiciaire, mais aussi de l'opinion publique. En outre, la position dominante qu'il occupe lui commande de témoigner de retenue dans l'usage de la voie pénale, surtout s'il y a d'autres moyens de répondre aux attaques et critiques injustifiées de ses adversaires. Il reste certes loisible aux autorités compétentes de l'État d'adopter, en leur qualité de garantes de l'ordre public, des mesures, même pénales, destinées à réagir de manière adéquate et non excessive à de pareils propos. Enfin, là où les propos litigieux incitent à l'usage de la violence à l'égard d'un individu, d'un représentant de l'État ou d'une partie de la population, les autorités nationales jouissent d'une marge d'appréciation plus large dans leur examen de la nécessité d'une ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression (voir, parmi beaucoup d'autres, l'arrêt *Ceylan*, précité, § 34).

67. A cet égard, il importe de rappeler la conclusion énoncée par la cour de sûreté de l'État dans sa formation qui jugea l'auteur du livre, M. N. Behram. Dans son arrêt du 22 mai 1991, ladite juridiction déclara en effet, sur la foi de l'avis d'un comité d'experts constitué de trois professeurs de droit pénal, que rien dans l'ouvrage en cause ne recelait une incitation au crime susceptible de justifier la condamnation de M. N. Behram au titre de l'article 312 du code pénal (paragraphe 22 ci-dessus).

Pour la Cour, à la différence du Gouvernement, cette contradiction frappante entre les interprétations d'un même livre données, à deux ans d'intervalle environ, par deux formations d'une même juridiction est un élément à prendre en considération, compte tenu de ce qu'était l'enjeu pour le requérant de la procédure le concernant (paragraphe 24-26 et 60 ci-dessus).

68. La Cour estime que les propos tenus dans l'édition litigieuse du livre, dont le contenu ne diffère d'ailleurs aucunement de celui des autres éditions, ne sauraient passer pour une incitation à l'usage de la violence, à l'hostilité ou à la haine entre citoyens (paragraphe 64 et 66 ci-dessus).

Certes, elle admet qu'on ne saurait exclure que pareil écrit cache des objectifs et intentions différents de ceux qu'il affiche publiquement (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Incal*, précité, p. 1567, § 51). Toutefois, en l'absence de preuve d'une action concrète propre à la démentir, la Cour ne

voit pas de raison de douter de la sincérité du but poursuivi par M. Öztürk dans la deuxième édition du livre, d'autant moins que la première avait été épuisée sans faire l'objet de poursuites judiciaires (paragraphe 11 ci-dessus).

69. A cet égard, la Cour rappelle qu'elle est prête à tenir compte des circonstances entourant les cas soumis à son examen, en particulier des difficultés liées à la lutte contre le terrorisme (voir l'arrêt *Incal*, précité, pp. 1568-1569, § 58).

La Cour reconnaît qu'il appartenait aux tribunaux internes de déterminer si le requérant avait publié le livre litigieux dans un but répréhensible. Par ailleurs, le fait que le droit interne n'exige pas de prouver que l'acte reproché au requérant a eu un effet concret (paragraphe 35 ci-dessus) n'affaiblit pas en soi la nécessité de justifier l'ingérence au regard de l'article 10 § 2.

En l'espèce, la Cour n'est pas convaincue que de l'édition de novembre 1988 il pouvait résulter à long terme des conséquences néfastes pour la défense de l'ordre et la prévention du crime en Turquie. De fait, le livre en cause se trouve en vente libre depuis 1991 et il n'a apparemment pas eu pour effet d'aggraver la menace « séparatiste » qui, d'après le Gouvernement, existait tant avant qu'après la condamnation de M. Öztürk (paragraphe 61 ci-dessus). Le Gouvernement n'a pas expliqué non plus en quoi la deuxième édition du livre eût pu gêner les autorités judiciaires plus que la première, publiée en octobre 1988 (paragraphe 11 ci-dessus).

La Cour ne voit donc rien qui lui permette de conclure à une quelconque responsabilité de M. Öztürk dans les problèmes que pose le terrorisme en Turquie et elle estime que l'usage de la voie pénale à l'encontre de l'intéressé ne saurait passer pour justifié dans les circonstances de l'espèce, qui, contrairement à ce que le Gouvernement soutient, ne sont pas comparables à celles rencontrées dans l'affaire *Zana* (arrêt précité, p. 2549, §§ 58-60 ; paragraphe 62 ci-dessus).

70. Quant à l'argument que le Gouvernement tire du caractère modéré de la peine d'amende imposée au requérant (paragraphe 16 et 62 ci-dessus), la Cour reconnaît que la nature et la lourdeur des peines infligées sont aussi des éléments à prendre en considération lorsqu'il s'agit de mesurer la proportionnalité de l'ingérence par rapport au but qu'elle poursuit (voir, entre autres, l'arrêt *Ceylan*, précité, § 37).

Toutefois, eu égard à ses conclusions ci-dessus (paragraphe 68-69) et au fait que l'aspect préventif de l'ingérence considérée – à savoir la saisie des exemplaires litigieux du livre – soulève à lui seul des problèmes sur le terrain de l'article 10 (voir, notamment, l'arrêt *Incal* précité, p. 1568, § 56), la Cour estime, dans les circonstances de l'espèce, ne pas pouvoir accorder un poids décisif audit argument.

71. La Cour considère donc que n'a pas été démontrée en l'espèce l'existence, à l'époque de l'édition litigieuse, d'un « besoin social impé-

rieux » qui permet de considérer l'ingérence examinée comme « proportionnée au but légitime poursuivi ».

72. Sur ce point, la Cour ne peut pas non plus suivre le Gouvernement lorsqu'il arguë de « développements jurisprudentiels » intervenus après la condamnation du requérant pour affirmer que lorsqu'une violation de la Convention initialement commise a par la suite été réparée, on ne doit plus statuer sur la question (paragraphe 61 ci-dessus).

73. Ayant pour seule tâche d'apprécier les circonstances propres à l'espèce, la Cour rappelle qu'une décision ou une mesure favorable au requérant ne suffit en principe à lui retirer la qualité de « victime » que si les autorités nationales ont reconnu, explicitement ou en substance, puis réparé la violation de la Convention (voir, entre autres, l'arrêt *Amuur c. France* du 25 juin 1996, *Recueil* 1996-III, p. 846, § 36). Or, en l'espèce, le requérant n'a même pas bénéficié de semblable décision ou mesure.

A cet égard, la Cour se bornera à relever la position adoptée par les autorités judiciaires au sujet de l'acquittement de M. N. Behram, donc bien après la condamnation de M. Öztürk.

Ainsi, dans son arrêt du 8 janvier 1993 relatif au second pourvoi dans l'intérêt de la loi formé par le procureur général, la Cour de cassation s'exprima de la manière suivante (paragraphe 25 et 26 ci-dessus) :

« que (...) le jugement acquittant Mustafa Nihat [Behram] est devenu définitif sans qu'un pourvoi en cassation ait été formé ; que, pour finir, rien ne montre que l'appréciation du contenu du livre *Devant le témoignage de la vie -- Journal d'une mort sous la torture* effectuée dans le jugement de première instance manque de pertinence et doive être invalidée ».

Parmi les annexes au mémoire en réplique du Gouvernement (paragraphe 8 ci-dessus) se trouve par ailleurs un communiqué datant du 14 décembre 1995 et adressé au ministère de la Justice par le parquet près la cour de sûreté de l'Etat d'Ankara. Ce dernier émettait l'avis suivant :

« en fait, avec l'arrêt (...) du 8 janvier 1993, par lequel la Cour de cassation a écarté le pourvoi de (...) Ünsal Öztürk, la contradiction existant entre les deux jugements de [la cour de sûreté de l'Etat] a été levée, et il a ainsi été confirmé que le jugement conforme à la loi était bien celui rendu le 30 mars 1989 contre Ünsal Öztürk (...) »

A supposer même que des « développements jurisprudentiels » aient inspiré l'acquittement de M. N. Behram, force est alors de constater qu'ils ne se sont pas avérés suffisamment pertinents pour permettre à la Cour de cassation de remédier à la situation que le requérant dénonce maintenant devant la Cour (paragraphe 24-26 ci-dessus ; voir également le paragraphe 17).

74. Dès lors, la Cour conclut à la violation de l'article 10 de la Convention.

III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 1 DU PROTOCOLE N° 1

75. Le requérant soutient en outre que la mesure de confiscation prononcée en l'espèce par la cour de sûreté de l'État a enfreint l'article 1 du Protocole n° 1, qui se lit comme suit :

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

76. Il échet de relever que la mesure dont se plaint le requérant représente un effet accessoire de sa condamnation (paragraphe 28 ci-dessus), constitutive de la violation de l'article 10 constatée par la Cour. En conséquence, il n'y a pas lieu d'examiner séparément ce grief (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt Parti socialiste et autres c. Turquie du 25 mai 1998, *Recueil* 1998-III, p. 1259, § 57).

IV. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

77. Le requérant demande réparation du dommage matériel qu'il dit avoir subi, ainsi que le remboursement des frais et dépens exposés par lui aux fins de la procédure interne et devant la Commission et la Cour. Il s'appuie sur l'article 41 de la Convention, ainsi libellé :

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

A. Dommage matériel

78. Le requérant réclame une somme de 15 719 dollars américains (USD), à majorer d'intérêts, pour la perte résultant de la confiscation de 3 195 exemplaires de l'édition litigieuse, dont le prix unitaire était de 1 500 000 livres turques (TRL), soit 4,92 USD, y compris les frais de publication et le bénéfice.

Il réclame aussi réparation pour son manque à gagner, qu'il chiffre approximativement à 442 800 USD en tenant compte des ventes de rééditions ultérieures qu'il n'a pu réaliser. A cet égard, il estime que le livre aurait pu faire au moins deux éditions par année, chacune de 5 000 exemplaires, ce qui représenterait un potentiel de 90 000 exemplaires, chacun pouvant être vendu à 4,92 USD.

De surcroît, le requérant sollicite le remboursement de la somme de 285 000 TRL (121 USD) versée par lui à titre d'amende.

79. Le Gouvernement s'élève contre ces prétentions. Il soutient notamment que l'on ne saurait revendiquer un droit à réparation du fait d'une mesure de confiscation d'une publication délictueuse ordonnée et exécutée conformément à la loi.

Quant aux demandes se rapportant au manque à gagner, elles seraient hypothétiques et dénuées de tout fondement. En tout état de cause, si M. Öztürk n'est plus l'éditeur du livre, lequel se trouve en vente depuis 1991, c'est, selon le Gouvernement, parce qu'il a été incapable de faire une offre plus intéressante que celles de maisons concurrentes.

80. La Cour relève que l'amende infligée au requérant et la confiscation des exemplaires de l'édition litigieuse sont des conséquences directes de la violation constatée sur le terrain de l'article 10 de la Convention. Il y a donc lieu d'ordonner d'abord le remboursement intégral à l'intéressé de l'amende acquittée par lui. Quant aux exemplaires confisqués, il ressort du dossier de l'affaire que la première édition du livre était épuisée ; par ailleurs, des 3 195 exemplaires de la deuxième édition saisis en l'espèce 3 133 l'ont été dans les locaux de la maison d'édition Yurt Kitap-Yayın et 2 845 exemplaires ont été détruits. La Cour note également que, selon un avis émis le 12 mai 1997 par l'Union des éditeurs de Turquie (*Türkiye Yayıncılar Birliği*), le prix de vente d'un imprimé comparable à celui publié par le requérant s'élevait, à ladite date, à 500 000 TRL (3,58 USD) environ.

En ce qui concerne les prétentions du requérant relatives à la perte de ventes futures du livre, la Cour ne peut y faire droit, eu égard à leur caractère spéculatif et à l'impossibilité de parvenir, sur la base du dossier, à une quantification précise du manque à gagner ainsi subi.

En conclusion, la Cour, statuant en équité sur la base de l'ensemble des informations en sa possession, alloue au requérant 10 000 USD pour dommage matériel.

B. Frais et dépens

81. Le représentant du requérant demande à la Cour de prendre en compte le contrat passé le 10 mai 1993 entre lui-même et le requérant. Aux termes de cet accord, M. Öztürk devait à son avocat 100 000 000 TRL (10 227 USD à l'époque) mais, vu l'impossibilité pour lui de verser la somme, en raison de difficultés financières dues au fait qu'il avait été incarcéré à plusieurs reprises pour d'autres ouvrages publiés entre les années 1994 et 1997, il était prévu que l'avocat percevrait 10 % du montant éventuellement accordé par la Cour au titre de la satisfaction équitable.

82. Le Gouvernement trouve cette somme excessive par comparaison avec les honoraires que pratiquaient normalement les avocats en 1993. Il soutient par ailleurs que si le conseil du requérant a accepté de travailler gratuitement jusqu'en 1999, alors qu'il avait la possibilité de recouvrer sa créance par les voies de l'exécution forcée, il s'agit là d'une circonstance ne pouvant engager la responsabilité du Gouvernement.

83. La Cour observe qu'au titre des frais et dépens le requérant réclame seulement le remboursement des honoraires de son représentant, M. Öndül. Suivant les critères qui se dégagent de sa jurisprudence, il lui faut donc rechercher si la somme ainsi réclamée a été réellement engagée afin de prévenir ou redresser le fait jugé constitutif d'une violation de la Convention, si elle correspondait à une nécessité et si elle est d'un montant raisonnable (voir, parmi beaucoup d'autres, l'arrêt *Başkaya et Okşuoğlu*, précité, § 98). La Cour relève que M. Öndül a assuré la défense du requérant tout au long de la procédure interne et a représenté l'intéressé tant devant la Commission que dans la procédure écrite devant la Cour. Statuant là aussi en équité, la Cour estime raisonnable d'allouer 20 000 francs français au requérant pour ses frais et dépens.

C. Intérêts moratoires

84. La Cour juge approprié de prévoir le versement d'intérêts moratoires au taux annuel de 5 % pour la somme octroyée en dollars américains et de 3,47 % pour la somme accordée en francs français.

PAR CES MOTIFS, LA COUR, À L'UNANIMITÉ,

1. *Rejette* l'exception préliminaire du Gouvernement ;
2. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 10 de la Convention ;
3. *Dit* qu'il n'y a pas lieu d'examiner le grief tiré de l'article 1 du Protocole n° 1 ;
4. *Dit*
 - a) que l'Etat défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois, les sommes suivantes, à convertir en livres turques au taux applicable à la date du règlement :
 - i. 10 000 (dix mille) dollars américains pour dommage matériel ;
 - ii. 20 000 (vingt mille) francs français pour frais et dépens ;
 - b) que ces montants seront à majorer, à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, d'un intérêt simple aux taux suivants :
 - i. 5 % l'an pour la somme allouée en dollars américains ;
 - ii. 3,47 % l'an pour la somme allouée en francs français ;
5. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 28 septembre 1999.

Luzius WILDHABER
Président

Maud DE BOER-BUQUICCHIO
Greffière adjointe

ANNEXE

**AVIS DE LA COMMISSION EUROPÉENNE
DES DROITS DE L'HOMME¹**

(formulé dans le rapport de la Commission² du 30 juin 1998)

[La Commission siégeait dans la composition suivante :

MM. S. TRECHSEL, *président*,
 J.-C. GEUS,
 M.P. PELLONPÄÄ,
 E. BUSUTTIL,
 GAUKUR GÖRUNDSSON,
 A.Ş. GÖZÜBÜYÜK,
 A. WEITZEL,
 J.-C. SOYER,
 H. DANIELIUS,
 M^{me} G.H. THUNE,
 MM. F. MARTÍNEZ,
 C.L. ROZAKIS,
 M^{me} J. LIDDY,
 MM. L. LOUCAIDES,
 M.A. NOWICKI,
 I. CABRAL BARRETO,
 B. CONFORTI,
 N. BRATZA,
 I. BÉKÉS,
 D. ŠVÁBY,
 G. RESS,
 A. PERENIČ,
 C. BİRSAN,
 P. LORENZEN,
 K. HERNDL,
 E. BIELIŪNAS,
 E.A. ALKEMA,
 VILA AMIGÓ,
 M^{me} M. HION,
 MM. R. NICOLINI,
 A. ARABADJIEV,
 et M. M. DE SMATA, *secrétaire*.]

1. Traduction ; original anglais.

2. L'avis se réfère à des paragraphes antérieurs du rapport de la Commission, dont le texte intégral peut être obtenu au greffe de la Cour.

A. Griefs déclarés recevables

35. La Commission a déclaré recevables les griefs suivants du requérant :

- la condamnation de l'intéressé pour la publication de l'ouvrage en question s'analyserait en une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit à la liberté de pensée et à la liberté d'expression, en particulier de son droit de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées ;
- la saisie de l'ensemble des exemplaires de l'ouvrage constituerait une atteinte injustifiée à son droit au respect de ses biens.

B. Points en litige

36. Les points en litige en l'espèce sont les suivants :

- la condamnation du requérant pour la publication de l'ouvrage en question emporte-t-elle violation de son droit à la liberté de pensée et à la liberté d'expression tel que garanti par l'article 10 de la Convention ?
- la saisie des exemplaires de l'ouvrage en question a-t-elle porté atteinte au droit de l'intéressé au respect de ses biens consacré par l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention ?

C. Quant à l'article 10 de la Convention

37. Le requérant se plaint sur le terrain de l'article 9 de la Convention que sa condamnation pour avoir publié un livre s'analyse en une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit à la liberté de pensée et à la liberté d'expression.

38. La Commission estime que le grief du requérant porte essentiellement sur une atteinte alléguée à sa liberté d'expression. Partant, elle examinera le grief sous l'angle de l'article 10 de la Convention, ainsi libellé :

« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

39. Le requérant prétend que sa condamnation pour une infraction à l'article 312 du code pénal turc était illégale, considérant que l'auteur du

livre, Nihat Behram, a été relaxé des chefs d'accusation portés en vertu des mêmes dispositions et en raison du même ouvrage.

40. Par ailleurs, il fait valoir que le même livre a été publié par les éditions Altınçağ, une autre maison d'édition, sous le titre *La biographie d'un communiste (Bir komünistin biyografisi)*, et a été en vente libre en Turquie. En outre, le livre a été publié en Allemagne en 1989 par les éditions Peter Hammer sous le titre *Tödlicher Mai – Leben und Tod im türkischen Widerstand* (Mai meurtrier – vie et mort dans la résistance turque).

41. Eu égard à ce qui précède, le requérant soutient que les autorités nationales ont outrepassé la marge d'appréciation que la Convention confère aux Etats contractants.

42. Selon le gouvernement défendeur, l'ingérence dans les droits que l'article 10 de la Convention reconnaît au requérant était prévue par la loi, à savoir par l'article 312 du code pénal turc. Il déclare que la relaxe de l'auteur du livre est passée en force de chose jugée sans procédure d'appel, alors que la décision de condamner le requérant, compte tenu du montant de l'amende, était insusceptible de recours.

43. Le Gouvernement soutient en outre que le livre incriminé incitait à l'hostilité et à la haine entre les sociétés turque et kurde et appelait le peuple à la révolte. Il affirme que l'ouvrage se fondait sur le récit de la vie d'un dissident qui avait eu recours à la violence et à des tactiques terroristes après avoir adhéré à un parti politique illégal, avait étendu ses activités au Sud-Est de la Turquie et déclarait que la résistance armée et la lutte étaient nécessaires pour les Kurdes.

44. A cet égard, le Gouvernement soutient que les arrêts de la Cour de cassation s'inscrivent dans le cadre de la marge d'appréciation que la Convention laisse aux Etats contractants et qu'ils se justifiaient pleinement au regard du second paragraphe de l'article 10, pour des motifs de sécurité nationale, d'intégrité territoriale et de sûreté publique.

45. La Commission estime que la peine infligée au requérant s'analyse en une ingérence dans l'exercice de son droit à la liberté d'expression, tel que garanti par l'article 10 § 1. Ce point n'est pas en litige entre les parties.

46. Dès lors, il s'agit d'examiner si cette ingérence se justifiait au regard du paragraphe 2 de l'article 10, c'est-à-dire si elle était prévue par la loi, inspirée par un ou des buts légitimes énoncés dans cette disposition, et nécessaire dans une société démocratique.

47. Quant à la question de la légalité, la Commission constate que la condamnation du requérant se fondait sur l'article 312 du code pénal turc. Partant, elle était prévue par la loi.

48. Quant au but de l'ingérence, la Commission relève que la peine a été infligée aux fins de préserver la sécurité nationale, l'un des buts légitimes énoncés au paragraphe 2 de l'article 10.

49. Il reste à déterminer si l'ingérence était nécessaire, dans une société démocratique, à la sécurité nationale. A cet égard, la Commission

rappelle les principes suivants, dégagés par la Cour (voir, notamment, Cour eur. DH, arrêt *Zana c. Turquie* du 25 novembre 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VII, pp. 2547-2548, § 51) :

« i. La liberté d'expression [telle qu'elle est consacrée au paragraphe 1 de l'article 10] constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès (...) elle vaut non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent : ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique » (...)

ii. L'adjectif « nécessaire », au sens de l'article 10 § 2, implique un « besoin social impérieux ». Les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin, mais elle se double d'un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante (...)

iii. Dans l'exercice de [leur] pouvoir de contrôle, [les organes de la Convention doivent] considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire, y compris la teneur des propos reprochés au requérant et le contexte dans lequel celui-ci les fit. En particulier, il [leur] incombe (...) de déterminer si la mesure incriminée était « proportionnée aux buts légitimes poursuivis » et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent « pertinents et suffisants » (...)

50. La Commission observe en outre que si le libre jeu du débat politique se trouve au cœur même de la notion de société démocratique (Cour eur. DH, arrêt *Lingens c. Autriche* du 8 juillet 1986, série A n° 103, p. 26, § 42), cette liberté n'est pas absolue. Un Etat contractant peut la soumettre à certaines « restrictions » ou « sanctions », mais les organes de la Convention ont compétence pour statuer en dernier lieu sur le point de savoir si elles se concilient avec la liberté d'expression que protège l'article 10 (Cour eur. DH, arrêt *Observer et Guardian c. Royaume-Uni* du 26 novembre 1991, série A n° 216, pp. 29-30, § 59 c)). Ce faisant, les organes de la Convention doivent se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés à l'article 10 et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents (Cour eur. DH, arrêt *Jersild c. Danemark* du 23 septembre 1994, série A n° 298, p. 24, § 31).

51. Une ingérence ne peut être considérée comme nécessaire que si elle est proportionnée aux buts poursuivis. Dès lors, la Commission doit, en tenant compte des circonstances de chaque affaire et de la marge d'appréciation dont dispose l'Etat, rechercher si un juste équilibre a été respecté entre le droit fondamental d'un individu à la liberté d'expression et le droit légitime d'une société démocratique de se protéger contre les dangers menaçant la sécurité nationale.

52. La Commission rappelle que le requérant a été condamné pour la publication d'un livre relatant la vie d'Ibrahim Kaypakkaya, l'un des

fondateurs du Parti communiste de Turquie – marxiste-léniniste (TKP-ML), qui est mort en détention en mai 1973.

53. Elle constate que la cour de sûreté de l'Etat d'Ankara, sans invoquer un passage particulier de l'ouvrage, a déclaré que le livre relatait la vie d'un terroriste, son idéologie révolutionnaire et sa lutte contre les forces de l'ordre de l'Etat. La cour a en outre conclu que l'ouvrage visait à faire de la propagande pour l'idéologie communiste. Elle a par conséquent estimé que la publication du livre constituait une incitation à la haine et à l'hostilité sur la base d'une distinction fondée sur l'appartenance à une classe sociale, à une race ou à une région.

54. Pour apprécier la nécessité de l'ingérence, la Commission relève tout d'abord que le livre décrit la vie d'Ibrahim Kaypakkaya, décédé en 1973, soit une quinzaine d'années avant la parution du livre. L'ouvrage relate donc des événements passés et ne prétend pas décrire la situation en Turquie en 1988, année de sa parution. En même temps, le livre s'apparente à de nombreux égards à un pamphlet politique. Ibrahim Kaypakkaya est représenté comme un héros et un exemple pour autrui. Le livre dénote un profond respect et une grande admiration pour sa pensée et son action politiques. Il n'est pas impossible que le livre se voulait une source d'inspiration pour ceux qui poursuivraient la lutte dans le Sud-Est du pays contre les forces de l'ordre turques. Toutefois, alors que les vues exprimées dans l'ouvrage prêtent fortement à controverse, le Gouvernement n'a invoqué aucun passage indiquant que le livre préconisait la poursuite de la violence ou qu'il justifiait les actes terroristes.

55. La Commission constate en outre que l'auteur du livre a été relaxé des chefs d'accusation portés en vertu de l'article 312 du code pénal turc et qu'il a apparemment réussi à faire publier le même ouvrage par une autre maison d'édition turque sans qu'aucune procédure pénale n'ait été engagée contre lui ou l'éditeur.

56. Pour apprécier la proportionnalité de l'ingérence dans l'exercice par le requérant de son droit à la liberté d'expression, il y a lieu par ailleurs de prendre en compte le fait que le livre, outre son caractère biographique, exprime des opinions politiques. A cet égard, la Commission souligne que la liberté d'expression joue un rôle particulièrement important dans le contexte politique, le libre jeu du débat politique étant un élément indispensable dans une société démocratique. En outre, la condamnation du requérant pourrait avoir pour effet de le dissuader – lui-même ou d'autres – d'exprimer à l'avenir des idées politiques dans des publications et ainsi de restreindre la libre discussion de questions politiques (arrêt Lingens, *op. cit.*, p. 27, § 44).

57. Dès lors, la Commission estime que même en tenant compte de la marge d'appréciation des autorités nationales, l'atteinte à la liberté d'expression du requérant n'était pas proportionnée au but légitime de

protection de la sécurité nationale et ne saurait donc passer pour nécessaire, dans une société démocratique, pour atteindre ce but.

Conclusion

58. La Commission conclut à l'unanimité qu'il y a violation, en l'espèce, de l'article 10 de la Convention.

D. Quant à l'article 1 du Protocole n° 1

59. L'article 1 du Protocole n° 1 se lit ainsi :

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

60. Le requérant se plaint que la saisie du livre qu'il avait publié a constitué une atteinte injustifiée à son droit au respect de ses biens.

61. Le Gouvernement soutient que la saisie de l'ouvrage, prévue par l'article 36 du code pénal turc, résultait de la condamnation de l'intéressé, et se justifiait donc au regard de l'article 1 du Protocole n° 1.

62. La Commission a examiné le grief relatif à la condamnation du requérant sous l'angle de l'article 10 de la Convention et a conclu à la violation de cette disposition. Dès lors, elle estime qu'il n'y a pas lieu d'examiner également le grief au regard de l'article 1 du Protocole n° 1.

Conclusion

63. La Commission conclut, par trente voix contre une, qu'il n'y a pas lieu d'examiner le grief sous l'angle de l'article 1 du Protocole n° 1.

E. Récapitulation

64. La Commission conclut à l'unanimité qu'il y a violation, en l'espèce, de l'article 10 de la Convention (paragraphe 58).

65. La Commission conclut, par trente voix contre une, qu'il n'y a pas lieu d'examiner le grief sous l'angle de l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention (paragraphe 63).

M. DE SALVIA
Secrétaire de la Commission

S. TRECHSEL
Président de la Commission

NYLUND v. FINLAND
(*Application no. 27110/95*)

FOURTH SECTION¹

DECISION OF 29 JUNE 1999²

1. Sitting as a Chamber composed of Mr G. Ress, *President*, Mr M. Pellonpää, Mr I. Cabral Barreto, Mr V. Butkevych, Mrs N. Vajić, Mr J. Hedigan, Mrs S. Botoucharova, *judges*, and Mr V. Berger, *Section Registrar*.

2. English original.

SUMMARY¹**Refusal of putative father's request for determination of biological paternity of child born during the mother's marriage to another man****Article 6 § 1**

Applicability – Civil rights and obligations – Right not recognised under national law – Request of putative father for determination of biological paternity – Presumption of husband's paternity of child born in wedlock

Article 8

Family life – Natural father – Examination of bond between natural father and child – Private life – Presumption of husband's paternity of child born in wedlock – Refusal of putative father's request for determination of biological paternity of child born during the mother's marriage to another man – Balance between interests of child born in wedlock and interest of putative father to have his paternity of the child determined

*
* *

The applicant lived with T. from November 1987 until June 1988, when the relationship ended. T., who had discovered in May 1988 that she was pregnant, married R. in July 1988. The child was born the following January. The applicant recognised the child as his, but the District Court refused to approve the recognition, on the ground of a legal presumption that the husband was the father of a child born in wedlock. Moreover, T. maintained that she had had a relationship with R. before her relationship with the applicant ended. She refused to undergo a DNA test and did not allow the applicant access to the child. The applicant brought a civil action seeking a determination of whether he was the biological father of the child. The District Court dismissed the action without examining the merits, on the ground that the applicant had no right of action. His appeal was dismissed by the Court of Appeal, which found in particular that the applicant had only requested the establishment of biological paternity, which did not in itself create any rights or obligations, would disturb relations in the child's family and was not in the best interests of the child. Leave to appeal was refused by the Supreme Court.

Held

Article 6 § 1 taken alone and in conjunction with Article 14: Although the parties agreed that Article 6 was applicable, the Court was unable to reach the same conclusion. It found no indication in the relevant legislation of a right to a judicial declaration of biological paternity that did not entail at least some automatic

1. This summary by the Registry does not bind the Court.

consequences: a right to have mere biological paternity examined by scientific methods was not recognised in national law. In so far as the applicant's claim might be understood as a request for annulment of the husband's paternity and establishment of his own, there was no such right in national law and none could be derived from Article 8 of the Convention, which had the status of law in Finland. The applicant's claim did not, therefore, concern a right recognised under national law and Article 6 did not apply to the proceedings; consequently, Article 14 was not applicable either: incompatible *ratione materiae*.

Article 8: While "family life" extended to the potential relationship which might develop between a natural father and his child, it could not be overlooked that the applicant had not seen the child or formed any emotional ties with her. Moreover, the mother had denied that the applicant was the child's father. In the circumstances, his link with the child had an insufficient basis in fact and law to bring the alleged relationship within the scope of family life, although the facts did fall within the ambit of private life. However, the obstacle to paternity proceedings resulted from the opposition of the married couple and the Court of Appeal had considered that the examination of biological paternity would not have been in the child's interests, would not in itself have created any rights or obligations and would have disturbed the existing family relationships. There were reasons of legal certainty and security for applying a general presumption of paternity in favour of a husband and it was justifiable for domestic courts to give greater weight to the interests of the child and the family in which it lived than to the interests of a putative biological father. Furthermore the child could, on reaching the age of 15, decide whether to institute paternity proceedings herself. There was consequently no appearance of a violation: manifestly ill-founded.

Article 8 taken together with Article 14: The right of T. and R. to prevent the applicant from establishing his paternity resulted from the fact that the child was born after their marriage, and although the *de facto* relationship of cohabitants was recognised in some fields, there still existed differences between married and unmarried couples with regard to legal status and legal effects. The applicant was not in a situation analogous to that of the child's mother and, in so far as they could be considered to have been in such a situation while cohabiting, the approach of the national courts pursued the legitimate aim of securing or reconciling the rights of the child and her family and the means employed were not disproportionate: manifestly ill-founded.

Case-law cited by the Court

Rasmussen v. Denmark, judgment of 28 November 1984, Series A no. 87

M.B. v. the United Kingdom, application no. 22920/93, Commission decision of 6 April 1994, Decisions and Reports 77-A

Keegan v. Ireland, judgment of 26 May 1994, Series A no. 290

Kroon and Others v. the Netherlands, judgment of 27 October 1994, Series A no. 297-C

Masson and Van Zon v. the Netherlands, judgment of 28 September 1995, Series A no. 327-A

Stubbings and Others v. the United Kingdom, judgment of 22 October 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV

Werner v. Austria, judgment of 24 November 1997, *Reports* 1997-VII
Botta v. Italy, judgment of 24 February 1998, *Reports* 1998-I
Sheffield and Horsham v. the United Kingdom, judgment of 30 July 1998,
Reports 1998-V

...

THE FACTS

The applicant [Mr Jörgen Nylund] is a Finnish national who was born in 1950 and lives in Helsinki. He is a maritime broker.

He was represented before the Court by Mr M. Wuori, a lawyer practising in Helsinki.

The facts of the case, as submitted by the parties, may be summarised as follows.

A. The circumstances of the case

In October 1987, the applicant started a relationship with T. They began living together in mid-November and became engaged to be married on 1 January 1988. In May 1988 it was confirmed that T. was pregnant. According to the applicant, he and T. had deliberately decided to found a family. In mid-June their engagement and cohabitation ended.

On 21 July 1988 T. married a person called R. In January 1989 T. gave birth to a daughter, J.

The applicant claims to be the biological father of J. On 7 September 1989, on his own initiative, he recognised J. as his child before the Child Welfare Supervisor (*lastenvalvoja, barnatillsyningsman*) of Espoo.

By virtue of section 20 of the Paternity Act (*isyyslaki, lagen om faderskap*), the matter of the approval of his recognition came before the District Court judge (*kihlakunnantuomari, häradshövding*) of Espoo. In his decision of 28 September 1989 the judge noted that J. was born in wedlock, whereby followed a legal presumption of the husband's paternity. In the written proceedings T. denied the applicant's paternity and maintained that she had already had a relationship with her husband around the time of J.'s conception. On the basis of these circumstances, the judge found that the applicant was not J.'s father. According to section 45 of the Paternity Act, no appeal lay from the judge's decision.

The judge's decision was written on a form designed for decisions concerning the recognition of paternity. On the back of the form was attached information for the man about, *inter alia*, the legal consequences of recognition.

T. refused the applicant's offer to pay for a voluntary DNA test. The applicant's attempts to see J. have been fruitless, apparently due to T.'s opposition.

On 14 June 1991, the applicant took legal action seeking a determination of whether he was the biological father of J. or not. In doing so, he referred to Article 8 of the Convention.

The mother T. and the child J. were summoned to the District Court (*kihlakunnanoikeus, häradsrätten*) of Espoo. During the first hearing on 22 October 1991 they objected to the trial, stating that the applicant had no right of action. Furthermore, they based their objection on the failure to summon to the court J.'s other guardian, R. Subsequently, R. was also summoned.

On 10 March 1992, the District Court held a second hearing in which it considered the matter of the applicant's right of action. Each party submitted to the District Court an expert opinion concerning the issue of the applicant's legal standing. The parties disagreed over whether it was in fact possible to start legal proceedings aimed exclusively at the determination of whether a person was a natural father or not, or whether the action should include a request for the establishment or annulment of paternity.

On 10 March 1992, the District Court decided that the claim was not, as such, formulated in a manner that was contrary to the Paternity Act. It found that the Paternity Act gave the courts an opportunity to declare merely whether a man and a child were, in reality, close relatives without, at the same time, establishing a legal father-child relation between them. However, the District Court also found that, according to the Paternity Act, a man claiming to be a father did not have a right of action as regards paternity proceedings relating to a child born in wedlock. The District Court considered Articles 8 and 12 of the Convention and Article 5 of Protocol No. 7 to the Convention as well as Article 7 of the United Nations Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989. It concluded that the applicant had no right of action regarding the determination of whether he was J.'s father or not. The District Court then dismissed the applicant's action without examining it on the merits.

The applicant appealed to the Court of Appeal (*hovioikeus, hovrätten*) of Helsinki. He emphasised that the child's fundamental right to know her origins could not be denied on the ground that the other biological parent had opposed it. From the applicant's point of view, the focus of his action was whether a woman, who had become pregnant while living in a relationship similar to marriage, had the right to prevent the examination of the paternity and judicially to kidnap the child on the formal ground that she had married somebody else. The applicant stated that he had only requested that the fact that he was the father of J. be confirmed, without asking to establish a legal father-child relation. The applicant had a very strong need for the protection of law in the case. He argued that it was in the best interests of the child that the matter be resolved before she herself reached the age of 15, thereby obtaining a right of action of her own. He requested that the District Court's judgment be quashed and that the case be referred back to the District Court.

On 23 December 1992, the Court of Appeal dismissed the applicant's appeal. It reached the same conclusion as the District Court but its reasoning differed from that of the latter. The Court of Appeal noted that the applicant had only requested that it be determined whether or not he had fathered the child born when T. was married to R. Biological paternity, as a fact separate from kinship, did not in itself create any rights or obligations for the man or the child. Furthermore, the establishment of such a fact without the consent of the child's parents would disturb relations in the child's family. The best interests of the child did not require that biological paternity should be determined separately from kinship. The Court of Appeal found that the action was not based on the Paternity Act. Furthermore, since the action in reality included a request for the annulment of the presumption of the husband's paternity, it was contrary to the aim of the Paternity Act. The Court of Appeal found that the applicant had no legal interest to have determined the biological paternity of J. on any other grounds either. Lastly, the Court of Appeal found that the international conventions referred to in the District Court's judgment did not include provisions pursuant to which the applicant would have had the right to the examination in issue.

The applicant requested leave to appeal. He referred, *inter alia*, to Article 8 of the Convention.

On 24 May 1993, the Supreme Court (*korkein oikeus, högsta domstolen*) refused the applicant leave to appeal.

B. Relevant domestic law

The Paternity Act (700/1975)

“Chapter 1: General provisions

Section 2 – Presumption of paternity on the basis of marriage (351/1980)

The husband is the father of a child born during marriage. If the marriage is dissolved before the birth of a child due to the death of the husband, he is the father of the child if the date of birth of the child after the dissolution is such that the child could have been conceived during the marriage. However, if the mother has entered into a new marriage before the birth of the child, the latter husband is the father of the child.

Section 3 – Establishment of paternity by recognition and decision of the court

When a man who was not married to the mother of the child at the time of the birth of the child wants to recognise his paternity, the provisions of Chapter 3 on the recognition of paternity shall apply to such recognition (351/1980).

The court shall establish that the man is the father of the child if it is shown that he had intercourse with the mother at the time of conception, and if, in view of the statements of the mother of the child and the man as well as all the other circumstances, it is

deemed proven that the man has fathered the child. The provisions of Chapter 4 shall apply to the court proceedings for the establishment of paternity.

Section 4 – Annulment of paternity (351/1980)

The paternity of the husband may be annulled through recognition. The court may upon an action establish that the husband or a man who has recognised his paternity is not the father. The provisions of Chapter 5 shall apply to the annulment of paternity.”

“Chapter 3: Recognition of paternity

Section 15 – Issuing a statement of recognition

A man who wants to recognise his paternity shall notify a child welfare supervisor, a population registrar or a notary public in person that he is the father of the child ...

Section 16 – Approval by the child

If the child is legally competent, the recognition shall be subject to his approval ...

Section 16(a) – Approval by the mother and husband (351/1980)

If the recognition concerns a child referred to in section 2, the recognition shall be subject to the approval of the mother and the husband.

Section 20 – Enforcement of recognition

When a man has recognised his paternity, the child welfare supervisor responsible for the investigation of paternity under section 6, paragraph 2, shall without delay send the documents on the recognition as well as the record of the investigation of paternity for approval to the competent district court judge or city court chairman or other legally trained court member appointed by the city court for this purpose (351/1980).

The judge shall approve the recognition if

- (1) the recognition has been made in the manner provided in sections 15-19, and
- (2) if there is no cause to assume that the man who has recognised his paternity is not the father of the child.

...”

“Chapter 4: Court proceedings for the establishment of paternity

Section 22 – Right of action

The child shall have a right of action for the establishment of paternity.

The man shall have a right of action for the establishment of paternity if the judge has not approved the recognition on the grounds referred to in section 20, paragraph 2. The action shall be brought within one year from the date on which the man was informed of the decision of the judge. However, the man shall not have a right of action if the recognition concerns a child referred to in section 2 (351/1980).”

“Chapter 5: Annulment of paternity

Section 34 – Grounds for annulment of paternity

On the basis of an action the court shall establish that the husband is not the father of the child referred to in section 2 if it is shown that someone other than the husband had sexual intercourse with the mother and, in view of all the circumstances, it may be deemed proven that the child was conceived at that time or if, on the basis of the her-

editary characteristics of the child or of other special circumstances, it can otherwise be deemed proven that the man is not the father of the child.

If the child was conceived before marriage or when the spouses were separated due to a breakdown of the relations between the spouses, the court shall establish that the husband is not the father of the child unless it can be proven to be probable that the spouses had sexual intercourse with one another at the time the child was conceived.

The paternity of the husband is annulled when a man other than the husband has recognised his paternity in the manner provided in section 15, paragraph 1, and the judge has approved the recognition (351/1980).

Section 35 – Right of action

An action to annul paternity may be brought by the husband, mother or child.

The husband and mother shall bring an action within five years from the birth of the child.

...

Section 45 – Restrictions on appeal

The decision of the judge in a matter concerning the approval of recognition shall not be subject to appeal.”

By virtue of section 4 of the Population Data Act (*väestötietolaki, befolkningsdatalag*, 507/1993), shall be entered in the Population Data System, as describing a person’s status under family law, *inter alia*, data concerning his or her parents. The former Population Register Decree (*väestökirja-asetus, personregisterförordning*, 198/1970) included a similar provision.

COMPLAINTS

The applicant maintained that he had been denied an effective remedy by which he could establish, on credible biological grounds, whether he was the biological father of J. or not. He contended that the Paternity Act was unfair since it enabled the child’s mother to “legally kidnap” the child. He argued that such legitimate considerations as the equality of the sexes and the protection of the biological parent-child relationship, including the rights of the father and child, outweighed the need to defend the social institution of the family. He pointed out that the family unit, consisting of the then pregnant woman and himself, enjoyed no less protection under Article 8 of the Convention than did a family created through marriage.

The applicant maintained that he had been denied the right to a fair and public hearing guaranteed by Article 6 of the Convention. He maintained, further, that the mother’s absolute right to decide on her child’s paternity infringed his rights under Article 14 of the Convention. Moreover, that right was in conflict with a child’s right to know its real father,

which was specifically endorsed in Article 7 of the United Nations Convention on the Rights of the Child.

The applicant invoked Articles 6 and 8 of the Convention, both taken alone and in conjunction with Article 14.

PROCEDURE

The application was introduced before the European Commission of Human Rights (“the Commission”) on 22 November 1994 and registered on 25 April 1995.

On 23 October 1997, the Commission decided to communicate the application to the Government.

The Government’s written observations were submitted on 12 January 1998. The applicant replied on 17 March 1998.

On 1 November 1998, by operation of Article 5 § 2 of Protocol No. 11 to the Convention, the case fell to be examined by the Court.

THE LAW

A. As to Article 6 of the Convention, taken alone and in conjunction with Article 14

The applicant complained that he had been denied the right to a fair hearing contrary to Article 6 of the Convention. Furthermore, he submitted that he had been discriminated against since the violation under Article 6 was due to the opposition of the child’s mother.

The applicant invoked Article 6 of the Convention, both taken alone and in conjunction with Article 14.

Article 6 of the Convention in its relevant parts reads as follows:

“1. In the determination of his civil rights and obligations ..., everyone is entitled to a fair and public hearing ... by an independent and impartial tribunal established by law ...”

Article 14 of the Convention reads as follows:

“The enjoyment of the rights and freedoms set forth in [the] Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.”

The Government maintained that the right of access to a court was not an absolute one. In this regard, they submitted that the applicant had had such access to a court as was required by Article 6 since he had been able to present his case before the courts and have the legality of their decisions examined. As regards Article 14 of the Convention, the Govern-

ment maintained that the applicant and T. were not in analogous situations. The purpose of the provisions concerning the establishment of paternity was to ensure that the child had parents, not to discriminate against one sex by favouring the other.

The applicant maintained that section 2 of the Paternity Act not only established a legal presumption of paternity but constituted an absolute legal obstacle to any attempt by a person acting in good faith and professing to be the father of a child to have his claim, regardless of the seriousness and weight of the arguments and evidence supporting it, examined by a tribunal against the wishes of the mother. The applicant maintained that neither the interests of the child nor those of society were served by ignorance of biological paternity. In his view, the purpose of the Paternity Act in a modern society should be to create a legal regime whereby the paternity of any child could be established beyond doubt on the basis of scientific means with an emphasis on actual biological paternity.

As a preliminary remark, the Court observes that it has interpreted the applicant's reference to the rights of the child as supporting the applicant's own complaints and not as an independent complaint, taking into account that the applicant has no legal standing to represent J. in these proceedings.

The Court notes that the parties have agreed that Article 6 of the Convention is applicable in the present case. However, the Court, which has to examine, *ex officio*, its competence *ratione materiae*, is unable to reach the same conclusion.

The Court recalls that Article 6 § 1 of the Convention applies to disputes (*contestations*) over rights which can be said, at least on arguable grounds, to be recognised under domestic law. The dispute must be genuine and serious; it may relate not only to the actual existence of a right but also to its scope and the manner of its exercise. The outcome of the proceedings must be directly decisive for the right in question, mere tenuous connections or remote consequences not being sufficient to bring Article 6 § 1 into play (see, *inter alia*, the *Masson and Van Zon v. the Netherlands* judgment of 28 September 1995, Series A no. 327-A, p. 17, § 44, and the *Werner v. Austria* judgment of 24 November 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VII, p. 2507, § 34).

The Court has first examined whether the right to have mere biological paternity determined could arguably be said to be recognised under domestic law. In this connection, the Court must have regard to the wording of the relevant legal provisions and to the way in which these provisions are interpreted by the domestic courts.

The Court notes that the Paternity Act includes chapters concerning recognition, establishment and annulment of paternity. It does not include provisions as regards the legal consequences of paternity but these

are to be found in the relevant material legislation. The Court finds no indication of a right to a judicial declaration of biological paternity that does not entail at least some automatic legal consequences. A paternity claim, emphasising mere biological paternity, means that the court proceedings are instituted with the object of obliging the opposite party to undergo blood tests. The right to have mere biological paternity examined by scientific methods is not a right recognised in domestic law. Furthermore, the Court cannot overlook the judgments of the domestic courts, particularly that of the Court of Appeal.

In so far as the applicant's action may be understood as a request for the annulment of the husband's paternity and the establishment of his own, the Court notes that the applicant did not have the right to make such claims under the national law, namely the Paternity Act. Neither can such a right be derived from Article 8 of the Convention, which has the status of law in Finland. In this respect the Court refers to its findings below.

In view of the above considerations, the Court concludes that the claim asserted by the applicant did not concern a "right" which could arguably be said to be recognised under domestic law. Therefore, Article 6 § 1 of the Convention does not apply to the proceedings in question.

According to the Court's case-law, "Article 14 complements the other substantive provisions of the Convention and its Protocols. It has no independent existence, since it has effect solely in relation to 'the enjoyment of the rights and freedoms' safeguarded by those provisions. Although the application of Article 14 does not presuppose a breach of one or more of those provisions – and to this extent it is autonomous –, there can be no room for its application unless the facts of the case fall within the ambit of one or more of the latter" (see the *Botta v. Italy* judgment of 24 February 1998, *Reports* 1998-I, p. 424, § 39).

As the Court has concluded that Article 6 is not applicable, Article 14 cannot apply in this respect.

It follows that these complaints are incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention within the meaning of Article 35 § 3.

B. As to Article 8 of the Convention, taken alone and in conjunction with Article 14

1. Article 8 of the Convention

The applicant complained that the legal presumption of the husband's paternity violated his rights under Article 8 of the Convention since the family unit that consisted of himself and the then pregnant woman had not been protected. Furthermore, he argued that the mother's right under

domestic law to prevent him from establishing his paternity discriminated against him within the meaning of Article 14.

Article 8 of the Convention reads in its relevant parts as follows:

“1. Everyone has the right to respect for his private and family life ...

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

The Government argued that the facts of the case did not fall within the ambit of Article 8 of the Convention. They maintained that the relationship between the applicant and the child's mother T. had not lasted longer than eight months or so, and they had cohabited seven months. Shortly after confirmation of the conception, their cohabitation had ended, and soon after that T. had married her husband R. The child was born several months later in wedlock to T. and R. In her reply to the District Court, T. had asserted in essence that the applicant was not the father of J. The Government concluded that the applicant's link with the child was an insufficient basis to bring the alleged relationship within the scope of family life.

As regards the substance of the case under Article 8, the Government observed that the purpose of the provisions of the Paternity Act with its legal presumption was to protect a marriage-based family, including the child, from an action for the annulment of the paternity of the husband, brought by any man outside the family. It was to be noted that, after reaching the age of 15, the child itself could take action in order to establish his or her biological father. The Government submitted that the appropriate fair balance had been struck between the interests of the applicant and the prevailing general interest.

The applicant maintained that the emphasis in the Government's arguments was placed on the legal and social concept of family and privacy rather than the natural and biological fact of parenthood. This argumentation was formalistic and legalistic and, consequently, unsustainable. The applicant did not accept that the interests of the child were served by ignorance of his or her real father. The applicant expressed the fear that without a confirmation of biological paternity, there would be no legal obstacle to a marriage within the prohibited degrees of kinship. He stated that the Government had not presented sufficient and convincing reasons in support of their view that the matter fell within the margin of appreciation available to the respondent State. The provisions of the Paternity Act were, particularly as regards the applicant's case, disproportionate to the ends legitimately pursued by this legislation.

The Court recalls that the notion of “family life” in Article 8 is not confined solely to marriage-based relationships and may encompass other *de facto* “family” ties where the parties are living together outside marriage (see the *Keegan v. Ireland* judgment of 26 May 1994, Series A no. 290, pp. 17-18, § 44, and the *Kroon and Others v. the Netherlands* judgment of 27 October 1994, Series A no. 297-C, pp. 55-56, § 30). The application of this principle has been found to extend equally to the relationship between children born out of wedlock and their natural fathers. Further, the Court considers that Article 8 cannot be interpreted as only protecting “family life” which has already been established but, where the circumstances warrant it, must extend to the potential relationship which may develop between a child born out of wedlock and his or her natural father. Relevant factors in this regard include the nature of the relationship between the natural parents and the demonstrable interest in and commitment by the natural father to the child both before and after the birth (see *M.B. v. the United Kingdom*, application no. 22920/93, Commission decision of 6 April 1994, *Decisions and Reports* 77-A, p. 108).

In the present case, the Court is aware that the applicant cohabited with the mother and was engaged to her at the time she became pregnant. Furthermore, the Court is also aware that the mother had not agreed to the applicant creating any ties with the child. However, the Court cannot overlook that the applicant has not, in fact, seen the child or formed any emotional bond with her. In this respect, the instant case differs from the cases of *Keegan* and *Kroon and Others* (cited above), where the applicants had emotional bonds with the children in question. Moreover, unlike in the last-mentioned cases, the mother of the child has denied the applicant’s paternity.

The Court finds that, in the circumstances of this case, the applicant’s link with the child has an insufficient basis in law and fact to bring the alleged relationship within the scope of family life within the meaning of Article 8 § 1 of the Convention.

However, Article 8 protects not only “family” but also “private” life. The Court must examine, therefore, whether the nature of the applicant’s relationship with J. affects the applicant’s private life. In this regard, the Court recalls that in the *Rasmussen* case (see the *Rasmussen v. Denmark* judgment of 28 November 1984, Series A no. 87, p. 13, § 33) it found that the determination of the applicant’s legal relations with his putative daughter undoubtedly concerned his private life.

The Court notes that the instant case differs from the *Rasmussen* case in two respects. Firstly, in the *Rasmussen* case a husband wished to institute proceedings contesting his own paternity. Secondly, in that case the action aimed at the determination of the legal relations between the man and the child. In the instant case, the applicant’s action is aimed at the confirmation of an alleged biological fact rather than at the establishment

of legal relations. The Court finds, nonetheless, that the circumstances in the applicant's life in the spring of 1988, as described by the applicant himself, were such as to bring the facts of the instant case within the ambit of Article 8.

Therefore, the Court has considered whether the fact that the applicant was barred from instituting paternity proceedings as regards J. reveals a lack of respect for the applicant's private life.

The Court reiterates that the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary action by the public authorities. There may in addition be positive obligations inherent in effective "respect" for family life (or, as in the present case, private life). However, the boundaries between the State's positive and negative obligations under this provision do not lend themselves to precise definition. The applicable principles are nonetheless similar. In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation (see the *Keegan* judgment cited above, p. 19, § 49, and the *Kroon and Others* judgment cited above, p. 56, § 31).

The Court notes that, unlike in the *Kroon and Others* case, where the obstacle to bringing paternity proceedings ran counter to the wishes of those concerned, in the instant case it accords with the wishes of the married couple during whose marriage the child was born. In fact, the obstacle is a result of their opposition. Furthermore, in the *Kroon and Others* case the Court noted that the legal presumption of paternity did not actually benefit anyone (see the *Kroon and Others* judgment cited above, p. 58, § 40). The Court recalls that, in the instant case, the Court of Appeal dismissed the applicant's action not only on the basis of the wording of the provisions of the Paternity Act but also since an examination of the applicant's claim would not have been in the interests of the child. The Court of Appeal took into account that the establishment of biological paternity would not, as such, create any rights or obligations for those concerned. It also referred to the disturbance such an examination would cause to the family relationships in the child's family.

The Court finds nothing arbitrary in this assessment of the child's interests. There are reasons of legal certainty and security of family relationships for States to apply a general presumption according to which a married man is regarded as the father of his wife's children. It is justifiable for domestic courts to give greater weight to the interests of the child and the family in which it lives than to the interest of an applicant in obtaining determination of a biological fact. Moreover the Court notes that in the instant case, under domestic law, the child can, when reaching the age of 15, decide herself whether it is in her interest to institute paternity proceedings or not. This possibility does not, however, lead to the conclusion

that a legal action by a person outside her family should be allowed, especially when such a conclusion would, in fact, prevent her from later making a decision of her own.

An examination by the Court of this complaint does not disclose any appearance of a violation of the applicant's rights and freedoms set out in Article 8 of the Convention.

It follows that this part of the application is manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention.

2. Article 14 of the Convention

As regards Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8, the Government and the applicant submitted the same arguments as under Article 14 taken in conjunction with Article 6.

The Court reiterates that Article 14 affords protection against discrimination in the enjoyment of the rights and freedoms safeguarded by the other substantive provisions of the Convention. However, not every difference in treatment will amount to a violation of this Article. Instead, it must be established that other persons in an analogous or relevantly similar situation enjoy preferential treatment, and that there is no reasonable or objective justification for this distinction (see the *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom* judgment of 30 July 1998, *Reports* 1998-V, p. 2032, § 75). Contracting States enjoy a margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment in law (see the *Stubbings and Others v. the United Kingdom* judgment of 22 October 1996, *Reports* 1996-IV, p. 1507, § 72).

As regards the applicant's submission concerning the right of the child's mother to prevent him from establishing his paternity, the Court recalls that the child's mother had this right due to the fact that the child was born after her marriage to R. Furthermore, her husband had the same right. The Court finds that, though in some fields the *de facto* relationship of cohabitants is recognised, there still exist differences between married and unmarried couples, in particular, differences in legal status and legal effects. Marriage continues to be characterised by a corpus of rights and obligations that differentiate it markedly from the situation of a man and woman who cohabit. Having regard to the circumstances of the case, the Court finds that the applicant was not in a situation analogous to that of the child's mother within the meaning of Article 14 of the Convention. In so far as they can be considered to have been in such a situation, namely, at the time of their cohabitation, the Court finds that the national courts' approach pursued the legitimate aim of securing or reconciling the rights of the child and its family and that the means employed to this end were not disproportionate.

The Court finds that the applicant has not been subjected to discrimination contrary to Article 14 of the Convention.

It follows that this part of the application is manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention.

For these reasons, the Court unanimously

Declares the application inadmissible.

NYLUND c. FINLANDE
(Requête n° 27110/95)

QUATRIÈME SECTION¹

DÉCISION DU 29 JUIN 1999²

1. Siégeant en une chambre composée de M. G. Ress, *président*, M. M. Pellonpää, M. I. Cabral Barreto, M. V. Butkevych, M^{me} N. Vajić, M. J. Hedigan, M^{me} S. Botoucharova, *juges*, et de M. V. Berger, *greffier de section*.

2. Traduction ; original anglais.

SOMMAIRE¹**Rejet de la demande d'un père putatif visant à faire établir sa paternité biologique s'agissant d'un enfant né pendant le mariage de la mère avec un autre homme****Article 6 § 1**

Applicabilité – Droits et obligations de caractère civil – Droit non reconnu en droit interne – Demande d'un père putatif visant à faire établir sa paternité biologique – Présomption de paternité légitime s'agissant d'un enfant né dans le mariage

Article 8

Vie familiale – Père naturel – Examen du lien entre un père naturel et son enfant – Vie privée – Présomption de paternité légitime s'agissant d'un enfant né dans le mariage – Rejet de la demande d'un père putatif visant à faire établir sa paternité biologique s'agissant d'un enfant né pendant le mariage de la mère avec un autre homme – Equilibre entre l'intérêt de l'enfant né dans le mariage et celui du père putatif à faire établir sa paternité

*
* *

Le requérant vécut avec T. de novembre 1987 jusqu'à la fin de leur relation en juin 1998. T., qui avait appris en mai 1988 qu'elle était enceinte, épousa R. en juillet 1988. L'enfant naquit en janvier de l'année suivante. Le requérant la reconnut, mais le tribunal d'arrondissement, se fondant sur la présomption légale de paternité légitime dans le cas d'un enfant né dans le mariage, refusa d'homologuer la reconnaissance. En outre, T. prétendit que sa liaison avec son époux avait débuté avant la fin de la relation qu'elle entretenait avec le requérant. Elle refusa de se soumettre à un examen d'ADN et s'opposa à ce que le requérant ait des contacts avec l'enfant. Le requérant engagea une action civile visant à établir s'il était ou non le père biologique. Le tribunal d'arrondissement rejeta la demande sans l'examiner au fond, au motif que le requérant n'avait pas le droit d'agir en justice. La cour d'appel débouta également l'intéressé, estimant notamment qu'il avait seulement demandé l'établissement de la paternité biologique, ce qui, en soi, ne créait ni droit ni obligation, perturberait les relations au sein de la famille de l'enfant et n'était pas dans l'intérêt de celle-ci. La Cour suprême lui refusa l'autorisation de former un pourvoi.

Article 6 § 1, pris isolément et combiné avec l'article 14 : si les parties admettent toutes deux l'applicabilité de l'article 6 de la Convention, la Cour ne souscrit pas à cette conclusion. Elle ne voit dans la loi pertinente aucun élément démontrant qu'il existerait un droit à une déclaration judiciaire de paternité biologique n'entraînant pas automatiquement au moins quelques conséquences : le droit de

1. Rédigé par le greffe, il ne lie pas la Cour.

faire établir la simple paternité biologique par des moyens scientifiques n'est pas un droit reconnu en droit interne. Pour autant que l'action du requérant peut se comprendre comme une demande visant à contester la paternité du mari et à faire établir la sienne, pareil droit n'existe pas en droit interne et ne saurait être tiré de l'article 8 de la Convention, qui a force de loi en Finlande. Par conséquent, la prétention du requérant ne portait pas sur un droit reconnu en droit interne et l'article 6 § 1 de la Convention n'est pas applicable à la procédure en jeu ; dès lors, l'article 14 ne trouve pas non plus à s'appliquer : incompatibilité *ratione materiae*.

Article 8 : si la « vie familiale » s'étend à la relation qui pourrait se développer entre un enfant et son père naturel, force est de constater que le requérant n'a jamais vu l'enfant ni formé un lien affectif quelconque avec elle. De plus, la mère de l'enfant nie que le requérant soit le père. Dans ces conditions, le lien de celui-ci avec l'enfant constitue une base insuffisante en fait et en droit pour que la relation alléguée puisse relever de la notion de vie familiale ; en revanche, les faits de la cause tombent sous l'empire de la vie privée. Cependant, l'obstacle à l'action en recherche de paternité résulte de l'opposition du couple marié et la cour d'appel a estimé que l'établissement de la paternité biologique n'aurait pas été dans l'intérêt de l'enfant, n'aurait créé en soi ni droit ni obligation et aurait perturbé les relations familiales existantes. Des raisons tenant à la sécurité et à la certitude juridiques justifient d'appliquer une présomption générale de paternité légitime et c'est à bon droit que les tribunaux internes ont accordé plus d'importance aux intérêts de l'enfant et de la famille dans laquelle elle vit qu'à ceux du père biologique putatif. Par ailleurs, l'enfant pourra, lorsqu'elle aura atteint l'âge de quinze ans, décider elle-même d'engager une action en recherche de paternité. Il n'y a donc aucune apparence de violation : défaut manifeste de fondement.

Article 8 combiné avec l'article 14 : le droit de T. et R. d'empêcher le requérant d'établir sa paternité découle du fait que l'enfant est née après leur mariage et, bien que dans certains domaines la relation de fait entre les concubins soit reconnue, il existe toujours des différences entre les couples mariés et non mariés, en particulier en ce qui concerne le statut et les conséquences juridiques. Le requérant et la mère de l'enfant n'étaient pas dans une situation analogue ; dans la mesure où l'on peut considérer que tel était le cas à l'époque de leur vie commune, le point de vue des juridictions nationales poursuit le but légitime de garantir ou réconcilier les droits de l'enfant et de sa famille, et les moyens employés à cette fin ne sont pas disproportionnés : défaut manifeste de fondement.

Jurisprudence citée par la Cour

Rasmussen c. Danemark, arrêt du 28 novembre 1984, série A n° 87

M.B. c. Royaume-Uni, requête n° 22920/93, décision de la Commission du 6 avril 1994, Décisions et rapports 77-B

Keegan c. Irlande, arrêt du 26 mai 1994, série A n° 290

Kroon et autres c. Pays-Bas, arrêt du 27 octobre 1994, série A n° 297-C

Masson et Van Zon c. Pays-Bas, arrêt du 28 septembre 1995, série A n° 327-A

Stubbings et autres c. Royaume-Uni, arrêt du 22 octobre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV

Werner c. Autriche, arrêt du 24 novembre 1997, *Recueil* 1997-VII

Botta c. Italie, arrêt du 24 février 1998, *Recueil* 1998-I

Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni, arrêt du 30 juillet 1998, *Recueil* 1998-V

(...)

EN FAIT

Le requérant [M. Jörgen Nylund] est un ressortissant finlandais né en 1950 et domicilié à Helsinki. Il est courtier maritime.

Devant la Cour, il est représenté par M^e M. Wuori, avocat au barreau d'Helsinki.

Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par les parties, peuvent se résumer comme suit.

A. Les circonstances de l'espèce

En octobre 1987, le requérant débuta une liaison avec T. Ils commencèrent à vivre ensemble à la mi-novembre et se fiancèrent le 1^{er} janvier 1988. En mai 1988, il s'avéra que T. était enceinte. Selon le requérant, lui-même et T. avaient délibérément pris la décision de fonder une famille. A la mi-juin, ils mirent fin à leurs fiançailles et à leur vie commune.

Le 21 juillet 1988, T. épousa un homme du nom de R. En janvier 1989, elle donna naissance à une petite fille, J.

Le requérant prétend être le père biologique de J. Le 7 septembre 1989, de sa propre initiative, il reconnut J. comme son enfant devant le directeur des services de protection de l'enfance (*lastenvalvoja, barnatillsyningsman*) d'Espoo.

En application de l'article 20 de la loi sur la paternité (*isyyslaki, lagen om faderskap*), la question de l'homologation de la reconnaissance fut déférée au juge du tribunal d'arrondissement (*kihlakunnantuomari, häradshövding*) d'Espoo. Dans sa décision du 28 septembre 1989, celui-ci releva que J. était née pendant le mariage, ce qui entraînait une présomption légale de paternité légitime. Au cours de la procédure écrite, T. contesta la paternité du requérant et prétendit qu'elle avait déjà une liaison avec son époux à l'époque où J. avait été conçue. Compte tenu des circonstances, le juge estima que le requérant n'était pas le père de J. En vertu de l'article 45 de la loi sur la paternité, sa décision est insusceptible d'appel.

La décision du juge était rédigée sur un formulaire conçu pour les décisions relatives à la reconnaissance de paternité. Au dos du formulaire étaient jointes des informations à l'attention de l'individu concerné, portant notamment sur les conséquences juridiques de la reconnaissance.

T. refusa l'offre du requérant de payer les frais d'un examen d'ADN volontaire. L'intéressé n'a jamais réussi à voir J., apparemment en raison de l'opposition de T.

Le 14 juin 1991, le requérant engagea une action en justice visant à déterminer s'il était ou non le père biologique de J. Ce faisant, il invoqua l'article 8 de la Convention.

La mère T. et l'enfant J. furent citées à comparaître devant le tribunal d'arrondissement (*kihlakunnanoikeus, häradsrätten*) d'Espoo. A la première audience du 22 octobre 1991, elles s'opposèrent à la tenue du procès, au motif que le requérant n'avait pas le droit d'agir en justice. Elles firent également valoir que l'autre gardien de J., R., n'avait pas été cité à comparaître. Par la suite, R. fut également convoqué.

Le 10 mars 1992, le tribunal d'arrondissement tint une deuxième audience au cours de laquelle il examina la question du droit d'action du requérant. Les deux parties présentèrent chacune au tribunal d'arrondissement une expertise concernant la qualité pour agir de l'intéressé. Elles exprimèrent des points de vue divergents quant à la possibilité d'engager une procédure judiciaire visant uniquement à déterminer si une personne était ou non le père naturel d'un enfant, ou si pareille action devait s'accompagner d'une demande d'établissement ou de contestation de la paternité.

Le 10 mars 1992, le tribunal d'arrondissement décida que le libellé de la demande, en soi, ne contrevient pas à la loi sur la paternité. Il estima que ladite loi donnait aux tribunaux la possibilité de déclarer simplement qu'un homme et un enfant étaient en vérité étroitement liés par le sang, sans pour cela établir entre eux un lien juridique de filiation. Toutefois, le tribunal d'arrondissement conclut également qu'en vertu de la loi sur la paternité, un homme qui prétendait être père n'avait pas le droit d'agir en justice pour faire établir la filiation paternelle d'un enfant né dans les liens du mariage. Eu égard aux articles 8 et 12 de la Convention et à l'article 5 du Protocole n° 7 à la Convention, ainsi qu'à l'article 7 de la Convention des Nations unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant, le tribunal d'arrondissement conclut que le requérant n'avait pas le droit de faire établir judiciairement s'il était ou non le père de J. Il rejeta alors les prétentions de l'intéressé sans les examiner au fond.

Le requérant saisit la cour d'appel (*hovioikeus, hovrätten*) d'Helsinki. Il souligna que l'on ne pouvait priver l'enfant de son droit fondamental de connaître ses origines au motif que l'autre parent biologique y était opposé. Selon le requérant, son action avait pour objet d'examiner si une femme, qui était tombée enceinte alors qu'elle entretenait une relation quasi matrimoniale, avait le droit d'empêcher la détermination de la paternité et de kidnapper juridiquement l'enfant pour la raison formelle qu'elle avait épousé quelqu'un d'autre. Le requérant déclara qu'il avait seulement sollicité l'homologation de sa paternité à l'égard de J., sans demander l'établissement d'un lien juridique de filiation paternelle. Il réclama la protection de la loi dans cette affaire, faisant valoir qu'il était dans l'intérêt de l'enfant que la question soit résolue avant que l'intéressée n'atteigne l'âge de quinze ans, et puisse alors acquérir elle-même le droit d'action. Il demanda l'annulation du jugement du tribunal d'arrondissement et le renvoi de l'affaire devant cette même juridiction.

Le 23 décembre 1992, la cour d'appel débouta le requérant. Elle parvint à la même conclusion que le tribunal d'arrondissement en suivant un raisonnement différent. La cour d'appel releva que le requérant avait seulement demandé à ce que l'on déterminât s'il était le père de l'enfant née pendant le mariage de T. et R. La paternité biologique, en tant que fait distinct de la filiation, ne créait en soi ni droit ni obligation pour l'homme ou l'enfant. En outre, l'établissement d'un tel fait sans le consentement des parents de l'enfant perturberait les relations dans la famille de celle-ci. Dans l'intérêt de l'enfant, il était inutile d'établir une paternité biologique distincte de la filiation. La cour d'appel estima que la loi sur la paternité ne fondait pas l'action. Par ailleurs, puisque celle-ci impliquait en réalité de combattre la présomption de paternité légitime, elle était contraire au but de la loi sur la paternité. Quant aux autres moyens, la cour d'appel conclut que le requérant n'avait pas d'intérêt juridique à faire déterminer la paternité biologique de J. Enfin, elle déclara que les conventions internationales mentionnées dans le jugement du tribunal d'arrondissement ne comprenaient aucune disposition donnant au requérant le droit à la détermination en question.

Le requérant demanda l'autorisation de former un pourvoi, invoquant notamment l'article 8 de la Convention.

Le 24 mai 1993, la Cour suprême (*korkein oikeus, högsta domstolen*) lui refusa l'autorisation de la saisir.

B. Le droit interne pertinent

La loi sur la paternité (700/1975)

« Chapitre 1 : Dispositions générales

Article 2 : Présomption de paternité fondée sur le mariage (351/1980)

L'enfant né pendant le mariage a pour père le mari. En cas de dissolution du mariage avant la naissance de l'enfant par le décès de l'époux, celui-ci est le père si la naissance de l'enfant ultérieure à la dissolution a lieu à une date telle qu'il peut avoir été conçu pendant le mariage. Toutefois, si la mère s'est remariée avant la naissance de l'enfant, le père est son dernier époux en date.

Article 3 : Etablissement de la paternité par reconnaissance et décision du tribunal

Lorsqu'un homme qui n'était pas marié avec la mère de l'enfant au moment de la naissance de celui-ci souhaite reconnaître sa paternité, les dispositions du chapitre 3 concernant la reconnaissance de paternité trouvent à s'appliquer (351/1980).

Le tribunal établit que l'homme est le père de l'enfant s'il est avéré qu'il avait des rapports sexuels avec la mère au moment de la conception et si, au vu des déclarations de la mère de l'enfant et de l'intéressé ainsi que de l'ensemble des autres circonstances,

il est réputé prouvé que l'homme a engendré l'enfant. Les dispositions du chapitre 4 s'appliquent à la procédure judiciaire d'établissement de la paternité.

Article 4 : Contestation de la paternité (351/1980)

La paternité du mari peut être contestée par la reconnaissance. Le tribunal peut établir par une action que le mari ou un homme ayant reconnu sa paternité n'est pas le père. Les dispositions du chapitre 5 s'appliquent à la contestation de la paternité. »

« Chapitre 3 : Reconnaissance de paternité

Article 15 : Déclaration de reconnaissance

Tout homme souhaitant reconnaître sa paternité doit déclarer en personne à un directeur des services de protection de l'enfance, un officier d'état civil ou un notaire qu'il est le père de l'enfant. (...)

Article 16 : Approbation de l'enfant

Si l'enfant est juridiquement capable, la reconnaissance est soumise à son approbation. (...)

Article 16 (a) : Approbation de la mère et de son époux (351/1980)

Si la reconnaissance concerne un enfant visé à l'article 2, elle est soumise au consentement de la mère et du mari de celle-ci.

Article 20 : Mise en œuvre de la reconnaissance

Lorsqu'un homme a reconnu sa paternité, le directeur des services de protection de l'enfance responsable de l'enquête de paternité en vertu de l'article 6 § 2, envoie dans les meilleurs délais, à des fins d'homologation, les documents concernant la reconnaissance ainsi que le dossier d'enquête de paternité au juge du tribunal d'arrondissement ou au président du tribunal municipal compétent, ou encore à un magistrat nommé par le tribunal municipal à cet effet (351/1980).

Le juge homologue la reconnaissance si

1. celle-ci a été faite selon les modalités prévues aux articles 15 à 19,
- et
2. rien ne porte à croire que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père de l'enfant.

(...) »

« Chapitre 4 : Procédure judiciaire d'établissement de la paternité

Article 22 : Droit d'agir en justice

Tout enfant a le droit de faire établir en justice qui est son père.

Tout homme a le droit de faire établir en justice qu'il est le père d'un enfant si le juge n'a pas homologué sa reconnaissance de paternité pour les motifs prévus à l'article 20 § 2. L'action doit être engagée dans un délai d'un an à compter de la date à laquelle

L'homme a été informé de la décision du juge. Toutefois, l'intéressé n'a pas de droit d'action si la reconnaissance concerne un enfant visé à l'article 2 (351/1980). »

« Chapitre 5 : Contestation de la paternité

Article 34 : Motifs de contestation de la paternité

Le tribunal établit par une action que le mari n'est pas le père de l'enfant visé à l'article 2 s'il est avéré que la mère a eu des rapports sexuels avec un autre homme et qu'il est réputé prouvé, compte tenu de l'ensemble des circonstances, que l'enfant a été conçu à cette époque, ou que, considérant les caractéristiques génétiques de l'enfant ou d'autres circonstances spécifiques, le mari ne peut être le père.

Si l'enfant a été conçu avant le mariage ou alors que les époux étaient séparés en raison d'une rupture de leurs relations, le tribunal établit que le mari n'est pas le père de l'enfant sauf s'il peut être démontré que, selon toute probabilité, les époux ont eu des rapports sexuels à l'époque de la conception de l'enfant.

Le mari n'est plus considéré comme le père de l'enfant lorsqu'un autre homme a reconnu sa paternité selon les modalités prévues à l'article 15 § 1 et que le juge a homologué la reconnaissance (351/1980).

Article 35 : Droit d'action

Une action en contestation de paternité peut être engagée par la mère, son époux ou l'enfant.

La mère et son époux doivent engager une telle action dans un délai de cinq ans à compter de la naissance de l'enfant.

(...)

Article 45 : Restriction à l'appel

La décision du juge sur une question relative à l'homologation de la reconnaissance est insusceptible de recours. »

L'article 4 de la loi sur les données démographiques (*väestötietolaki, befolkningsdatalag*, 507/1993) dispose qu'il faut enregistrer dans le système de données démographiques notamment les renseignements concernant les parents d'une personne, qui définissent le statut personnel de cette personne au regard du droit de la famille. L'ancien décret sur les registres d'état civil (*väestökirja-asetus, personregisterförordning*, 198/1970) comprenait une disposition similaire.

GRIEFS

Le requérant soutient qu'il n'a pas disposé d'un recours efficace lui permettant d'établir, sur la base de faits biologiques crédibles, s'il était ou non le père naturel de J. Il prétend que la loi sur la paternité est injuste, en ce qu'elle permet à la mère de l'enfant de « kidnapper juridiquement »

celui-ci. Selon lui, des considérations légitimes telles que l'égalité des sexes et la protection de la relation entre l'enfant et ses parents biologiques, y compris les droits du père et de l'enfant, l'emportent sur la nécessité de défendre l'institution sociale de la famille. Il souligne que l'unité familiale constituée par lui-même et la mère alors enceinte bénéficie au regard de l'article 8 de la Convention de la même protection qu'une famille créée par le mariage.

Selon le requérant, il n'a pas eu droit à un procès équitable et public tel que garanti par l'article 6 de la Convention. Il soutient en outre que le droit absolu de la mère de décider qui est le père de l'enfant enfreint ses droits au regard de l'article 14 de la Convention. Par ailleurs, cette prérogative est en conflit avec le droit de l'enfant de connaître son véritable père, que consacre explicitement l'article 7 de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant.

Le requérant invoque les articles 6 et 8 de la Convention, pris isolément et combinés avec l'article 14.

PROCÉDURE

La requête a été introduite devant la Commission européenne des Droits de l'Homme (« la Commission ») le 22 novembre 1994 et enregistrée le 25 avril 1995.

Le 23 octobre 1997, la Commission a décidé de communiquer la requête au Gouvernement.

Le 12 janvier 1998, le Gouvernement a présenté ses observations écrites, auxquelles le requérant a répondu le 17 mars 1998.

A la suite de l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 à la Convention le 1^{er} novembre 1998, la requête est examinée par la Cour, en application de l'article 5 § 2 dudit Protocole.

EN DROIT

A. Quant à l'article 6 de la Convention, pris isolément et combiné avec l'article 14

Le requérant se plaint d'avoir été privé de son droit à un procès équitable, en violation de l'article 6 de la Convention. Il soutient en outre avoir été victime d'une discrimination puisque la violation de l'article 6 résulte de l'opposition de la mère de l'enfant.

Il invoque l'article 6 de la Convention, pris isolément et combiné avec l'article 14.

L'article 6 de la Convention, en ses dispositions pertinentes, se lit ainsi :

« 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement (...), par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...) »

L'article 14 de la Convention est ainsi libellé :

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

Selon le Gouvernement, le droit d'accès à un tribunal n'est pas absolu. A cet égard, il soutient que le requérant a bien eu accès à un tribunal, comme le requiert l'article 6, puisqu'il a pu présenter sa cause devant les tribunaux et faire examiner la légalité de leurs décisions. Quant à l'article 14 de la Convention, le Gouvernement allègue que le requérant et T. ne se trouvaient pas dans des situations analogues. Les dispositions concernant l'établissement de la paternité visent à garantir que l'enfant a des parents, et non à faire subir une discrimination aux représentants d'un sexe en favorisant ceux de l'autre.

Pour le requérant, l'article 2 de la loi sur la paternité non seulement établit une présomption légale de paternité, mais constitue également un obstacle juridique absolu à toute tentative par une personne prétendant de bonne foi être le père d'un enfant de faire examiner sa prétention par un tribunal contre le souhait de la mère, quels que soient le sérieux et le poids de ses arguments et les preuves à l'appui de sa demande. Le requérant soutient que les intérêts de l'enfant ou ceux de la société ne sont pas servis par le fait de ne pas prendre en compte la paternité biologique. A son sens, le but de la loi sur la paternité devrait être, dans une société moderne, la création d'un régime juridique permettant d'établir sans doute possible qui est le père de tout enfant par des moyens scientifiques, en mettant l'accent sur la paternité biologique.

La Cour observe à titre préliminaire qu'elle a interprété l'allusion du requérant aux droits de l'enfant comme un argument à l'appui de ses propres griefs et non comme un grief séparé, considérant que l'intéressé n'a pas qualité pour représenter J. dans le cadre de cette procédure.

Elle relève que les parties admettent toutes deux l'applicabilité de l'article 6 de la Convention en l'espèce. Toutefois, la Cour, qui doit examiner d'office sa compétence *ratione materiae*, ne souscrit pas à cette conclusion.

La Cour rappelle que l'article 6 § 1 de la Convention s'applique à des contestations sur un droit que l'on peut prétendre, au moins de manière défendable, reconnu en droit interne. Il doit s'agir d'une contestation réelle et sérieuse ; elle peut concerner aussi bien l'existence même d'un

droit que son étendue ou ses modalités d'exercice. Enfin, l'issue de la procédure doit être directement déterminante pour le droit en question, l'article 6 § 1 ne se contentant pas, pour entrer en jeu, d'un lien ténu ni de répercussions lointaines (voir, entre autres, l'arrêt *Masson et Van Zon c. Pays-Bas* du 28 septembre 1995, série A n° 327-A, p. 17, § 44, et l'arrêt *Werner c. Autriche* du 24 novembre 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VII, p. 2507, § 34).

La Cour a tout d'abord examiné si l'on pouvait prétendre, de manière défendable, que le droit de faire établir la simple paternité biologique était reconnu en droit interne. A cet égard, elle doit tenir compte du libellé des dispositions juridiques pertinentes et de l'interprétation de ces dispositions par les juridictions nationales.

La Cour relève que la loi sur la paternité comporte des chapitres sur la reconnaissance, l'établissement et la contestation de la paternité. Elle ne renferme aucune disposition sur les conséquences juridiques de la paternité mais celles-ci peuvent être dégagées de la législation substantielle pertinente. La Cour ne voit aucun élément démontrant qu'il existerait un droit à une déclaration judiciaire de paternité biologique qui n'entraîne pas automatiquement au moins quelques conséquences juridiques. Une revendication de paternité, fondée sur la simple paternité biologique, signifie que la procédure judiciaire est engagée dans le but d'obliger la partie adverse à subir des examens sanguins. Le droit de faire établir la simple paternité biologique par des moyens scientifiques n'est pas un droit reconnu en droit interne. Par ailleurs, la Cour ne saurait ignorer les décisions des juridictions nationales, particulièrement celles de la cour d'appel.

Dans la mesure où l'action du requérant peut se comprendre comme une demande visant à contester la paternité du mari et à faire établir la sienne, la Cour relève que le droit interne, c'est-à-dire la loi sur la paternité, ne donne à l'intéressé aucun droit de faire valoir de telles prétentions. Pareil droit ne saurait non plus être tiré de l'article 8 de la Convention, qui a force de loi en Finlande. A cet égard, la Cour renvoie à sa conclusion ci-après.

Eu égard aux considérations ci-dessus, la Cour conclut que la prétention du requérant ne portait pas sur un « droit » que l'on peut prétendre, de manière défendable, reconnu en droit interne. Dès lors, l'article 6 § 1 de la Convention ne s'applique pas à la procédure dont il est ici question.

Selon la jurisprudence de la Cour, « l'article 14 complète les autres clauses normatives de la Convention et des Protocoles. Il n'a pas d'existence indépendante puisqu'il vaut uniquement pour « la jouissance des droits et libertés » qu'elles garantissent. Certes, il peut entrer en jeu même sans un manquement à leurs exigences et, dans cette mesure, possède une portée autonome, mais il ne saurait trouver à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'empire de l'une au moins desdites

clauses » (arrêt *Botta c. Italie* du 24 février 1998, *Recueil* 1998-I, p. 424, § 39).

La Cour ayant conclu que l'article 6 n'est pas applicable, l'article 14 ne peut s'appliquer à cet égard.

Il s'ensuit que ces griefs sont incompatibles *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention, conformément à l'article 35 § 3 de celle-ci.

B. Quant à l'article 8 de la Convention, pris isolément et combiné avec l'article 14

1. Article 8 de la Convention

Le requérant se plaint que la présomption légale de paternité légitime enfreint ses droits au regard de l'article 8 de la Convention, puisque l'unité familiale constituée de lui-même et de la mère alors enceinte n'a bénéficié d'aucune protection. Il soutient en outre que le droit qu'a la mère en vertu de la législation interne de l'empêcher de faire établir sa paternité lui fait subir une discrimination au sens de l'article 14.

L'article 8 de la Convention, en ses dispositions pertinentes, se lit ainsi :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale (...)

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

Le Gouvernement prétend que les faits de la cause ne tombent pas sous l'empire de l'article 8 de la Convention. Il fait valoir que la liaison du requérant et de T., la mère de l'enfant, n'a duré que huit mois environ et qu'ils ont vécu ensemble sept mois. Ils se sont séparés juste après la confirmation de la grossesse et, peu après, T. a épousé R., son mari. L'enfant est née plusieurs mois après le mariage de T. et R. Dans sa réponse au tribunal d'arrondissement, T. a affirmé en substance que le requérant n'était pas le père de J. Le Gouvernement conclut que le lien du requérant avec l'enfant n'est pas suffisant pour relever de la vie familiale.

Quant au fond de l'affaire au regard de l'article 8, le Gouvernement observe que les dispositions de la loi sur la paternité et la présomption légale qu'elle institue visent à protéger la famille fondée sur le mariage – y compris l'enfant – d'une action intentée par un homme extérieur à la famille en vue de contester la paternité du mari. Il convient de noter qu'après avoir atteint l'âge de quinze ans, l'enfant elle-même pourra engager une procédure afin de faire établir qui est son père biologique. Le

Gouvernement prétend qu'un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts du requérant et l'intérêt général en vigueur.

Le requérant soutient que le Gouvernement, dans ses arguments, met l'accent sur la notion juridique et sociale de la famille et de la vie privée plutôt que sur le fait naturel et biologique de la parenté. Cette argumentation est formaliste et légaliste et, par conséquent, ne peut être soutenue. Le requérant conteste qu'il soit dans l'intérêt de l'enfant de rester dans l'ignorance de l'identité de son véritable père. Il exprime la crainte qu'en l'absence d'homologation de la paternité biologique, aucun obstacle juridique ne vienne empêcher un mariage entre des personnes trop proches par le sang. Il déclare que le Gouvernement n'a pas justifié de façon suffisante et convaincante son point de vue selon lequel la question relève de la marge d'appréciation laissée à l'Etat défendeur. Les dispositions de la loi sur la paternité, particulièrement en l'espèce, sont disproportionnées aux buts légitimement poursuivis par cette législation.

La Cour rappelle que la notion de « vie familiale » visée par l'article 8 ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage et peut englober d'autres liens « familiaux » *de facto* lorsque les personnes cohabitent en dehors du mariage (arrêt Keegan c. Irlande du 26 mai 1994, série A n° 290, pp. 17-18, § 44, et arrêt Kroon et autres c. Pays-Bas du 27 octobre 1994, série A n° 297-C, pp. 55-56, § 30). L'application de ce principe s'étend également à la relation entre un enfant né hors mariage et son père naturel. Par ailleurs, la Cour estime que l'article 8 ne saurait être interprété comme protégeant uniquement une « vie familiale » déjà établie, mais qu'il doit s'étendre, quand les circonstances le commandent, à la relation qui pourrait se développer entre un enfant né hors mariage et son père naturel. A cet égard, les facteurs à prendre en compte comprennent la nature de la relation entre les parents naturels, ainsi que l'intérêt et l'attachement manifestés par le père naturel pour l'enfant avant et après la naissance (M.B. c. Royaume-Uni, requête n° 22920/93, décision de la Commission du 6 avril 1994, Décisions et rapports 77-B, p. 108).

En l'espèce, la Cour relève que le requérant et la mère vivaient ensemble et étaient fiancés lorsque cette dernière est tombée enceinte. Elle reconnaît en outre que la mère a refusé que le requérant crée des liens avec l'enfant. Toutefois, force lui est de constater que le requérant n'a en fait jamais vu l'enfant ni formé un lien affectif quelconque avec elle. A cet égard, le cas d'espèce diffère des affaires Keegan et Kroon et autres (précitées), où les requérants avaient des liens affectifs avec les enfants en question. De plus, contrairement à ces dernières affaires, la mère de l'enfant nie que le requérant soit le père.

Dans les circonstances de l'espèce, la Cour estime que le lien du requérant avec l'enfant constitue une base insuffisante en droit et en fait pour que la relation alléguée puisse relever de la notion de vie familiale au sens de l'article 8 § 1 de la Convention.

Toutefois, l'article 8 protège la vie « privée » à l'égal de la vie « familiale ». Dès lors, la Cour doit examiner si la nature de la relation du requérant avec J. avait un effet sur sa vie privée. A cet égard, la Cour rappelle que dans l'affaire Rasmussen (arrêt Rasmussen c. Danemark du 28 novembre 1984, série A n° 87, p. 13, § 33), la Cour a estimé que la détermination du régime juridique des relations du requérant avec sa fille putative concernait sans nul doute sa vie privée.

La Cour observe que le cas d'espèce diffère de l'affaire Rasmussen sous deux aspects. Premièrement, dans l'affaire Rasmussen, c'est le mari qui souhaitait engager une action en désaveu de paternité. Deuxièmement, dans cette affaire, la procédure visait à déterminer le régime juridique entre l'homme et l'enfant. En l'espèce, l'action engagée par le requérant a pour but l'homologation d'un fait biologique allégué plutôt que l'établissement de relations juridiques. Néanmoins, la Cour estime que les circonstances de la vie du requérant au printemps 1988, telles qu'elles ont été décrites par l'intéressé lui-même, étaient de nature à faire tomber les faits de la présente affaire sous l'empire de l'article 8.

En conséquence, la Cour a examiné si l'interdiction pour le requérant d'engager une action tendant à faire établir sa paternité vis-à-vis de J. révèle un manque de respect pour la vie privée de l'intéressé.

La Cour rappelle que l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics. Il peut engendrer, de surcroît, des obligations positives inhérentes à un « respect » effectif de la vie familiale (ou, comme en l'espèce, de la vie privée). La frontière entre les obligations positives et les obligations négatives de l'Etat au titre de cette disposition ne se prête toutefois pas à une définition précise. Les principes applicables sont néanmoins comparables. A ces deux égards, il faut tenir compte du juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble ; de même, aux deux égards, l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation (arrêts précités Keegan, p. 19, § 49, et Kroon et autres, p. 56, § 31).

La Cour relève que contrairement à l'affaire Kroon et autres, dans laquelle l'obstacle à l'action en contestation de paternité contrecarrait les désirs des intéressés, il va en l'espèce dans le sens des souhaits du couple marié pendant le mariage duquel l'enfant est née. En fait, l'obstacle résulte de leur opposition. En outre, dans l'affaire Kroon et autres, la Cour a constaté que la présomption légale de paternité ne profitait en fait à personne (arrêt Kroon et autres précité, p. 58, § 40). La Cour rappelle qu'en l'espèce, la cour d'appel a débouté le requérant non seulement en se fondant sur le libellé des dispositions de la loi sur la paternité, mais également parce que l'examen de la prétention du requérant n'aurait pas été dans l'intérêt de l'enfant. La cour d'appel a pris en compte le fait que l'établissement de la paternité biologique n'aurait créé en soi aucun droit ou devoir pour les intéressés. Elle a également invoqué les perturbations

qu'une telle action entraînerait dans les relations familiales au sein de la famille de l'enfant.

La Cour ne voit rien d'arbitraire dans cette appréciation des intérêts de l'enfant. Les États ont des raisons tenant à la sécurité des rapports juridiques et familiaux pour appliquer une présomption générale selon laquelle un homme marié est réputé être le père des enfants de son épouse. Il se justifie que les tribunaux internes donnent plus de poids aux intérêts de l'enfant et de la famille dans laquelle il vit qu'à ceux d'un demandeur cherchant à faire établir un fait biologique. Par ailleurs, la Cour constate en l'espèce qu'en vertu du droit interne, l'enfant pourra, lorsqu'elle aura atteint l'âge de quinze ans, décider elle-même s'il est ou non dans son intérêt d'engager une procédure en recherche de paternité. Néanmoins, cette possibilité ne permet pas de conclure qu'il convient d'autoriser une personne extérieure à la famille à saisir les tribunaux, surtout lorsqu'une telle exclusion, dans les faits, empêcherait l'enfant de prendre ultérieurement une décision elle-même.

L'examen par la Cour de ce grief ne révèle aucune apparence de violation des droits et libertés du requérant au regard de l'article 8 de la Convention.

Il s'ensuit que cette partie de la requête est manifestement mal fondée, au sens de l'article 35 § 3 de la Convention.

2. Article 14 de la Convention

Quant à l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8, le Gouvernement et le requérant présentent les mêmes arguments que sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 6.

La Cour rappelle que l'article 14 protège contre la discrimination dans la jouissance des droits et libertés garantis par les autres clauses normatives de la Convention. Toute différence de traitement n'emporte toutefois pas automatiquement violation de cet article. Il faut établir que des personnes placées dans des situations analogues ou comparables en la matière jouissent d'un traitement préférentiel et que cette distinction ne trouve aucune justification objective ou raisonnable (arrêt *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni* du 30 juillet 1998, *Recueil* 1998-V, p. 2032, § 75). Les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure les différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement juridique (arrêt *Stubbings et autres c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1996, *Recueil* 1996-IV, p. 1507, § 72).

Quant au grief du requérant concernant le droit de la mère de l'enfant de l'empêcher d'établir sa paternité, la Cour rappelle que cette prérogative découle du fait que l'enfant est née après le mariage de la mère avec R. D'ailleurs, son époux a le même droit. La Cour constate que bien

que dans certains domaines la relation de fait entre les concubins soit reconnue, il existe toujours des différences entre les couples mariés et non mariés, en particulier en ce qui concerne le statut et les conséquences juridiques. Le mariage continue d'être caractérisé par un ensemble de droits et d'obligations qui le différencient de façon marquée de la situation d'un homme et d'une femme qui vivent ensemble. Eu égard aux circonstances de l'affaire, la Cour estime que le requérant et la mère de l'enfant n'étaient pas dans une situation analogue au sens de l'article 14 de la Convention. Dans la mesure où l'on peut considérer que tel était le cas à l'époque de leur vie commune, la Cour estime que le point de vue des juridictions nationales poursuit le but légitime de garantir ou de réconcilier les droits de l'enfant et de sa famille, et que les moyens employés à cette fin ne sont pas disproportionnés.

La Cour conclut que le requérant n'a subi aucune discrimination contraire à l'article 14 de la Convention.

Il s'ensuit que cette partie de la requête est manifestement mal fondée, au sens de l'article 35 § 3 de la Convention.

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

Déclare la requête irrecevable.

ASSELBOURG AND OTHERS v. LUXEMBOURG
(*Application no. 29121/95*)

SECOND SECTION¹

DECISION OF 29 JUNE 1999²

1. Sitting as a Chamber composed of Mr C.L. Rozakis, *President*, Mr M. Fischbach, Mr G. Bonello, Mrs V. Strážnická, Mr P. Lorenzen, Mr A.B. Baka, Mr E. Levits, *judges*, and Mr E. Fribergh, *Section Registrar*.

2. Translation; original French.

SUMMARY¹

Access to a tribunal – rejection of an application to vary an administrative decision for lack of standing in case concerning nuisances caused by steelworks

Victim – applicants complaining of an infringement of their right to respect for private and family life and their homes on account of nuisances caused by steelworks

Article 6 § 1

Access to a tribunal – Rejection of an application to vary an administrative decision for lack of standing – Access to a court having full jurisdiction – Alternative remedies

Article 34

Victim of a violation – Non-governmental organisation – Problems which can be encountered only by natural persons – Prevention of a violation – Exceptional circumstances in which the risk of a future violation may confer the status of victim – Risks inherent in an industrial activity – No serious infringement of the principle of precaution – No evidence of the existence and intensity of the nuisances allegedly caused by an industrial activity

*
* *
* *

A company which wanted to build a new electrically-fired steelworks was granted the licence required by law for that purpose, with certain conditions attached, by two ministerial decisions. The applicants – natural persons living near the site where the steelworks was to be built and the association Greenpeace-Luxembourg, likewise based in the vicinity – lodged an application to set aside coupled with an application to vary the two ministerial decisions, requesting modification of the qualifying conditions for the licence to diminish the risk of air pollution and noise. As the joint application did not have suspensive effect, the steelworks was brought into production. Without examining the merits, the *Conseil d'Etat* dismissed the applicants' application. It held, in particular, that the application to vary the ministerial decisions was inadmissible for lack of standing, since the applicants could not argue that they had suffered an injury of an individual nature as a direct result of the act complained of and distinct from the general interest of the community, and rejected submissions in which the applicants had relied on Article 6 § 1 on the

1. This summary by the Registry does not bind the Court.

ground that “Article 6 § 1 [was] not intended to guarantee everyone a hearing by a tribunal even in the absence of standing to commence legal proceedings”.

Held

(1) Article 34: The association Greenpeace-Luxembourg could not claim to be the victim of an infringement of its right to respect for its home within the meaning of Article 8 on account of the closeness of its registered office to the steelworks, in so far as the alleged infringement was the result of nuisances and problems which could be encountered only by natural persons. Similarly, in so far as the association based its claim on difficulties suffered by its employees or members spending time at its registered office, it could only act as a representative and could not itself claim to be the victim of a violation of Article 8. The application lodged by the other applicants had not been aimed at putting an end to a violation of Article 8, but was rather an attempt to prevent one, as the steelworks had not yet been built. Exercise of the right of individual petition was not in principle intended to forestall a violation of the Convention. It was only in wholly exceptional circumstances, and subject to the production of convincing evidence, that the risk of a future violation might nonetheless confer the status of “victim” on an individual applicant. In the present case, a mere reference to the pollution risks inherent in the industrial activity in question was not sufficient to justify the applicants’ assertion that they were victims of a violation of the Convention. Furthermore, it was not evident from the file that the conditions of operation imposed by the authorities were so inadequate as to constitute a serious infringement of the principle of precaution. Moreover, the authorities had acted with diligence to ensure that the norms imposed by the operating licence were respected. Lastly, although nuisances had occurred after the steelworks began production, the applicants had produced little evidence of the existence and intensity of the nuisances concerned and the causal link between those nuisances and their quality of life. In any event, they still had remedies available to them whereby they could complain of verifiable consequences for their health or their quality of life resulting from the operation of the steelworks: manifestly ill-founded.

(2) Article 6 § 1: It was not necessary in the present case to determine whether Article 6 was applicable, and in particular to give a ruling as to whether the outcome of the proceedings was decisive for the right asserted by the applicants, since the complaint that they had been denied access to a court fell to be rejected for other reasons. The applicants had been able to ask the *Conseil d’Etat* to vary an administrative decision; they had therefore had access to a court with full jurisdiction. The application to vary the ministers’ decisions had admittedly been rejected by the *Conseil d’Etat* on the ground that the applicants did not have standing. However, it was not correct to say that when a court with the fullest possible jurisdiction, as in the instant case, dismissed an application for lack of standing it thereby denied the individual litigant access to a tribunal with jurisdiction to examine an alleged violation of his substantive rights. In the instant case, the dismissal of the applicants’ appeal for lack of standing had not restricted their access to a tribunal, firstly because the application to vary the ministers’ decisions had been lodged prematurely, and secondly because the applicants had domestic remedies available to them as individuals whereby they could put an end to the alleged violations of Article 8: manifestly ill-founded.

Case-law cited by the Court

X v. France, application no. 9939/82, Commission decision of 4 July 1983, Decisions and Reports 34

Soering v. the United Kingdom, judgment of 7 July 1989, Series A no. 161

López Ostra v. Spain, judgment of 9 December 1994, Series A no. 303-C

Taura and eighteen Others v. France, application no. 28204/95, Commission decision of 4 December 1995, Decisions and Reports 83-B

Balmer-Schafroth and Others v. Switzerland, judgment of 26 August 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-IV

...

THE FACTS

The application was lodged by seventy-eight individuals¹, the majority of whom reside in the local authorities of Esch-sur-Alzette and Schifflange in Luxembourg, and the association Greenpeace-Luxembourg, which has its registered office in Esch-sur-Alzette. All the applicants, who either own or rent their homes, are Luxembourg nationals.

They were represented before the Court by Mr F. Entringer, of the Luxembourg Bar.

A. The circumstances of the case

Since the end of the Second World War, Luxembourg, which has a long industrial tradition in iron and steel, has concentrated the country's steelworks on three major sites (Esch-Schifflange, Differdange and Esch-Belval), passing legislation where possible, especially since 1990, to reduce air and water pollution and the quantity of waste products. The solution chosen was not to adapt the existing plants but rather to change the production methods from traditional processes to electrically-fired steelworks, which were considered to be less polluting.

Accordingly, the ARBED S.A. company, which operates several steelworks, decided to change its production methods and to produce steel from scrap instead of iron ore. With a view to building a new electrically-fired steelworks on the boundary between the local authorities of Esch-sur-Alzette and Schifflange, the company applied for licences to the Minister of Labour and the Minister of the Environment, in accordance with the Act of 9 May 1990 on dangerous, unhealthy and offensive establishments, which requires establishments in the first category, considered to be the most dangerous, to be licensed. The company was granted the licences, to which a number of conditions were attached, in the form of decisions taken by the two ministers dated 3 and 5 February 1993 respectively.

On 8 April 1993 the applicants lodged an application to set aside the two ministerial decisions coupled with an application to vary them, in which they requested modification of the qualifying conditions for the licence concerning, in particular, emissions of gas and dust, including emissions of dioxin and furan, reduction of pollutant waste and noise abatement.

1. A detailed list of applicants can be obtained from the Registry of the Court.

They argued in particular that the authorities responsible for granting the operating licence had not required the use of the best possible technology to avoid the risk of air pollution, and criticised the impact studies made in 1992 by the Institute for Environmental Protection and Energy Technology in Cologne (TÜV Rheinland).

Since the joint application did not have suspensive effect, the new electrically-fired steelworks was brought into production in late 1993.

In 1994 various newspaper articles reported nauseating and intolerable smells around the steelworks. Others stated that the inhabitants of Esch-Schiffange had to throw away their vegetables, which had been contaminated by heavy metals.

In a judgment of 3 May 1995 the *Conseil d'Etat* ruled firstly on the admissibility of the applicants' application to set aside in the following terms:

"Whereas, pursuant to section 31 of the amended Act of 8 February 1961 on the organisation of the *Conseil d'Etat*, an application to set aside is admissible before the Judicial Committee only with respect to decisions which are subject to no other kind of appeal under the legislation and regulations; whereas, pursuant to section 13 of the Act of 9 May 1990 on dangerous, unhealthy and offensive establishments, decisions concerning the licences of those establishments may form the subject of an appeal to the Judicial Committee of the *Conseil d'Etat*, which rules on the merits at first and last instance, the application to set aside must be declared inadmissible."

With regard to the submission by the ARBED S.A. company that the application to vary the decisions should be declared inadmissible for lack of a specific personal interest in the matter, sufficiently individual in nature not to be subsumed in the general interest of the population as a whole, the *Conseil d'Etat* held:

"Whereas the applicants submitted that as owners or lessees of their residences, they lived, in the case of the nearest, 300 metres away from the factory, while the farthest lived less than one and a half kilometres away;

Whereas applicants nos. 9, 12, 56, 73 and 74 do not live in the immediate vicinity of the electrically-fired steelworks of Esch/Schiffange; whereas, moreover, those applicants have not submitted that they suffered any personal injury arising directly from the decision complained of; ...

Whereas the company and the representative of the government also pleaded in defence against the other applicants, natural persons living in Esch-sur-Alzette and Schiffange, that the application was inadmissible as they had failed to establish an existing, personal and legitimate interest;

Whereas those applicants have submitted that they live in the immediate vicinity of the plant, that by this appeal they are defending their health and their quality of life and that the probability of a danger of inconvenience or nuisance is sufficient, without the applicants being required to prove a direct relationship between the alleged nuisance and the plant;

Whereas a judicial appeal is only available to persons who can assert that they have suffered a personal injury as a direct result of the decision complained of and distinct from the general interest of the community ... whereas it does not suffice to submit that some interest or other has been prejudiced in order to be able to commence legal proceedings, it being also necessary to provide evidence of individual prejudice which, if not probable, is at least reasonably foreseeable,

“The application must consequently be declared inadmissible for lack of standing.”

As to the applicants’ submissions based on Article 6 § 1 of the Convention concerning their standing to take legal proceedings, in which they had argued that everyone should have access to a court to which they could submit their civil-law claims, the *Conseil d’Etat* held: “Article 6 § 1 is not intended to guarantee everyone a hearing by a tribunal even in the absence of standing to commence legal proceedings.”

B. Relevant domestic law

Act of 9 May 1990 on dangerous, unhealthy and offensive establishments

Section 1: Scope

“The provisions of this Act shall apply to any establishment of an industrial, craft or commercial nature, whether public or private, whose existence or operation may present dangers or nuisances either for the safety, health or comfort of the public, local residents or staff of the establishment, or for the human and natural environment.”

Section 13: Appeal

“An appeal shall lie against decisions taken under sections 10, 11, 12 and 16(2) to the Judicial Committee of the *Conseil d’Etat*, which shall rule on the merits at first and last instance.”

Section 22: Criminal penalties

“1. Any breach of the provisions of sections 1, 5, 9, 11, 12, 14, 15, 16 and 17 of this Act ... shall be punishable by eight days to six months’ imprisonment and/or a fine of between 2,501 and 5,000,000 francs.

2. In the case ... of operation which is not in accordance with the conditions of operation, any party with an interest, having joined criminal proceedings as a civil party, may ask the trial court to order the closure of the establishment.

3. ...

Where operation does not comply with the conditions attached to the licence, the court may either set a time-limit within which the operator must comply with the conditions, or order the closure of the establishment concerned. Where a time-limit is set, the court remains competent to rule on any difficulties in execution that may arise. Upon expiry of the time allowed, which may not be longer than two years, the court shall order the closure of the establishment concerned at the request of the Public Prosecutor’s Office or the civil party.”

Section 24: Administrative sanctions and measures

“2. Any interested party may make a request [to the ministers for the establishments in Category 1] for implementation of the measures contemplated in the preceding paragraph [setting a time-limit for compliance by the operator, temporarily suspending operation or construction, closure of the establishment or placing official seals]. ... [The] answers given to a request for suspension or closure of an establishment or a construction site are administrative decisions from which an appeal on the merits lies to the Judicial Committee of the *Conseil d'Etat*. Such an appeal must be introduced within forty days of notification of the minister's answer, failing which the right to appeal shall be forfeited.”

COMPLAINTS

1. The applicants complained of a violation of Article 8 of the Convention. They submitted that because the conditions attached to the operating licences for electrically-fired steelworks were inadequate, their right to respect for their homes and private and family life safeguarded by Article 8 of the Convention had been infringed, on the ground that since the steelworks in question had started operating nuisances had arisen.

2. The applicants further complained that the *Conseil d'Etat* had rejected their application to vary the decisions for lack of standing. They argued on that basis that their right of access to a tribunal had been infringed because, as the merits of their appeal had not been examined, they had been unable to obtain more stringent conditions for the operation of the steelworks so as to protect the environment and local residents. They relied on Article 6 § 1 of the Convention.

PROCEDURE

The application was introduced before the European Commission of Human Rights (“the Commission”) on 17 October 1995 and registered on 8 November 1995.

On 4 September 1996 the Commission decided to give notice of the application to the Government, and to invite them to submit their written observations on the admissibility and merits of the application.

The Government submitted their observations on 8 November 1996. The applicants replied on 13 February 1997.

Following the entry into force of Protocol No. 11 to the Convention on 1 November 1998 the application was examined by the Court, pursuant to Article 5 § 2 of that Protocol.

THE LAW

1. The applicants complained of damage to the environment that affected their quality of life and deprived them of the peaceful enjoyment

of their homes (or of their registered office in the case of the association Greenpeace-Luxembourg), in such a way as to infringe their right to respect for their private and family life, safeguarded by Article 8 of the Convention, which provides:

“1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the [interest] of ... the economic well-being of the country ...”

The Government submitted that after the steelworks began production the applicants had not started proceedings to obtain a ruling ordering the cessation of the alleged nuisance. They further argued that the existence and the intensity of the nuisances complained of and the causal link between those nuisances and the applicants' quality of life had not been established. Moreover, while it was true that when the steelworks had first been brought into production it had not completely complied with the conditions attached to the operating licences, the Government had taken every step necessary to ensure compliance as soon as possible.

With respect to the fair balance to be struck between economic interests and the rights of the applicants, the Government emphasised the importance of the iron and steel industry in Luxembourg and submitted that full impact studies had been carried out before and after the grant of the operating licence, that the norms imposed were particularly stringent in comparison with those of other European countries and that the technology used was the best possible.

The applicants did not deny that the operating licence had been granted under the Act of 9 May 1990 and with the objective of the economic well-being of the country. However, they asserted that the iron and steel industry in present-day Luxembourg was not so important as the Government had submitted.

Further, they maintained that the Government's argument that studies had been carried out was certainly not proved. They also argued that, whatever studies had been carried out and whatever norms imposed, these were in any event so inadequate as to justify an appeal which had not even been examined on the merits.

The Court must first examine whether the applicants can claim to be the “victims” of a violation of Article 8 of the Convention, within the meaning of Article 34 of the Convention.

In order to be able to rely on that provision, two conditions must be met: an applicant must fall into one of the categories of petitioners mentioned in Article 34, and he must be able to make out a *prima facie* case that he is the victim of a violation of the Convention. It is clear that

the first condition has been met since the first 78 applicants are individuals and the 79th is a non-governmental organisation.

With regard to the association Greenpeace-Luxembourg, the Court considers that a non-governmental organisation cannot claim to be the victim of an infringement of the right to respect for its "home", within the meaning of Article 8 of the Convention, merely because it has its registered office close to the steelworks that it is criticising, where the infringement of the right to respect for the home results, as alleged in this case, from nuisances or problems which can be encountered only by natural persons. In so far as Greenpeace-Luxembourg sought to rely on the difficulties suffered by its members or employees working or spending time at its registered office in Esch-sur-Alzette, the Court considers that the association may only act as a representative of its members or employees, in the same way as, for example, a lawyer represents his client, but it cannot itself claim to be the victim of a violation of Article 8 (see *X v. France*, application no. 9939/82, Commission decision of 4 July 1983, Decisions and Reports (DR) 34, p. 213).

As for the other applicants, some of whom, moreover, do not live within the boundaries of the local authorities of Esch or Schifflange, the Court notes that the application to vary an administrative decision lodged by the applicants in April 1993 was directed against the operating licences of an electrically-fired steelworks which had not yet been built. It was therefore not a matter of the applicants putting an end to a violation of Article 8 of the Convention, but rather trying, by obtaining stricter operating conditions, to prevent it.

From the terms "victim" and "violation" in Article 34 of the Convention, like the underlying philosophy of the obligation to exhaust all domestic remedies imposed by Article 35, it can be deduced that, in the system for the protection of human rights as envisaged by the framers of the Convention, exercise of the right of individual petition cannot have the aim of preventing a violation of the Convention. It is only in wholly exceptional circumstances that the risk of a future violation may nevertheless confer the status of "victim" on an individual applicant, and only then if he or she produces reasonable and convincing evidence of the probability of the occurrence of a violation concerning him or her personally: mere suspicions or conjectures are not enough in that respect.

In the instant case, the Court considers that the mere mention of the pollution risks inherent in the production of steel from scrap iron is not enough to justify the applicants' assertion that they are the victims of a violation of the Convention. They must be able to assert, arguably and in a detailed manner, that for lack of adequate precautions taken by the authorities the degree of probability of the occurrence of damage is such that it can be considered to constitute a violation, on condition that the consequences of the act complained of are not too remote (see, *mutatis*

mutandis, the *Soering v. the United Kingdom* judgment of 7 July 1989, Series A no. 161, p. 33, § 85). In the Court's opinion, it is not evident from the file that the conditions of operation imposed by the Luxembourg authorities and in particular the norms dealing with the discharge of air-polluting wastes were so inadequate as to constitute a serious infringement of the principle of precaution.

It is true that the applicants argued that since the steelworks started operating in late 1993 nuisances, in particular smells, had occurred. But the Court notes that the applicants produced little evidence of the existence and intensity of the nuisances complained of or about the causal link between those nuisances and the applicants' quality of life (see the *López Ostra v. Spain* judgment of 9 December 1994, Series A no. 303-C, pp. 54-55, § 51).

It is also not contested that the Luxembourg authorities took all necessary measures, after steel production began, to ensure that the steelworks complied as soon as possible with the conditions of the operating licences. Lastly, it is also not contested that under Luxembourg law the applicants have access to civil and criminal remedies which would enable them to complain of verifiable consequences for their health or their quality of life resulting from the start of steel production at ARBED's electrically-fired plant.

It follows that this complaint is manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention and must therefore be rejected pursuant to Article 35 § 4.

2. The applicants complained of a violation of their right of access to a court on account of the *Conseil d'Etat's* rejection of their application to vary the decisions for lack of standing. They relied on Article 6 § 1 of the Convention which provides:

"In the determination of his civil rights and obligations ..., everyone is entitled to [a] ... hearing ... by an independent and impartial tribunal established by law..."

The Government, who did not contest the applicability of Article 6 to the proceedings, argued firstly that the applicants had several remedies available to them, both criminal and civil, such as, for example, an action for damages before the ordinary courts or an application for an injunction. They also observed that no complaint for failure to comply with the conditions under the operating licences had been filed.

Moreover, according to the Government, litigants' standing had to be assessed in relation to the specific case; the fact that the applicants' standing had not been recognised in the present case did not constitute a violation of Article 6 § 1 of the Convention, but was rather a legitimate measure to restrain unmeritorious applications. Furthermore, the Court's case-law left States a margin of appreciation with regard to regulation of the right of access to tribunals.

The applicants submitted that their sole objective had been to have even stricter conditions attached to the operation of the steelworks concerning the environment and the well-being of local residents. In order to do this, they had had only one remedy available to them: that of asking the *Conseil d'Etat* to vary the decisions. They accepted that the *Conseil d'Etat* was empowered to assess the merits of the case in order to determine whether the issue of the operating licence had been justified on the facts and in law.

As to their standing, the applicants maintained that the Government, in seeking to justify their interpretation of the concept of standing, had referred to Luxembourg law, whereas the case-law of the Court concerning Article 34 of the Convention gave the concept of victim an autonomous meaning that had to be interpreted independently of concepts of domestic law concerning such matters as standing or capacity to take legal proceedings.

The Court reiterates that Article 6 § 1 applies to a dispute over a right which can be said, at least on arguable grounds, to be recognised under domestic law. The dispute must be genuine and serious; it may relate not only to the actual existence of a right but also to its scope, and the manner of its exercise. Lastly, the outcome of the proceedings must be directly decisive for such a right. The Court has consistently held that tenuous connections or remote consequences are not sufficient to bring Article 6 § 1 into play (see the *Balmer-Schafroth and Others v. Switzerland* judgment of 26 August 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-IV, pp. 1357 and 1359, §§ 32 and 40, in which the Court held that Article 6 § 1 did not apply in a case which concerned an appeal to the Swiss Federal Council challenging an extension of the validity of a nuclear power station's operating licence).

In the instant case, as the applicants failed to establish a direct link between the conditions imposed by the operating licences and personal damage that was, if not probable, at least reasonably foreseeable, the Court does not find it necessary to consider whether the outcome of the proceedings could be considered to be directly decisive for the right invoked by the applicants to respect for their homes and their private and family life (see, *mutatis mutandis*, the *Balmer-Schafroth* judgment cited above, p. 1359, § 40). The Court considers that the complaint concerning lack of access to a tribunal must, in any event, be dismissed in the instant case for the following reasons.

The Court notes that Luxembourg law did indeed give the applicants, acting as either the "public" or local residents, the right to challenge the administrative operating licences. That right was conferred by the Act of 9 May 1990 (see above: "Relevant domestic law"). It also notes that in their application to vary the decisions the applicants asked the *Conseil d'Etat* to change the conditions attached to the operating licences of the

Esch-Schiffange electrically-fired steelworks on the ground that, in their opinion, the new plant had serious defects and did not meet the most up-to-date safety standards, seeking to prove the existence of the technical deficiencies and the need to lessen the resulting danger to local residents and the environment in general by every available means.

The Court notes first of all that the applicants did not deny that the *Conseil d'Etat* is a "tribunal" within the meaning of Article 6 of the Convention. It further notes that the proceedings brought by the applicants before the *Conseil d'Etat* fall into the category of judicial review proceedings in which that court has very broad discretion enabling it to determine whether the administrative decision was justified both on the facts and in law, or even to substitute its own decision for that of the administrative authority. It follows that the applicants cannot maintain that they did not have "access" to a tribunal with full jurisdiction for the purposes of Article 6 § 1 of the Convention.

It is true that the application to vary the decisions was dismissed by the *Conseil d'Etat* on the ground that the applicants had failed to show that they had standing.

The applicants asserted that the dismissal of their application on that ground amounted to the denial of their status as "victims" of a violation of the Convention. The case-law of the Convention institutions has always affirmed the autonomous scope of the concept of "victim" in Article 34 of the Convention, particularly in relation to concepts under internal law such as standing or capacity to take part in legal proceedings. As to the right of access to a tribunal, it cannot be taken to mean, as the applicants would have it, that when a tribunal with the fullest possible jurisdiction, as in the instant case, dismisses an application for lack of standing it thereby denies the individual litigant access to a tribunal with jurisdiction to examine an alleged infringement of his substantive rights.

There are some situations where even though under internal law a person has the standing or capacity to undertake legal proceedings, he will not necessarily be considered a "victim", within the meaning of Article 34 of the Convention, in the absence of a sufficiently direct link between the applicant and the prejudice he thinks he has suffered (see *Taura and eighteen Others v. France*, application no. 28204/95, Commission decision of 4 December 1995, DR 83-B, p. 112). The Court reiterates in that connection that the Convention does not allow an *actio popularis* but requires as a condition for exercise of the right of individual petition that an applicant must be able to claim on arguable grounds that he himself has been a direct or indirect victim of a violation of the Convention resulting from an act or omission which can be attributed to a Contracting State.

In the instant case, the Court considers that the dismissal of the applicants' appeal for lack of standing did not restrict their access to a tribunal. Their application to vary the decisions was directed against the operating

licence of a new electrically-fired steelworks, even before its construction was completed. The nuisances mentioned by the applicants did not arise until production began. Moreover, under Luxembourg law, the applicants individually have legal remedies available to them to put an end to the alleged violations of Article 8 of the Convention.

It follows that this complaint is manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention and it must therefore be rejected in accordance with Article 35 § 4.

For these reasons, the Court unanimously

Declares the application inadmissible.

ASSELBOURG ET AUTRES c. LUXEMBOURG
(Requête n° 29121/95)

DEUXIÈME SECTION¹

DÉCISION DU 29 JUIN 1999²

1. Siégeant en une chambre composée de M. C.L. Rozakis, *président*, M. M. Fischbach, M. G. Bonello, M^{me} V. Strážnická, M. P. Lorenzen, M. A.B. Baka, M. E. Levits, *juges*, et de M. E. Fribergh, *greffier de section*.

2. Texte français original.

SOMMAIRE¹

Accès à un tribunal – rejet d'un recours en réformation pour défaut d'intérêt à agir, s'agissant de nuisances prétendument provoquées par une aciérie

Victime – requérants se plaignant d'une atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile en raison de nuisances prétendument provoquées par une aciérie

Article 6 § 1

Accès à un tribunal – Rejet d'un recours en réformation pour défaut d'intérêt à agir – Accès à un tribunal disposant des plus larges compétences juridictionnelles – Voies de droit alternatives

Article 34

Victime d'une violation – Organisation non gouvernementale – Troubles ne pouvant être ressentis que par des personnes physiques – Prévention d'une violation – Circonstances exceptionnelles dans lesquelles le risque d'une violation future peut conférer la qualité de victime – Risques inhérents à une activité industrielle – Absence d'atteinte grave au principe de précaution – Absence de preuve de la réalité et de l'intensité des nuisances prétendument provoquées par une activité industrielle

*
* *

Une société, désireuse d'implanter une nouvelle aciérie électrique, obtint à cette fin, par deux décisions ministérielles, l'autorisation légale requise assortie de certaines conditions. Les requérants, des personnes physiques ainsi que l'association Greenpeace-Luxembourg localisés à proximité du site d'implantation de l'aciérie, formèrent un recours en annulation et en réformation de ces deux décisions ministérielles en demandant la modification des conditions d'octroi de l'autorisation dans le sens d'une meilleure prévention des risques de pollution atmosphérique et sonore. Ce recours n'ayant pas d'effet suspensif, l'aciérie fut mise en service. Sans examen au fond, le Conseil d'Etat rejeta le recours des requérants. Il déclara, en particulier, le recours en réformation irrecevable pour défaut d'intérêt, les requérants ne pouvant se prévaloir d'une lésion à caractère individuel en relation directe avec l'acte attaqué et distinct de l'intérêt général de la collectivité, et écarta le moyen tiré de l'article 6 § 1 au motif que « l'article 6 § 1 n'a pas pour objet de garantir à toute personne que sa cause soit entendue par un tribunal même en l'absence de tout intérêt pour agir ».

1. Article 34 : s'agissant de l'association Greenpeace-Luxembourg, celle-ci ne saurait se prétendre victime d'une violation du droit au respect du domicile au sens de l'article 8, résultant de la proximité de son siège social avec l'aciérie, dans la mesure où ladite violation résulterait de nuisances et de troubles ne pouvant être ressentis

1. Rédigé par le greffe, il ne lie pas la Cour.

que par des personnes physiques. De même, si l'association se prévalait des troubles ressentis par ses salariés ou adhérents fréquentant son siège social, elle ne pourrait agir que comme représentante et ne saurait se prétendre elle-même victime d'une violation de l'article 8. Concernant les autres requérants, il s'agissait par leur recours, non de mettre fin à une violation de l'article 8, mais d'essayer de la prévenir, puisque l'aciérie n'était alors pas encore construite. Or l'exercice du droit de recours individuel ne saurait en principe avoir pour objet de prévenir une violation de la Convention. Ce n'est que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles et sous réserve de la production d'éléments probants, que le risque d'une violation future peut néanmoins conférer à un requérant individuel la qualité de « victime ». En l'espèce, la seule invocation des risques de pollution inhérents à l'activité industrielle en cause, ne suffit pas pour permettre aux requérants de se prétendre victimes d'une violation de la Convention. En outre, il ne ressort pas du dossier que les conditions d'exploitation fixées par les autorités aient été insuffisantes au point de constituer une atteinte grave au principe de précaution. De plus les autorités ont agi avec diligence pour que soient respectées les normes fixées par l'autorisation d'exploitation. Enfin, si lors de la mise en service de l'aciérie, des nuisances sont bien apparues, les requérants n'ont produit que peu d'informations sur la réalité et l'intensité de ces nuisances ainsi que sur le lien de causalité entre celles-ci et leur qualité de vie. Ils disposent toujours, au demeurant, de voies de recours leur permettant de se plaindre des conséquences avérées pour leur santé ou leur qualité de vie, de l'exploitation de l'aciérie : défaut manifeste de fondement.

2. Article 6 § 1 : il n'est pas nécessaire en l'espèce de se prononcer sur l'applicabilité de cette disposition et, plus précisément, sur la condition de l'issue déterminante du litige pour le droit invoqué par les requérants car le grief tiré du défaut d'accès doit être rejeté pour d'autres raisons. En effet, les requérants ont pu former un recours en réformation devant le Conseil d'Etat, ils ont donc eu accès à un tribunal de pleine juridiction. Le recours en réformation a certes été rejeté par le Conseil d'Etat au motif que les requérants n'avaient pas d'intérêt à agir. On ne saurait cependant estimer que lorsqu'un tribunal, disposant des plus larges compétences juridictionnelles comme en l'espèce, rejette un recours faute d'intérêt à agir, il empêche l'individu d'avoir accès à un tribunal compétent pour examiner une violation alléguée de ses droits substantiels. En l'espèce, le rejet de leur recours faute d'intérêt à agir n'a pas restreint l'accès des requérants à un tribunal ce parce que, d'une part, au moment où il a été formé le recours en réformation était prématuré, et, d'autre part, les requérants disposent individuellement de voies de droit nationales qui leur permettraient de mettre fin aux violations alléguées de l'article 8 : défaut manifeste de fondement.

Jurisprudence citée par la Cour

X c. France, requête n° 9939/82, décision de la Commission du 4 juillet 1983, Décisions et rapports 34

Soering c. Royaume-Uni, arrêt du 7 juillet 1989, série A n° 161

López Ostra c. Espagne, arrêt du 9 décembre 1994, série A n° 303-C

Tauira et dix-huit autres c. France, requête n° 28204/95, décision de la Commission du 4 décembre 1995, Décisions et rapports 83-A

Balmer-Schafroth et autres c. Suisse, arrêt du 26 août 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-IV

(...)

EN FAIT

La requête a été introduite par soixante-dix-huit personnes physiques¹, dont la plupart résident sur le territoire des communes d'Esch-sur-Alzette et de Schifflange au Luxembourg, ainsi que par l'association Greenpeace-Luxembourg, qui a son siège à Esch-sur-Alzette. Tous les requérants, qui sont soit propriétaires soit locataires de leurs logements, sont de nationalité luxembourgeoise.

Ils sont représentés devant la Cour par M^c F. Entringer, avocat au barreau de Luxembourg.

A. Les circonstances de l'espèce

Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, le Luxembourg, qui a une longue tradition industrielle dans le domaine de la sidérurgie, a procédé au regroupement sur trois sites principaux (Esch-Schifflange, Differdange et Esch-Belval) des aciéries du pays, en tentant, surtout depuis 1990, d'édicter des normes en vue de réduire la pollution de l'air et des cours d'eau ainsi que les déchets. La solution retenue fut non pas l'adaptation des installations existantes mais le changement des méthodes de production de la filière classique vers des aciéries électriques, jugées moins polluantes.

La société ARBED S.A., qui exploite un certain nombre d'aciéries, décida ainsi de changer ses méthodes de production et de produire de l'acier non plus à partir du minerai de fer mais à partir de ferrailles. En vue de l'implantation d'une nouvelle aciérie électrique située à la limite des communes d'Esch-sur-Alzette et de Schifflange, la société requit l'autorisation du ministre du Travail et du ministre de l'Environnement conformément à la loi du 9 mai 1990 relative aux établissements dangereux, insalubres et incommodes qui la prévoit pour les établissements de première classe considérés comme les plus dangereux. La société obtint les autorisations, assorties d'un certain nombre de conditions, par décisions des deux ministres respectivement datées des 3 et 5 février 1993.

Le 8 avril 1993, les requérants formèrent un recours en annulation et en réformation des deux arrêtés ministériels en demandant la modification des conditions d'octroi de l'autorisation concernant en particulier les émissions de gaz et de poussière et notamment les émissions de dioxyde et de furanne, le contrôle des rejets polluants et les émissions de bruits.

1. La liste détaillée est disponible au greffe de la Cour.

Ils soutenaient en particulier que les autorités compétentes pour délivrer l'autorisation d'exploitation n'avaient pas exigé l'utilisation de la meilleure technologie possible pour prévenir les risques de pollution atmosphérique et critiquaient les études d'impact réalisées en 1992 par l'Institut de protection de l'environnement et des techniques de l'énergie de Cologne (TÜV Rheinland).

Ce recours n'ayant pas d'effet suspensif, la nouvelle aciérie électrique fut mise en service fin 1993.

En 1994, divers articles de journaux firent état de l'odeur nauséabonde et insupportable autour de l'aciérie. D'autres relatèrent que les habitants d'Esch-Schiffange jetaient leurs légumes contaminés par des métaux lourds.

Par arrêt du 3 mai 1995, le Conseil d'Etat se prononça en premier lieu sur la recevabilité du recours en annulation des requérants :

« Considérant qu'en vertu de l'article 31 de la loi modifiée du 8 février 1961 portant organisation du Conseil d'Etat un recours en annulation n'est admissible auprès du comité du contentieux qu'à l'égard des décisions non susceptibles d'un autre recours d'après des lois et règlements. Considérant qu'en vertu de l'article 13 de la loi du 9 mai 1990 relative aux établissements dangereux, insalubres et incommodes les décisions portant autorisation de ces établissements peuvent faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat, comité du contentieux, qui statuera en dernière instance et comme juge du fond ; que le recours en annulation est à déclarer irrecevable. »

Quant au moyen d'irrecevabilité du recours en réformation soulevé par la société ARBED S.A. pour défaut d'intérêt personnel précis, suffisamment individualisé pour ne pas se confondre avec celui général de l'ensemble de la population, le Conseil d'Etat estima :

« Considérant que les requérants font valoir qu'en tant que propriétaires ou locataires de leurs habitations, ils habiteraient, pour les plus proches, à 300 mètres de l'usine alors que les plus éloignés seraient à moins d'un kilomètre et demi ;

Considérant que les requérants énumérés sous 9, 12, 56, 73 et 74 n'habitent pas les environs immédiats de l'aciérie électrique d'Esch/Schiffange ; que ces requérants ne font par ailleurs valoir aucune lésion personnelle dérivant directement de la décision attaquée ; (...)

Considérant que la société et le délégué du gouvernement opposent également aux autres requérants, personnes physiques demeurant à Esch-sur-Alzette et à Schiffange l'irrecevabilité du recours alors qu'ils seraient en défaut d'établir leur intérêt né et actuel, personnel et légitime ;

Considérant que ces requérants font valoir qu'ils habitent dans le voisinage immédiat de l'établissement et que par le présent recours ils défendraient leur santé et leur qualité de vie et qu'il suffirait d'une probabilité de danger d'inconvénients ou de nuisances sans que les requérants n'aient à rapporter la preuve d'une relation directe entre les nuisances alléguées et l'établissement ;

Considérant qu'un recours juridictionnel n'est ouvert qu'aux personnes qui peuvent se prévaloir d'une lésion à caractère individuel en relation directe avec l'acte attaqué et

distinct de l'intérêt général de la collectivité (...) qu'il ne suffit pas d'avancer la lésion d'un intérêt quelconque pour pouvoir agir en justice, encore faut-il rapporter au moins la preuve d'un préjudice individuel, sinon probable, du moins raisonnablement prévisible ;

Considérant dès lors que le recours est à déclarer irrecevable pour défaut d'intérêt ; »

Sur le moyen des requérants tiré de l'article 6 § 1 de la Convention et concernant leur intérêt à agir au motif que toute personne doit avoir un juge devant qui elle peut faire valoir des contestations de droit civil, le Conseil d'Etat estima que « l'article 6 § 1 n'a pas pour objet de garantir à toute personne que sa cause soit entendue par un tribunal même en l'absence de tout intérêt pour agir ».

B. Le droit interne pertinent

Loi du 9 mai 1990 relative aux établissements insalubres, dangereux ou incommodes

Article 1 : champ d'application

« Est soumis aux dispositions de la présente loi tout établissement industriel, artisanal ou commercial, public ou privé, dont l'existence ou l'exploitation peuvent présenter des causes de danger ou des inconvénients, soit pour la sécurité, la salubrité ou la commodité, par rapport au public, au voisinage ou au personnel de l'établissement, soit pour l'environnement humain et naturel. »

Article 13 : recours

« Contre les décisions prises en vertu des articles 10, 11, 12 et 16 alinéa 2, un recours est ouvert devant le Conseil d'Etat, comité du contentieux, qui statuera en dernière instance et comme juge du fond. »

Article 22 : sanctions pénales

« 1. Toute infraction aux dispositions des articles 1, 5, 9, 11, 12, 14, 15, 16 et 17 de la présente loi (...) est punie d'un emprisonnement de 8 jours à 6 mois et d'une amende de 2 501 à 5 000 000 francs ou l'une de ces peines seulement.

2. En cas (...) d'exploitation non conforme aux conditions d'exploitation, toute personne intéressée ayant constitué partie civile peut demander à la juridiction de jugement de prononcer la fermeture de l'établissement.

3. (...)

En cas d'exploitation non conforme aux conditions d'autorisation, la juridiction peut soit impartir un délai dans lequel l'exploitant doit s'y conformer, soit ordonner la fermeture de l'établissement concerné. Au cas où un délai aura été fixé, elle reste compétente pour statuer sur les difficultés d'exécution éventuelles. A l'expiration du délai imparti, qui ne peut être supérieur à deux ans, elle ordonne la fermeture de l'établissement concerné à la demande du ministère public ou de la partie civile. »

Article 24 : mesures et sanctions administratives

« 2. Tout intéressé peut demander [aux ministres pour les établissements classés en catégorie 1] l'application des mesures visées à l'alinéa qui précède [fixation d'un délai à l'exploitant pour se mettre en conformité, suspension provisoire de l'exploitation ou du chantier, fermeture de l'établissement ou apposition de scellés]. (...) les réponses données à une demande de suspension ou à une demande de fermeture d'une exploitation ou d'un chantier sont des décisions administratives susceptibles de recours au fond devant le comité du contentieux du Conseil d'Etat. Ce recours doit être introduit sous peine de déchéance dans un délai de 40 jours à partir de la notification de la réponse ministérielle. »

GRIEFS

1. Les requérants se plaignent d'une violation de l'article 8 de la Convention. Ils soutiennent que du fait de l'insuffisance des conditions fixées dans les autorisations d'exploitation de l'aciérie électrique il y a atteinte au droit au respect du domicile et de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention. Ils en veulent pour preuve que, dès la mise en service de l'aciérie en question, des nuisances sont apparues.

2. Les requérants se plaignent également de ce que le Conseil d'Etat ait rejeté leur recours en réformation faute d'intérêt à agir. Ils en déduisent une violation de leur droit d'accès à un tribunal puisque, leur recours n'ayant pas fait l'objet d'un examen au fond, ils n'ont pu obtenir des conditions d'exploitation de l'aciérie plus rigoureuses pour l'environnement et le voisinage. Ils invoquent l'article 6 § 1 de la Convention.

PROCÉDURE

La présente requête a été introduite devant la Commission européenne des Droits de l'Homme (« la Commission ») le 17 octobre 1995 et enregistrée le 8 novembre 1995.

Le 4 septembre 1996, la Commission a décidé de porter la requête à la connaissance du Gouvernement, en l'invitant à présenter par écrit ses observations sur la recevabilité et le bien-fondé de la requête.

Le Gouvernement a présenté ses observations le 8 novembre 1996. Les requérants y ont répondu le 13 février 1997.

A la suite de l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 à la Convention le 1^{er} novembre 1998, la requête est examinée par la Cour, en application de l'article 5 § 2 dudit Protocole.

EN DROIT

1. Les requérants se plaignent des atteintes à l'environnement qui affectent leur qualité de vie et les privent de la jouissance paisible de leur domi-

cile (ou de leur siège social pour ce qui est de l'association Greenpeace-Luxembourg) de manière à nuire à leur droit au respect de leur vie privée et familiale, garanti par l'article 8 de la Convention qui dispose :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire (...) au bien-être économique du pays (...)

Le Gouvernement fait valoir qu'après la mise en service de l'aciérie les requérants n'ont pas introduit d'action visant à constater et à faire cesser les prétendues nuisances. Il estime en outre que la réalité et l'intensité des nuisances litigieuses ainsi que le lien de causalité entre celles-ci et la qualité de vie des requérants ne sont pas établis. En outre, s'il est vrai que lors de la mise en service, l'aciérie en question ne respectait pas totalement les conditions fixées dans les autorisations d'exploitation, le Gouvernement a pris toutes les mesures nécessaires pour qu'elles le soient dans les meilleurs délais.

S'agissant du juste équilibre à respecter entre les intérêts économiques et les droits des requérants, le Gouvernement souligne l'importance de l'industrie sidérurgique au Luxembourg et avance que des études d'impact complètes ont été réalisées avant et après la délivrance de l'autorisation d'exploitation de l'aciérie, que les normes imposées étaient particulièrement contraignantes en comparaison avec celles d'autres pays européens et que la technologie utilisée était la meilleure possible.

Les requérants ne contestent pas que l'autorisation d'exploitation de l'aciérie a été délivrée en vertu de la loi du 9 mai 1990 et dans un but de bien-être économique du pays. Ils entendent cependant relativiser l'importance de l'industrie sidérurgique au Luxembourg aujourd'hui, que fait valoir le Gouvernement.

Ils estiment en outre que l'argument du Gouvernement selon lequel des études auraient été menées n'est aucunement prouvé. Ils considèrent, en tout état de cause que, quelles que soient les études réalisées et les normes imposées, elles étaient de toute façon insuffisantes, assez pour justifier un recours qui n'a même pas été examiné au fond.

La Cour doit tout d'abord examiner si les requérants peuvent se prétendre « victimes » d'une violation de l'article 8 de la Convention, au sens de l'article 34 de la Convention.

Pour pouvoir se prévaloir de cette disposition, il faut remplir deux conditions : le requérant doit entrer dans l'une des catégories de demandeurs mentionnées à l'article 34 et il doit pouvoir, à premier examen, se prétendre victime d'une violation de la Convention. Il est évident que la première condition est remplie s'agissant de personnes physiques pour

les 78 premiers requérants et d'une organisation non gouvernementale pour le 79^e.

En ce qui concerne l'association Greenpeace-Luxembourg, la Cour estime qu'une association non gouvernementale ne peut se prétendre victime d'une violation du droit au respect de son « domicile », au sens de l'article 8 de la Convention, du seul fait qu'elle a son siège social près de l'aciérie qu'elle critique, lorsque l'atteinte au droit au respect du domicile résulte, comme allégué en l'espèce, de nuisances ou de troubles qui ne peuvent être ressentis que par des personnes physiques. Dans la mesure où Greenpeace-Luxembourg se prévaudrait des troubles ressentis par les adhérents ou salariés qui travaillent ou séjournent à son siège social d'Esch-sur-Alzette, la Cour considère que cette association ne pourrait agir que comme représentante de ses membres ou salariés, au même titre par exemple qu'un avocat représentant son client, mais ne saurait se prétendre elle-même victime d'une violation de l'article 8 (X c. France, requête n° 9939/82, décision de la Commission du 4 juillet 1983, Décisions et rapports (DR) 34, p. 213).

En ce qui concerne les autres requérants, dont certains n'habitent d'ailleurs pas sur le territoire des communes d'Esch-Schiffange, la Cour relève que le recours en réformation tenté par les requérants en avril 1993 visait les autorisations d'exploitation d'une aciérie électrique qui n'était pas encore construite. Il ne s'agissait donc pas pour les requérants de mettre fin à une violation de l'article 8 de la Convention mais d'essayer, par l'obtention de conditions d'exploitation plus strictes, de la prévenir.

Or des termes « victime » et « violation » figurant à l'article 34 de la Convention, de même que de la philosophie sous-jacente à l'obligation d'épuisement préalable des voies de recours internes prévue à l'article 35, découle la constatation que, dans le système de protection des droits de l'homme imaginé par les auteurs de la Convention, l'exercice du droit de recours individuel ne saurait avoir pour objet de prévenir une violation de la Convention. Ce n'est que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles que le risque d'une violation future peut néanmoins conférer à un requérant individuel la qualité de « victime », sous réserve toutefois qu'il produise des indices raisonnables et convaincants de la probabilité de réalisation d'une violation en ce qui le concerne personnellement ; de simples suspicions ou conjectures sont insuffisantes à cet égard.

En l'espèce, la Cour estime que la seule invocation des risques de pollution inhérents à la production d'acier à partir de ferrailles ne suffit pas pour permettre aux requérants de se prétendre victimes d'une violation de la Convention. Il faut qu'ils puissent prétendre, de manière défendable et circonstanciée, que faute de précautions suffisantes prises par les autorités, le degré de probabilité de survenance d'un dommage est tel qu'il puisse être considéré comme constitutif d'une violation, à condition que l'acte critiqué n'ait pas des répercussions trop lointaines (voir, *mutatis*

mutandis, arrêt Soering c. Royaume-Uni du 7 juillet 1989, série A n° 161, p. 33, § 85). De l'avis de la Cour, il ne ressort pas du dossier que les conditions d'exploitation fixées par les autorités luxembourgeoises, et notamment les normes de rejet des déchets polluants atmosphériques, aient été insuffisantes au point de constituer une atteinte grave au principe de précaution.

Il est vrai que les requérants font valoir que lors de la mise en service de l'aciérie fin 1993, des nuisances, en particulier olfactives, sont apparues. Mais la Cour note que les requérants n'ont produit que peu d'informations sur la réalité et l'intensité des nuisances litigieuses ainsi que sur le lien de causalité entre celles-ci et la qualité de vie des requérants (arrêt López Ostra c. Espagne du 9 décembre 1994, série A n° 303-C, pp. 54-55, § 51).

Il n'est pas contesté non plus que les autorités luxembourgeoises ont pris toutes les mesures utiles, après la mise en service, pour que l'aciérie respecte au plus vite les normes fixées dans les autorisations d'exploitation. Enfin, il n'est pas davantage contesté que les requérants disposent en droit luxembourgeois de voies de recours civiles ou pénales qui leur permettraient de se plaindre des conséquences avérées pour leur santé ou leur qualité de vie de la mise en service par la société ARBED de l'aciérie électrique.

Il s'ensuit que ce grief est manifestement mal fondé, au sens de l'article 35 § 3 de la Convention et qu'il doit donc être rejeté en application de l'article 35 § 4.

2. Les requérants se plaignent de la violation de leur droit d'accès à un tribunal du fait du rejet de leur recours en réformation par le Conseil d'Etat faute d'intérêt à agir. Ils invoquent l'article 6 § 1 de la Convention qui dispose :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...) »

Le Gouvernement, qui ne conteste pas l'applicabilité de l'article 6 à la procédure litigieuse, fait valoir, en premier lieu, que les requérants disposaient de nombreuses voies d'action, tant au pénal qu'au civil, comme par exemple des actions en dommages et intérêts devant les tribunaux de droit commun ou en référé en invoquant l'urgence. Il observe également qu'aucune plainte pour non-respect des conditions posées par l'autorisation d'exploitation n'a été déposée.

Par ailleurs, le Gouvernement considère que l'appréciation de l'intérêt à agir s'effectue *in concreto* et que si celui-ci n'a pas été reconnu dans cette affaire, ce n'est nullement en violation de l'article 6 § 1 de la Convention, mais dans le cadre d'une limitation légitime des recours abusifs. D'ailleurs la jurisprudence de la Cour reconnaît aux Etats une certaine

marge d'appréciation au regard de la réglementation du droit d'accès aux tribunaux.

Les requérants, quant à eux, affirment que leur seul but était d'obtenir que les conditions d'exploitation de l'aciérie soient encore plus exigeantes au regard de l'environnement et du bien-être des populations avoisinantes. Pour ce faire, ils ne disposaient que d'une seule voie, celle du recours en réformation devant le Conseil d'Etat. Ils reconnaissent que le Conseil d'Etat avait en la matière un pouvoir d'appréciation au fond pour examiner l'opportunité et le bien-fondé de l'autorisation.

En ce qui concerne leur intérêt à agir, les requérants estiment que le Gouvernement, pour justifier l'appréciation de la notion d'intérêt à agir, se place en droit luxembourgeois, alors que la jurisprudence de la Cour relative à l'article 34 de la Convention a instauré une autonomie de la notion de victime, qui doit être interprétée indépendamment des notions de droit interne concernant, par exemple, l'intérêt ou la qualité pour agir.

La Cour rappelle que l'article 6 § 1 s'applique s'il y a une contestation sur un droit que l'on peut prétendre, au moins d'une manière défendable, reconnu en droit interne. Il doit s'agir d'une contestation réelle et sérieuse ; elle peut concerner aussi bien l'existence même d'un droit que son étendue et ses modalités d'exercice ; enfin l'issue de la procédure doit être directement déterminante pour un tel droit. La Cour a toujours considéré qu'un lien ténu ou des répercussions lointaines ne suffisent pas à faire entrer en jeu l'article 6 § 1 (arrêt *Balmer-Schafroth et autres c. Suisse* du 26 août 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-IV, pp. 1357 et 1359, §§ 32 et 40, où la Cour avait conclu à l'inapplicabilité de l'article 6 § 1, s'agissant d'un recours diligenté devant le Conseil fédéral suisse pour contester la prolongation du permis d'exploitation d'une centrale nucléaire).

En l'occurrence, la Cour n'estime pas nécessaire d'examiner si, faute pour les requérants d'avoir établi devant le Conseil d'Etat un lien direct entre les conditions fixées dans les autorisations d'exploitation et un préjudice personnel sinon probable, du moins raisonnablement prévisible, l'issue du litige pouvait être considérée ou non comme directement déterminante pour le droit invoqué par les intéressés au respect de leur droit au domicile et à la vie privée ou familiale (voir, *mutatis mutandis*, arrêt *Balmer-Schafroth* précité, p. 1359, § 40). La Cour estime en effet que le grief tiré du défaut d'accès à un tribunal doit, en l'espèce, et en tout état de cause, être rejeté pour les raisons ci-dessous.

La Cour note que le droit luxembourgeois habilitait certes les requérants en leur qualité de « public » ou de « voisins » à contester les autorisations administratives d'exploitation. Cela résulte de la loi du 9 mai 1990 (voir « Le droit interne pertinent » ci-dessus). Elle note également que dans leur recours en réformation, les requérants ont invité le Conseil d'Etat à modifier les autorisations d'exploitation de l'aciérie électrique d'Esch-Schiffange au motif que, d'après eux, cette nouvelle aciérie pré-

sentait de graves défauts et qu'elle ne satisfaisait pas aux normes de sécurité les plus modernes, en s'attachant à démontrer l'existence de déficiences techniques et la nécessité de réduire par tous les moyens les menaces qui en découleraient pour la population avoisinante et l'environnement en général.

La Cour relève tout d'abord qu'il n'est pas contesté par les requérants que le Conseil d'Etat soit un « tribunal » au sens de l'article 6 de la Convention. Elle relève ensuite que la procédure diligentée par les requérants devant le Conseil d'Etat s'inscrit dans le cadre du contentieux de la réformation qui se caractérise par l'attribution à cette juridiction d'un très large pouvoir d'appréciation, qui lui permet de se prononcer tant sur le bien-fondé de la décision administrative que sur son opportunité, voire de substituer sa décision à celle de l'administration. Il s'ensuit qu'il ne saurait être soutenu par les requérants qu'ils n'ont pas eu « accès » à un tribunal de pleine juridiction, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention.

Il est vrai que le recours en réformation en question a été rejeté par le Conseil d'Etat au motif que les requérants n'avaient pas démontré un intérêt à agir.

Pour les requérants, le rejet de leur recours pour ce motif équivaut à la négation de leur qualité de « victime » d'une violation de la Convention. Or la jurisprudence des organes de la Convention a toujours affirmé la portée autonome de la notion de « victime » figurant à l'article 34 de la Convention, notamment par rapport à des notions de droit interne, telles que l'intérêt ou la qualité pour agir. Au regard du droit d'accès à un tribunal, on ne saurait en déduire pour autant, comme le font les requérants, que lorsqu'un tribunal, disposant, comme en l'espèce, des plus larges compétences juridictionnelles, rejette un recours faute d'intérêt à agir, il empêche de ce fait l'individu d'avoir accès à un tribunal compétent pour examiner une violation alléguée de ses droits substantiels.

Il existe en effet des situations où, même lorsqu'un individu se voit reconnaître en droit interne qualité ou intérêt à agir, il n'en sera pas pour autant nécessairement considéré comme une « victime » au sens de l'article 34 de la Convention, faute d'un lien suffisamment direct entre le requérant et le préjudice qu'il estime avoir subi (Taura et dix-huit autres c. France, requête n° 28204/95, décision de la Commission du 4 décembre 1995, DR 83-A, p. 112). La Cour rappelle à cet égard que la Convention ne permet pas l'*actio popularis* mais exige, pour l'exercice du droit de recours individuel, que le requérant se prétende de manière plausible lui-même victime directe ou indirecte d'une violation de la Convention résultant d'un acte ou d'une omission imputable à un Etat contractant.

En l'occurrence, la Cour estime que le rejet de leur recours faute d'intérêt à agir n'a pas restreint l'accès des requérants à un tribunal. En effet, le recours en réformation des requérants était dirigé contre l'autorisation d'exploitation d'une nouvelle aciérie électrique avant même que

la construction de celle-ci ne soit achevée. Les nuisances mentionnées par les requérants ne sont apparues que lors de la mise en service. En outre les requérants disposent individuellement en droit luxembourgeois de voies de droit qui leur permettraient de mettre fin aux violations alléguées de l'article 8 de la Convention.

Il s'ensuit que ce grief est manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 de la Convention et qu'il doit donc être rejeté, conformément à l'article 35 § 4.

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

Déclare la requête irrecevable.

DEWICKA v. POLAND
(*Application no. 38670/97*)

FOURTH SECTION¹

DECISION OF 29 JUNE 1999²

1. Sitting as a Chamber composed of Mr M. Pellonpää, *President*, Mr A. Pastor Ridruejo, Mr L. Callisch, Mr J. Makarczyk, Mr V. Butkevych, Mr J. Hedigan, Mrs S. Botoucharova, *judges*, and Mr V. Berger, *Section Registrar*.

2. English original. Extracts.

SUMMARY¹**Exhaustion of domestic remedies – effectiveness of constitutional complaint as remedy in respect of complaint about length of proceedings****Article 35 § 1**

Exhaustion of domestic remedies – Effective domestic remedy – Effectiveness of constitutional complaint as remedy in respect of complaint about length of proceedings (Article 79 of the Constitution and Article 781 of the Code of Civil Procedure)

*
* *

In 1991 the applicant requested the local Telecommunications Office to install a telephone line in her flat. She was told that it was technically impossible at the time but would be feasible in the near future. In 1993, no further steps having been taken to install a telephone line, the applicant initiated proceedings against the Telecommunications Office. Her claim was rejected at first instance in 1997 but granted on appeal in 1998. However, she was unable to obtain an order allowing her to secure enforcement of the judgment. Before the Court, the applicant complained about the length of the proceedings.

Held

Article 35 § 1: Article 79 of the Constitution guaranteed an individual the right to obtain a Constitutional Court ruling on the conformity of any provision on which a final decision on his or her constitutional rights or freedoms was based. However, it did not refer to the situation where the competent judicial authority had failed to give a decision and the Government had not provided any example from domestic practice or case-law showing that a constitutional complaint could be successful in the absence of a “final decision”. Moreover, the Government had not established that challenging the constitutionality of Article 781 of the Code of Civil Procedure, which obliged courts to give a speedy decision on a request for an enforcement order, would have remedied the applicant’s situation. Consequently, a constitutional complaint could not be deemed to be an effective remedy which an individual complaining of inactivity on the part of the courts had to exhaust.

Case-law cited by the Court

Selçuk and Asker v. Turkey, judgment of 24 April 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-II

1. This summary by the Registry does not bind the Court.

...

THE FACTS

The applicant [Mrs Janina Dewicka] is a Polish national who was born in 1911 and lives in Wrocław, Poland.

The facts of the case, as submitted by the parties, may be summarised as follows.

A. The circumstances of the case

On 18 February 1991 the applicant requested the Polish Telecommunications Office in Wrocław (*Telekomunikacja Polska*) to enter into a contract to provide her with telecommunication services and to install a telephone line in her apartment, submitting that it was justified in view of humanitarian reasons such as her old age and disability (in particular, the fact that her mobility, sight and hearing were seriously impaired). She maintained that a total inability to communicate with the outside world in case of emergency was endangering her life.

On 19 March 1991 the Office replied that at the current stage of development of its services, installing a telephone line in her apartment was technically impossible, although (time and progress in the necessary works permitting) the request would be granted in the near future.

Since no such contract had been concluded between the parties by spring 1993, on 19 June 1993 the applicant initiated proceedings against the Polish Telecommunications Office in Wrocław in the Wrocław-Fabryczna District Court (*Sąd Rejonowy*), seeking a judgment ordering the defendant to enter into a contract for the provision of telecommunication services with her and to install a telephone line in her apartment. She also requested the court to exempt her from court fees and grant her legal assistance. In that respect she relied on a medical certificate describing her state of health.

On 24 June 1993 the court, finding that the Wrocław-Krzyki District Court was competent to deal with the applicant's claim, referred her case to the latter court. The case was registered with the Civil Division of that court on 19 July 1993. On 20 July the court ordered the applicant to adduce, within seven days, evidence in support of her request for exemption from court fees and legal assistance.

On 3 August 1993 the Wrocław-Krzyki District Court granted the applicant a general exemption from court fees and legal assistance. Later, on 13 August 1993, it served the statement of claim on the defendant company, ordering it to submit a reply within seven days.

On 6 September 1993 the trial court listed the first hearing in the applicant's case for 12 October 1993. During the hearing, the court

established that a similar claim had been lodged by a person living in the same building as the applicant and registered under file no. IC 214/93 with the Civil Division of the Wrocław-Śródmieście Court. Apparently, that court had already ordered in those proceedings that expert evidence be obtained to establish whether it was technically possible to install a telephone line in the building. Considering that such expert evidence might be relevant for the outcome of the applicant's case, her lawyer requested the court to stay the proceedings. On 20 October 1993 the defendant's lawyer lodged a similar request with the court. On 28 October the court ordered that the proceedings be stayed until the termination of case no. IC 214/93.

Later, on an unspecified date, the Wrocław-Śródmieście District Court obtained a report from M., a telecommunications expert, according to whom it was technically possible to install a telephone line in the building. On 28 October 1994 the court gave judgment.

On 10 March 1995 the applicant sent a letter to the Wrocław-Krzyki District Court, requesting it to proceed with the determination of her claim. She also stated that it was high time that her claim was decided as it had been submitted for adjudication in 1993 and that both her age (she was 84 at this time) and the state of her health called for a speedy resolution of the proceedings. The court deemed her letter to be a request for the proceedings to be resumed, to which it gave effect on 20 March 1995.

On 11 May 1995 the court held a hearing. During that hearing the court decided to obtain evidence contained in the case file of case no. IC 1280/94. That case file comprised material relating to a similar claim lodged by L.W., the applicant's grandson, who lived in the same building as she did. The court further ordered that evidence from L.W. be heard and adjourned the trial to 22 June 1995.

After the trial date, on 28 June 1995, the court ordered that the material contained in the case file of case no. IC 214/93 be obtained and taken into consideration.

On 3 July 1995 the Wrocław Town Social Welfare Office (*Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej*) issued a decision granting the applicant the so-called "domiciliary services" (*usługi pielęgnacyjne*) in view of the fact that she suffered from sclerosis, her sight and hearing were seriously impaired, she was unable to attend to herself and needed care from third persons.

On 11 August 1995 the court ordered that the applicant's lawyer submit, within seven days, a reply to a pleading filed by the defendant on an unspecified date. Later, on 11 September 1995, the court issued a reminder to the lawyer, ordering him to submit the reply in question within three days.

On 15 September, 20 November and 4 December 1995 the court made certain orders relating to unspecified procedural issues.

On 19 January 1996 the court took evidence from the applicant at her home as it considered that, given her age and disability, she was unable to

appear before it. Apparently, the court encountered certain difficulties in communicating with the applicant. A few days later, on 23 January 1996, the court ordered the applicant's lawyer to submit a medical certificate stating whether the applicant was able to understand and lodge pleadings in her case.

On 4 March 1996 the court ordered that evidence from an expert in telecommunications be obtained in order to establish whether it was technically possible to install a telephone line in the applicant's apartment. The expert submitted his report to the court on 16 April 1996. He concluded that even though installing a telephone line in the applicant's apartment had been technically possible since as early as 1994, she had failed to comply with certain formal requirements for persons wishing to enter into a contract for telecommunication services, which had resulted in her being ineligible to enter into such a contract. In particular, the applicant had not submitted documentary evidence demonstrating that priority should have been given to her application for the provision of telecommunication services. Moreover, at the relevant time the Polish Telecommunications Office in Wrocław had had to deal with many similar requests lodged prior to that of the applicant.

On 17 April 1996 the court ordered that copies of the report be served on the parties and that they be obliged to submit any comments they wished to make within seven days. A copy of the report was served on the applicant on an unspecified date. Subsequently, on 10 May 1996, the court listed a hearing for 8 August 1996.

On 10 August 1996 the applicant filed a motion with the court, challenging the impartiality of the expert. She submitted that the expert was a permanent employee of the defendant and had, therefore, an interest in supporting the arguments of her opponent. She requested the court to reject the expert's report and order that fresh evidence be obtained from another, objective expert. In the applicant's opinion, the expert (who had been appointed at her expense) had manifestly violated basic principles of professional conduct and payment of the fee for preparing his report had not been justified. The court should, therefore, either order the expert to pay back the fee or appoint another expert at its own expense.

On 19 August 1996 the court ordered the applicant's lawyer to submit a medical certificate stating whether the applicant was able personally to give statements to (and file motions with) the court.

The next hearing was held on 31 October 1996; on that day the court ordered that fresh evidence from another expert be obtained, but at the applicant's expense. Later, on 14 January 1997, the court requested experts at the Institute of Telecommunications and Acoustics of Wrocław Technical University to prepare a report within one month.

On 21 February 1997 the experts from the Institute submitted their report to the court. They concluded that during the period from June 1993

to 12 February 1997 installing a telephone line in the applicant's apartment had been technically possible and, consequently, the defendant had had no reason for not entering into a contract for the provision of telecommunication services with the applicant.

Later, on an unspecified date, the applicant filed a pleading with the court, amending the statement of claim. On a further unspecified date the court served a copy of her pleading on the defendant.

On 6 March 1997 the presiding judge ordered that fees for the expert report be provisionally borne by the court.

On 26 May 1997 the court held a hearing but adjourned the proceedings to 14 July 1997. However, in July 1997 a massive flood inundated the south-west of Poland, severely affecting Wrocław and, as a result, the proceedings in the applicant's case were stayed *ex lege* on an unspecified date.

On 18 August 1997 the Wrocław-Krzyki District Court held a hearing and gave judgment dismissing the applicant's claim.

On 9 September 1997 the applicant filed an appeal against this judgment with the Wrocław Regional Court (*Sąd Wojewódzki*).

An appellate hearing was held on 21 January 1998. The court gave judgment the same day, granting the applicant's claim. A copy of the judgment was served on the applicant on an unspecified date. Shortly afterwards, the applicant requested the appellate court to provide her with an enforcement order; however, the court informed her that she should lodge her motion with the court of first instance, which was competent to keep the records of the case in its archives and, if requested, provide the parties to the proceedings with a copy of the final judgment, together with an enforcement order.

Subsequently, on an unspecified date, the case file was transferred to the Wrocław-Krzyki District Court. It was received at the court's registry on 2 April 1998.

In the meantime, on 16 March 1998 the applicant had requested the Wrocław-Krzyki District Court to provide her with an enforcement order. As of 20 March 1999, she had not received that order.

B. Relevant domestic law and practice

1. Relevant provisions of the Code of Civil Procedure

Article 6 of the Code of Civil Procedure, which sets out a general principle known as the "expedition of civil proceedings" (*zasada szybkości postępowania*), provides:

"The court shall counteract delays in proceedings and shall – in so far as it is possible [to do so] without prejudicing the [proper] elucidation of the case – endeavour to determine the case at the first hearing held."

Article 781 of the Code, contained in Book Two, entitled “Enforcement proceedings”, provides as follows:

“The court shall examine a motion for an issue of an enforcement order promptly; [such a motion] shall be examined within three days from the date on which it has been lodged with the court.”

Before a creditor can institute enforcement proceedings against a debtor, he or she must, as an indispensable statutory prerequisite, obtain a court order of enforcement (Articles 776 and 883 of the Code of Civil Procedure). In practice, a court issues such a decision by stamping a copy of a final judgment with the set text of the order, which must be followed by the signature of a judge. No court session is held to examine a motion for the issue of an enforcement order.

2. Constitutional provisions

Article 45 § 1 of the Polish Constitution (which was adopted by the National Assembly on 2 April 1997 and entered into force on 17 October 1997) states:

“Everyone shall have the right to a fair and public hearing, without undue delay, before a competent, impartial and independent court.”

Article 79 § 1 of the Constitution, which refers to a constitutional complaint, states:

“In accordance with principles specified by statute, everyone whose constitutional freedoms and rights have been infringed shall have the right to appeal to the Constitutional Court for a judgment on the conformity with the Constitution of a statute or another normative act upon which basis a court or organ of public administration has given a final decision on his freedoms, rights or obligations as specified in the Constitution.”

COMPLAINT

The applicant complained under Article 6 § 1 of the Convention that the Polish courts had failed to determine her civil claim within a “reasonable time” and that, even though those courts eventually upheld her claim, they had failed to provide her with an enforcement order, which had resulted in her being unable to have the final judgment enforced and thus to have her claim satisfied.

PROCEDURE

The application was introduced before the European Commission of Human Rights on 26 February 1997 and registered on 19 November 1997.

On 1 November 1998, by operation of Article 5 § 2 of Protocol No. 11 to the Convention, the case fell to be examined by the Court.

On 15 December 1998, the Court decided to communicate the application to the Government. It also decided to give priority to the application, pursuant to Rule 41 of the Rules of Court.

The Government's written observations were submitted on 19 February 1999, after an extension of the time-limit fixed for that purpose. The applicant replied on 29 March 1999.

THE LAW

The applicant complained under Article 6 § 1 of the Convention that the Polish courts had failed to determine her civil claim within a "reasonable time" and that, even though those courts eventually upheld her claim, they had failed to provide her with an enforcement order, which had resulted in her being unable to have the final judgment enforced and thus to have her claim satisfied.

Article 6 § 1 of the Convention provides, in its relevant part:

"In the determination of his civil rights and obligations ..., everyone is entitled to a ... hearing within a reasonable time by [a] ... tribunal established by law ..."

In a letter of 19 February 1999, to which they attached their observations, the Government submitted that in their view the applicant's signature on page 8 of the application form differed substantially from her signatures on other pleadings. They maintained, moreover, that "they reserve[d] their right to question whether the applicant [was] the author of the application form and a victim of an alleged violation".

The applicant, in her pleading, replied that the Government's doubts as to the validity of her application were entirely unfounded. She admitted that, given her age and serious disability, she could not, for obvious reasons, file her application without the help of third parties. Similarly, she could by no means prepare her case herself. However, the mere fact that she was unable to write down her complaints did not mean that she should be deprived of her right to lodge an individual application with the Court, as guaranteed by the Convention.

The Court notes that the Government, after obtaining the applicant's reply, have not contested her victim status further. The Court has nevertheless examined the issue of the validity of the application of its own motion. In so doing, it has had regard to all the material in its possession and taken account of the age of the applicant and the nature of the ailments from which she suffers.

Assessing the relevant facts as a whole, the Court finds no cause to doubt that the application submitted in the present case is a valid and

genuine expression of the applicant's right of individual petition under Article 34 of the Convention.

The Government further maintained that the applicant had failed to exhaust all the remedies available to her under Polish law and had not, therefore, complied with the requirements of Article 35 § 1 of the Convention.

The Government pointed out to begin with that Article 6 of the Code of Civil Procedure sets out a general principle of expedition in civil proceedings, regardless of their stage. On the other hand, under Article 781 of the same Code courts are obliged to examine a motion for the issue of an enforcement order within three days. In the present case, the applicant lodged her motion under that Article on 18 March 1998 but the court failed to issue the enforcement order in time. In the Government's opinion, in those circumstances, the applicant should have lodged a constitutional complaint with the Constitutional Court under Article 79 of the Constitution. In her complaint, she should have contested the compatibility of Article 781 with Article 45 of the Constitution, which reflects and enforces the right set out in Article 6 of the Convention, in particular by guaranteeing an individual the right to have a fair and public hearing of his or her case without undue delay.

The Government concluded from this that a constitutional complaint was a remedy whereby the applicant could have mounted an effective challenge to the Wrocław-Krzyki District Court's inactivity in failing to issue the enforcement order sought by her.

The applicant submitted that she became aware of this particular remedy after being acquainted with the Government's observations. She further maintained that, on account of her difficult financial situation, she would in any event have been unable to bear the legal fees for the preparation of a constitutional complaint (which must be filed and signed by a lawyer, on pain of the complaint being rejected).

The Court recalls that the rule of exhaustion of domestic remedies referred to in Article 35 § 1 of the Convention obliges those seeking to bring their case against the State before an international or arbitral organ to use first the remedies provided by the national legal system. However, there is no obligation under Article 35 § 1 to have recourse to remedies which are inadequate or ineffective (see, for example, the *Selçuk and Asker v. Turkey* judgment of 24 April 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-II, p. 907, § 65).

Turning to the facts of the present case, the Court observes at the outset that Article 79 of the Polish Constitution guarantees, in plain words, an individual the right to obtain a Constitutional Court ruling on the conformity of any provision on which a final decision – of a court or a public administration – on his or her constitutional rights or freedoms is based. However, it cannot be said that Article 79, while defining the legal

prerequisites for lodging a constitutional complaint refers – even implicitly – to the diametrically opposite situation where – as in the applicant’s case – the competent judicial authority has failed to give a decision.

The Court moreover notes that the Government, when raising their preliminary objection, have not provided any example from the domestic practice or the case-law of the Constitutional Court demonstrating that a constitutional complaint can be put forward successfully regardless of the absence of a “final decision” as referred to in Article 79 of the Constitution.

Nor have the Government convinced the Court that challenging the constitutionality of Article 781 of the Code of Civil Procedure, a provision which obliges courts to give a speedy decision on a request for an enforcement order and thus strengthens an individual’s right to have his civil rights under a final judgment enforced without undue delay, would have remedied the applicant’s situation.

In the light of the foregoing, the Court considers that a constitutional complaint cannot be deemed to be an effective and adequate remedy which, in order to meet the requirements of Article 35 § 1 of the Convention, an individual complaining of inactivity on the part of the judiciary in Poland must exhaust.

It follows that the Government’s preliminary objection on non-exhaustion of domestic remedies must be dismissed.

...

For these reasons, the Court unanimously

Declares the application admissible, without prejudging the merits of the case.

DEWICKA c. POLOGNE
(Requête n° 38670/97)

QUATRIÈME SECTION¹

DÉCISION DU 29 JUIN 1999²

1. Siégeant en une chambre composée de M. M. Pellonpää, *président*, M. A. Pastor Ridruejo, M. L. Caflisch, M. J. Makarczyk, M. V. Butkevych, M. J. Hedigan, M^{me} S. Botoucharova, *juges*, et de M. V. Berger, *greffier de section*.

2. Traduction ; original anglais. Extraits.

SOMMAIRE¹**Epuisement des voies de recours internes – effectivité d'un recours constitutionnel pour dénoncer la durée d'une procédure****Article 35 § 1**

Epuisement des voies de recours internes – Recours interne effectif – Effectivité d'un recours constitutionnel pour dénoncer la durée d'une procédure (article 79 de la Constitution et article 781 du code de procédure civile)

*
* *

En 1991, la requérante demanda à une agence locale de l'Office des télécommunications d'installer une ligne téléphonique dans son appartement. On lui répondit que cela était encore techniquement impossible mais que ce pourrait être réalisé dans un avenir proche. En 1993, rien n'ayant été fait pour l'installation d'une ligne téléphonique, la requérante intenta une procédure contre l'Office des télécommunications. Sa prétention fut rejetée en première instance en 1997, puis accueillie en appel en 1998. L'intéressée ne put toutefois obtenir une ordonnance qui lui eût permis de faire exécuter la décision. Devant la Cour, elle se plaignait de la durée de la procédure.

Article 35 § 1 : l'article 79 de la Constitution garantit à tout justiciable le droit d'obtenir de la Cour constitutionnelle une décision sur la constitutionnalité de toute disposition servant de fondement à une décision définitive concernant ses droits ou libertés constitutionnels. Il n'envisage toutefois pas les cas où l'autorité judiciaire compétente est restée en défaut de statuer, et le Gouvernement n'a fourni aucun exemple tiré de la pratique ou de la jurisprudence internes et montrant qu'un recours constitutionnel peut aboutir en l'absence d'une « décision définitive ». De surcroît, le Gouvernement n'a pas établi qu'une contestation de la constitutionnalité de l'article 781 du code de procédure civile, qui oblige les tribunaux à statuer rapidement sur les demandes de mandement d'exécution, aurait pu remédier à la situation de la requérante. En conséquence, un recours constitutionnel ne saurait passer pour un recours effectif devant être exercé par celui qui se plaint d'une inertie des tribunaux.

Jurisprudence citée par la Cour

Selçuk et Asker c. Turquie, arrêt du 24 avril 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-II

1. Rédigé par le greffe, il ne lie pas la Cour.

(...)

EN FAIT

La requérante [M^{me} Janina Dewicka] est une ressortissante polonaise née en 1911 et résidant à Wrocław, en Pologne.

Les faits de la cause tels qu'ils ont été exposés par les parties peuvent se résumer comme suit.

A. Les circonstances de l'espèce

Le 18 février 1991, la requérante demanda à l'Office polonais des télécommunications (*Telekomunikacja Polska*) à Wrocław de passer avec elle un contrat de fourniture de services de télécommunication et de lui installer une ligne téléphonique dans son appartement, considérant que cela était justifié par des raisons d'ordre humanitaire liées à son âge avancé et à son invalidité (elle ne pouvait guère se mouvoir, et sa vue et son ouïe étaient gravement altérées). Elle soutenait que l'incapacité totale dans laquelle elle se trouvait de communiquer avec le monde extérieur en cas d'urgence lui faisait craindre pour sa vie.

Le 19 mars 1991, l'Office lui répondit qu'à ce stade du développement des services, installer une ligne téléphonique dans son appartement était techniquement impossible, même si (avec le temps et les progrès réalisés dans les travaux nécessaires) sa demande pourrait être honorée dans un avenir proche.

Le contrat sollicité n'ayant pas été conclu entre les parties pour le printemps 1993, le 19 juin 1993 la requérante attaqua l'Office devant le tribunal de district (*Sąd Rejonowy*) de Wrocław-Fabryczna, sollicitant un jugement ordonnant au défendeur de conclure avec elle un contrat de fourniture de services de télécommunication et d'installer une ligne téléphonique dans son appartement. Elle demanda également au tribunal de la dispenser du paiement des frais judiciaires et de lui accorder l'aide juridictionnelle. A l'appui de sa demande, elle produisit un certificat médical décrivant son état de santé.

Le 24 juin 1993, le tribunal, estimant que c'était le tribunal de district de Wrocław-Krzyki qui était compétent pour connaître de la demande de la requérante, renvoya l'affaire à cette juridiction. L'affaire fut enregistrée auprès de la division civile de celle-ci le 19 juillet 1993. Le 20 juillet, le tribunal ordonna à la requérante de produire, dans un délai de sept jours, des preuves à l'appui de sa demande de dispense des frais judiciaires et d'obtention de l'aide juridictionnelle.

Le 3 août 1993, le tribunal de district de Wrocław-Krzyki accorda à la requérante le bénéfice de l'aide juridictionnelle ainsi qu'une exonération générale des frais judiciaires. Le 13 août 1993, il notifia la demande à la

société défenderesse, l'invitant à soumettre une réponse dans un délai de sept jours.

Le 6 septembre 1993, il fixa la première audience au 12 octobre 1993. Lors de celle-ci, il constata qu'une demande analogue avait été déposée par une personne résidant dans le même immeuble que la requérante et enregistrée, sous le numéro IC 214/93, auprès de la division civile du tribunal de Wrocław-Śródmieście. Apparemment, cette juridiction avait déjà ordonné dans la procédure la réalisation d'une expertise aux fins d'établir s'il était techniquement possible d'installer une ligne téléphonique dans l'immeuble. Considérant que pareille expertise pourrait être pertinente pour l'issue de la cause de sa cliente, l'avocat de la requérante invita le tribunal à surseoir à statuer. Le 20 octobre 1993, l'avocat de la défenderesse saisit le tribunal d'une demande analogue. Le 28 octobre, le tribunal décida de surseoir à statuer jusqu'à ce qu'intervînt le jugement dans l'affaire n° IC 214/93.

A une date ultérieure non précisée, le tribunal de district de Wrocław-Śródmieście se vit remettre un rapport rédigé par M., expert en télécommunications, d'après lequel il était techniquement possible d'installer une ligne téléphonique dans l'immeuble. Le 28 octobre 1994, il rendit son jugement.

Le 10 mars 1995, la requérante adressa au tribunal de district de Wrocław-Krzyki une lettre l'invitant à statuer sur sa demande. Elle ajoutait qu'il était grand temps que celle-ci connût son aboutissement puisqu'elle l'avait soumise en 1993 et que tant son âge (elle avait quatre-vingt-quatre ans à l'époque) que son état de santé appelaient à une résolution rapide du litige. Le tribunal interpréta ladite lettre comme une demande de reprise d'instance, à laquelle elle donna effet le 20 mars 1995.

Le 11 mai 1995, le tribunal tint une audience. Il décida de recueillir des preuves contenues dans le dossier relatif à l'affaire n° IC 1280/94. Ce dossier comportait en effet des éléments relatifs à une demande analogue déposée par L.W., le petit-fils de la requérante, qui résidait dans le même immeuble qu'elle. Le tribunal ordonna en outre l'audition de L.W. et ajourna le procès au 22 juin 1995.

Le 28 juin 1995, le tribunal ordonna que les éléments contenus dans le dossier relatif à l'affaire n° IC 214/93 fussent recueillis et pris en considération.

Le 3 juillet 1995, le bureau de sécurité sociale de la ville de Wrocław (*Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej*) adopta une décision accordant à la requérante le bénéfice des « services à domicile » (*usługi pielęgnacyjne*), eu égard au fait qu'elle souffrait de sclérose, que sa vue et son ouïe étaient très déficientes, qu'elle était incapable de s'occuper d'elle-même et qu'elle avait besoin de l'aide de tiers.

Le 11 août 1995, le tribunal ordonna que l'avocat de la requérante soumît dans les sept jours une réponse à des observations déposées par la

défenderesse à une date non précisée. Le 11 septembre 1995, il adressa un rappel à l'avocat, lui ordonnant de soumettre dans les trois jours la réponse demandée.

Les 15 septembre, 20 novembre et 4 décembre 1995, le tribunal rendit des ordonnances relatives à certaines questions procédurales non précisées.

Le 19 janvier 1996, le tribunal entendit la requérante chez elle, considérant que, vu son âge et son invalidité, elle n'était pas à même de comparaître devant lui. Apparemment il éprouva certaines difficultés à communiquer avec elle. Quelques jours plus tard, le 23 janvier 1996, il ordonna à l'avocat de l'intéressée de soumettre un certificat médical précisant si la requérante était capable de comprendre et de déposer des observations dans sa cause.

Le 4 mars 1996, le tribunal confia une expertise à un spécialiste des télécommunications afin d'établir s'il était techniquement possible d'installer une ligne téléphonique dans l'appartement de la requérante. L'expert soumit son rapport au tribunal le 16 avril 1996. Il conclut que si effectivement il était techniquement possible, depuis 1994, d'installer une ligne téléphonique dans l'appartement de la requérante, celle-ci avait omis d'accomplir certaines démarches requises des personnes souhaitant passer un contrat de services de télécommunication, ce qui avait eu pour effet de la rendre inéligible à la conclusion de pareil contrat. D'après l'expert, la requérante n'avait soumis aucune preuve documentaire démontrant qu'il y eût lieu de réserver un traitement prioritaire à sa demande de fourniture de services de télécommunication. De surcroît, à l'époque pertinente, l'Office polonais des télécommunications à Wrocław avait dû faire face à de nombreuses demandes analogues déposées avant celle de la requérante.

Le 17 avril 1996, le tribunal ordonna que des copies du rapport fussent communiquées aux parties, à charge pour elles de soumettre leurs observations éventuelles dans les sept jours. Une copie du rapport fut notifiée à la requérante à une date non précisée. Par la suite, le 10 mai 1996, le tribunal fixa une audience au 8 août 1996.

Le 10 août 1996, la requérante contesta devant le tribunal l'impartialité de l'expert. Elle fit valoir que celui-ci était un employé permanent de la défenderesse et qu'il avait, par conséquent, un intérêt à soutenir les arguments de son adversaire. Elle invita le tribunal à écarter le rapport de l'expert et à ordonner la réalisation d'une nouvelle expertise par un autre expert, objectif celui-là. D'après la requérante, l'expert (qui avait été désigné à ses frais à elle) avait manifestement enfreint les principes de base de la déontologie professionnelle, et l'acquittement d'honoraires pour la rédaction du rapport n'était pas justifié. Aussi l'intéressée invitait-elle le tribunal soit à ordonner à l'expert de rembourser les honoraires, soit à nommer un autre expert à ses propres frais.

Le 19 août 1996, le tribunal ordonna à l'avocat de la requérante de soumettre un certificat médical précisant si la requérante était capable de déposer personnellement et de soumettre des observations au tribunal.

L'audience suivante se tint le 31 octobre 1996. Ce jour-là, le tribunal confia la rédaction d'un nouveau rapport à un autre expert, mais aux frais de la requérante. Le 14 janvier 1997, il invita les experts de l'institut de télécommunications et d'acoustique de l'université technique de Wrocław à rédiger un rapport dans le délai d'un mois.

Le 21 février 1997, les experts dudit institut présentèrent leur rapport au tribunal. Ils conclurent que pendant la période de juin 1993 au 12 février 1997 il était techniquement possible d'installer une ligne téléphonique dans l'appartement de la requérante et que, par conséquent, la défenderesse n'avait aucun motif de ne pas conclure un contrat de fourniture de services de télécommunication avec l'intéressée.

A une date ultérieure non précisée, la requérante saisit le tribunal d'observations modifiant sa demande originale, que le tribunal communiqua ensuite, également à une date non précisée, à la défenderesse.

Le 6 mars 1997, le président du tribunal décida que les honoraires réclamés par l'expert pour son rapport devaient être provisoirement assumés par le tribunal.

Le 26 mai 1997, le tribunal tint une audience mais ajourna la procédure au 14 juillet 1997. En raison toutefois des graves inondations qui, en juillet 1997, accablèrent le Sud-Ouest de la Pologne, touchant durement Wrocław, la procédure relative à la cause de la requérante fut suspendue *ex lege* à une date non précisée.

Le 18 août 1997, le tribunal de district de Wrocław-Krzyki tint une audience et rendit un jugement rejetant la demande de la requérante.

Celle-ci interjeta appel le 9 septembre 1997 devant le tribunal régional (*Sąd Wojewódzki*) de Wrocław.

Une audience d'appel se tint le 21 janvier 1998. Le même jour, le tribunal régional rendit un jugement accueillant la demande de la requérante. Une expédition du jugement fut notifiée à la requérante à une date non précisée. Peu après, l'intéressée invita le même tribunal à prononcer une ordonnance lui permettant de faire exécuter le jugement d'appel. Le tribunal régional l'informa qu'il lui fallait porter sa demande devant le tribunal de première instance, seul compétent pour conserver le dossier dans ses archives et pour fournir aux parties, sur demande, copie de la décision définitive et un mandement d'exécution.

A une date ultérieure non précisée, le dossier fut transféré au tribunal de district de Wrocław-Krzyki. Il parvint au greffe de ce tribunal le 2 avril 1998.

Dans l'intervalle, le 16 mars 1998, la requérante avait invité le même tribunal à lui fournir un mandement d'exécution. Au 20 mars 1999, elle n'avait pas reçu ce mandement.

B. Le droit et la pratique internes pertinents

1. Dispositions pertinentes du code de procédure civile

L'article 6 du code de procédure civile, qui pose un principe général connu sous le nom d'« expédition des procédures civiles » (*zasada szybkości postępowania*), est ainsi libellé :

« Le tribunal combat les retards dans la procédure et s'attache – dans la mesure où il est possible de le faire sans préjudicier à la bonne élucidation de l'affaire – à statuer sur la cause à l'issue de la première audience. »

L'article 781 du code de procédure civile, qui figure dans le Livre Deux, intitulé « Procédures d'exécution », est ainsi libellé :

« Le tribunal examine sans délai toute demande de délivrance d'un mandement d'exécution ; pareille demande doit être examinée dans un délai de trois jours à compter de la date à laquelle elle a été soumise au tribunal. »

Pour pouvoir engager une procédure d'exécution à l'encontre d'un débiteur, un créancier doit préalablement, condition légale *sine qua non*, obtenir du tribunal un mandement d'exécution (articles 776 et 883 du code de procédure civile). En pratique, le tribunal rend pareille décision en apposant sur une copie du jugement définitif la formule préfixe du mandement, qui doit être suivie de la signature d'un juge. Il n'est pas besoin que le tribunal siège pour examiner une demande de délivrance d'un mandement d'exécution.

2. Dispositions constitutionnelles

L'article 45 § 1 de la Constitution polonaise (adoptée par l'Assemblée nationale le 2 avril 1997 et entrée en vigueur le 17 octobre 1997) énonce :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée équitablement et publiquement, sans délai injustifié par un tribunal compétent, impartial et indépendant. »

L'article 79 § 1 de la Constitution, qui traite des recours constitutionnels, est ainsi libellé :

« Conformément aux principes fixés par la loi, toute personne dont les libertés ou les droits constitutionnels ont été violés peut saisir la Cour constitutionnelle afin d'obtenir une décision sur la conformité à la Constitution d'une loi ou de tout autre texte normatif ayant servi de fondement à une décision définitive rendue par un tribunal ou par un organe administratif au sujet de ses libertés, droits ou obligations tels qu'ils se trouvent définis par la Constitution. »

GRIEF

S'appuyant sur l'article 6 § 1 de la Convention, la requérante allègue que les tribunaux polonais sont restés en défaut de statuer dans un « délai

raisonnable » sur sa prétention de caractère civil, et que si en définitive ils ont accueilli sa demande, ils ne lui ont pas délivré un mandement d'exécution, la mettant ainsi dans l'impossibilité de faire exécuter la décision définitive et de réaliser sa prétention.

PROCÉDURE

La requête a été introduite devant la Commission européenne des Droits de l'Homme le 26 février 1997 et enregistrée le 19 novembre 1997.

Le 1^{er} novembre 1998, en application de l'article 5 § 2 du Protocole n° 11 à la Convention, l'examen de la cause est échu à la Cour.

Le 15 décembre 1998, la Cour a décidé de donner connaissance de la requête au Gouvernement. Elle a également résolu de conférer un traitement prioritaire à la requête, conformément à l'article 41 du règlement.

Le Gouvernement a déposé ses observations écrites le 19 février 1999, après avoir bénéficié d'une prorogation du délai imparti à cet effet. La requérante y a répondu le 29 mars 1999.

EN DROIT

S'appuyant sur l'article 6 § 1 de la Convention, la requérante allègue que les tribunaux polonais sont restés en défaut de statuer dans un « délai raisonnable » sur sa prétention de caractère civil, et que si en définitive ces tribunaux ont accueilli sa demande, ils ne lui ont pas délivré un mandement d'exécution, la mettant ainsi dans l'impossibilité de faire exécuter la décision définitive et de réaliser sa prétention.

La partie pertinente en l'espèce de l'article 6 § 1 de la Convention est ainsi libellée :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) dans un délai raisonnable, par un tribunal (...) qui décidera (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...) »

Par une lettre du 19 février 1999 à laquelle se trouvaient annexées ses observations, le Gouvernement a fait savoir qu'il lui paraissait que la signature de la requérante figurant à la page 8 du formulaire de requête différait substantiellement des signatures de l'intéressée apposées sur d'autres documents. Il affirmait de surcroît « se réserver le droit de contester que la requérante ait établi elle-même le formulaire de requête et qu'elle puisse se prétendre victime d'une violation ».

Dans ses observations, la requérante a rétorqué que les doutes du Gouvernement quant à la validité de sa requête étaient entièrement dépourvus de fondement. Elle admet que, compte tenu de son âge et de ses graves handicaps, elle n'a pu, pour des raisons évidentes, remplir la

requête sans l'aide de tiers. De même, elle aurait été bien en peine de préparer sa cause elle-même. Toutefois, le simple fait qu'elle soit incapable d'écrire ses griefs n'implique pas qu'elle doive être privée du droit que lui reconnaît la Convention de saisir la Cour d'une requête individuelle.

La Cour relève qu'après avoir reçu la réponse de la requérante le Gouvernement n'a pas persisté à contester son statut de victime. Elle n'en a toutefois pas moins examiné d'office la question de la validité de la requête. Pour ce faire, elle a eu égard à l'ensemble des éléments en sa possession et a tenu compte de l'âge de la requérante et de la nature des maux dont elle souffre.

Se livrant à une appréciation des faits pertinents dans leur ensemble, la Cour n'aperçoit aucun motif de douter que la requête soumise en l'espèce constitue une expression valable et authentique du droit de recours individuel consacré par l'article 34 de la Convention.

Le Gouvernement soutient par ailleurs que la requérante n'a pas épuisé les recours qui s'ouvraient à elle en droit polonais, et que par conséquent elle n'a pas respecté les exigences de l'article 35 § 1 de la Convention.

Il fait observer tout d'abord que l'article 6 du code de procédure civile établit un principe général d'expédition des procédures civiles, qui s'applique indépendamment de l'état des procédures. Il précise en outre qu'en vertu de l'article 781 du même code, les tribunaux sont tenus d'examiner dans un délai de trois jours toute demande de délivrance d'un mandement d'exécution. En l'espèce, c'est sur le fondement de cet article que la requérante a introduit son recours le 18 mars 1998, mais le tribunal n'a pas délivré le mandement d'exécution en temps voulu. Le Gouvernement estime que, dans ces conditions, la requérante aurait dû former un recours constitutionnel devant la Cour constitutionnelle, en vertu de l'article 79 de la Constitution. Dans ce recours, elle aurait dû contester la compatibilité de l'article 781 avec l'article 45 de la Constitution, qui reflète et traduit le droit consacré à l'article 6 de la Convention, notamment en garantissant à tout justiciable un droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement sans délai injustifié.

Le Gouvernement en conclut qu'un recours constitutionnel représente un recours au travers duquel la requérante aurait pu invoquer avec succès l'inertie imputable au tribunal de district de Wrocław-Krzyki dès lors que celui-ci ne lui avait pas délivré le mandement d'exécution sollicité par elle.

La requérante affirme n'être devenue consciente de l'existence de ce recours particulier qu'après avoir pris connaissance des observations du Gouvernement. Elle soutient par ailleurs qu'en raison de sa situation financière difficile elle aurait en tout état de cause été incapable d'assumer les frais afférents à la préparation d'un recours constitutionnel (qui, à peine de rejet, doit être déposé et signé par un avocat).

La Cour rappelle que la règle de l'épuisement des voies de recours internes énoncée à l'article 35 § 1 de la Convention impose aux personnes désireuses d'intenter contre l'État une action devant un organe judiciaire ou arbitral international, l'obligation d'utiliser auparavant les recours qu'offre le système juridique de leur pays. Cependant, l'article 35 § 1 n'impose pas d'user de recours qui ne sont ni adéquats ni effectifs (voir, par exemple, l'arrêt *Selçuk et Asker c. Turquie* du 24 avril 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-II, p. 907, § 65).

Se tournant vers les faits de la présente espèce, la Cour observe d'emblée que l'article 79 de la Constitution polonaise garantit explicitement à tout justiciable le droit d'obtenir de la Cour constitutionnelle une décision sur la constitutionnalité de toute disposition servant de fondement à une décision définitive rendue par une juridiction ou par un organe administratif au sujet de ses droits ou libertés constitutionnels. Toutefois, on ne peut pas dire que l'article 79, qui définit les conditions légales auxquelles est soumise la formation d'un recours constitutionnel se réfère – même implicitement – à la situation diamétralement opposée où l'autorité judiciaire compétente est restée en défaut de statuer, comme c'est le cas en l'espèce.

La Cour note de surcroît que le Gouvernement n'a fourni à l'appui de son exception préliminaire aucun exemple tiré de la pratique interne ou de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et montrant qu'un recours constitutionnel peut être introduit avec succès nonobstant l'absence d'une « décision définitive » au sens de l'article 79 de la Constitution.

Le Gouvernement n'a pas davantage convaincu la Cour qu'une contestation de la constitutionnalité de l'article 781 du code de procédure civile, qui oblige les tribunaux à statuer rapidement sur les demandes de délivrance d'un mandement d'exécution et renforce donc le droit de tout justiciable à obtenir sans délai injustifié une décision définitive sur ses droits de caractère civil, aurait pu porter remède à la situation de la requérante.

À la lumière de ce qui précède, la Cour considère qu'un recours constitutionnel ne peut passer pour un recours effectif et adéquat qu'un individu taxant les tribunaux polonais d'inertie doit exercer pour se conformer aux exigences de l'article 35 § 1 de la Convention.

Il en résulte que l'exception préliminaire du Gouvernement tirée du non-épuisement des voies de recours internes doit être rejetée.

(...)

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

Déclare la requête recevable, tous moyens de fond réservés.

HILBE v. LIECHTENSTEIN
(*Application no. 31981/96*)

FOURTH SECTION¹

DECISION OF 7 SEPTEMBER 1999²

1. Sitting as a Chamber composed of Mr M. Pellonpää, *President*, Mr G. Ress, Mr A. Pastor Ridruejo, Mr L. Caflisch, Mr J. Makarczyk, Mr I. Cabral Barreto, Mr V. Butkevych, *judges*, and Mr V. Berger, *Section Registrar*.

2. Translation; original French.

SUMMARY¹**Right to vote refused to a citizen living abroad****Article 3 of Protocol No. 1**

Right to vote – National living abroad – Referendums – Parliamentary elections – Right to vote refused to a citizen living abroad

*
* *

The applicant is a Liechtenstein national who lives in Switzerland. In order to vote in a referendum relating to Liechtenstein's accession to the European Economic Area, he made an application to be entered in a municipal electoral register in the Principality. That application was refused because he did not satisfy one of the conditions imposed by the relevant law, namely place of residence. In 1996 Parliament confirmed that Liechtenstein nationals living abroad were excluded from voting.

Held

Article 3 of Protocol No. 1: As regards the fact that it was impossible for the applicant to vote in referendums, the safeguards set out in this Article related only to parliamentary elections and as a result the complaint was incompatible *ratione materiae*.

As to parliamentary elections, various factors justified the residence requirement imposed by the Liechtenstein authorities, in particular the fact that a non-resident citizen was less directly or less continually concerned with his country's day-to-day problems and had less knowledge of them; the fact that he was not directly affected by the acts of the elected bodies; and also the legitimate concern the legislature might have to limit the influence of citizens residing abroad in elections on questions which, although fundamental, primarily affected persons who lived in the country. It was possible that the applicant had not severed all ties with his country; nevertheless, he could not argue that he was affected to the same extent as a resident citizen by the acts of the country's elected political institutions. The distinction made on the basis of place of residence was therefore justified and could not be regarded as unreasonable or arbitrary: manifestly ill-founded.

Case-law cited by the Court

X v. the United Kingdom, application no. 7730/76, Commission decision of 28 February 1979, Decisions and Reports 15

X and Association Y v. Italy, application no. 8987/80, Commission decision of 6 May 1981, Decisions and Reports 24

1. This summary by the Registry does not bind the Court.

Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium, judgment of 2 March 1987, Series A no. 113

Bader v. Austria, application no. 26633/95, Commission decision of 15 March 1996, unreported

Luksch v. Germany, application no. 35385/97, Commission decision of 21 May 1997, Decisions and Reports 89-B

Matthews v. the United Kingdom [GC], no. 24833/94, ECHR 1999-I

...

THE FACTS

The applicant [Mr Erich Hilbe] is a Liechtenstein national who was born in 1934 and lives in Riehen, in the Canton of Basle, in Switzerland.

The facts of the case, as submitted by the applicant, may be summarised as follows.

On 21 March 1995 the applicant made an application to be entered in the electoral register (*Stimmregister*) for the municipality of Schaan in Liechtenstein in order to vote in the referendum (*Abstimmung*) scheduled for April 1995 on whether Liechtenstein should join the European Economic Area.

In a letter of 28 March 1995 Schaan Town Council (*Gemeindevorsteherung*) informed the applicant that it could not grant his application, because he had been residing in Riehen, in Switzerland, for several years and therefore did not satisfy the statutory requirement as to place of residence. By the terms of section 1(1) of the 15 November 1984 version of the Rights of the People Act (*Volksrechtgesetz*) (Official Gazette 1985, no. 4), persons are entitled to vote only if they are Liechtenstein nationals who have reached the age of 20 and have a place of ordinary abode (*ordentlicher Wohnsitz*) in Liechtenstein one month before the date of the elections or the referendum.

On 30 March 1995 the applicant appealed to the Liechtenstein government on the ground that the result of the referendum would be decisive for him and for all Liechtenstein nationals living abroad and that place of residence could not be accepted as the only criterion for participation in elections or a referendum.

In a decision of 4 April 1995 the government dismissed the appeal, likewise referring to section 1(1) of the Rights of the People Act.

On 7 April 1995 the applicant lodged an appeal against this decision with the Liechtenstein Administrative Court of Appeal (*Verwaltungsbeschwerdeinstanz*). He argued that by denying them the right to vote, the legislature deprived Liechtenstein nationals living abroad of the fundamental right to participate in their country's democratic life.

In a decision of 7 June 1995 the Administrative Court of Appeal refused to refer the question of the constitutionality of the impugned statutory requirement to the Constitutional Court (*Staatsgerichtshof*). It held that the principle of depriving Liechtenstein nationals living abroad of the right to vote was not unconstitutional and referred to a judgment of the Constitutional Court on that issue. As to the applicant's application for inclusion in the electoral register for the municipality of Schaan, the court upheld the government's decision.

From late 1995 onwards there was a debate nationally and in Parliament on the question of introducing a postal vote (*Briefwahl*) in Liechtenstein.

In two letters dated 27 November 1995 and 14 May 1996 the applicant drew Parliament's attention to the need to include also Liechtenstein nationals living abroad.

In observations of 30 April 1996 sent to Parliament the government expressed its opposition to giving Liechtenstein nationals living abroad the right to vote, having regard, in particular, to their large number in proportion to the number of residents. In 1993 about 2,700 Liechtenstein nationals lived abroad as opposed to 14,000 who lived in Liechtenstein.

On 23 May 1996 Parliament confirmed that Liechtenstein nationals living abroad did not have the right to vote.

COMPLAINT

The applicant complained under Article 3 of Protocol No. 1 of the fact that it was impossible for him to vote in elections or referendums in Liechtenstein because his place of residence was in Switzerland.

THE LAW

The applicant complained that it was impossible for him to vote in elections or referendums in Liechtenstein. He referred to Article 3 of Protocol No. 1, which provides:

"The High Contracting Parties undertake to hold free elections at reasonable intervals by secret ballot, under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature."

The applicant submitted that the removal of the right to vote deprived him of a fundamental right, whereas in the majority of the Council of Europe's member States that right was granted in one form or another to nationals living abroad.

The Court notes, firstly, that in the instant case the decision by the Administrative Court of Appeal, which ruled on the case at last instance, is dated 7 June 1995 and that Protocol No. 1 entered into force in Liechtenstein on 14 November 1995. However, it may be considered that what is at issue is a continuing situation, that the principle of excluding Liechtenstein nationals living abroad from participating in elections and referendums is contained in legislation, that it was upheld by a decision of Parliament on 23 May 1996 and that the applicant was directly affected by that decision.

As to the merits, the Court reiterates that the obligations imposed on the Contracting States by Article 3 of Protocol No. 1 are limited to parliamentary elections and do not apply to referendums (see *Bader v. Austria*, application no. 26633/95, Commission decision of 15 March 1996, unreported).

It follows that this part of the application is incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention.

As to parliamentary elections, the Court notes that the rights safeguarded by Article 3 of Protocol No. 1 are not absolute but subject to restrictions. The Contracting States have a wide margin of appreciation to make the right to vote subject to conditions, but it is for the Court to determine in the last resort whether the requirements of Protocol No. 1 have been complied with; it has to satisfy itself that the conditions do not curtail the rights in question to such an extent as to impair their very essence and deprive them of their effectiveness; that they are imposed in pursuit of a legitimate aim; and that the means employed are not disproportionate. In particular, such conditions must not thwart “the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature” (see the *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium* judgment of 2 March 1987, Series A no. 113, p. 23, § 52, and *Matthews v. the United Kingdom* [GC], no. 24833/94, § 63, ECHR 1999-I).

Moreover, the European Commission of Human Rights has decided on several occasions in the past that having to satisfy a residence requirement in order to have or exercise the right to vote in parliamentary elections is not an arbitrary restriction of the right to vote and is therefore not incompatible with Article 3 of Protocol No. 1 (see *X and Association Y v. Italy*, application no. 8987/80, Commission decision of 6 May 1981, Decisions and Reports (DR) 24, p. 192; *X v. the United Kingdom*, application no. 7730/76, Commission decision of 28 February 1979, DR 15, p. 137; and *Luksch v. Germany*, application no. 35385/97, Commission decision of 21 May 1997, DR 89-B, p. 175).

In the present case the Court considers that the residence requirement which prompted the application is justified on account of the following factors: firstly, the assumption that a non-resident citizen is less directly or less continually concerned with his country’s day-to-day problems and has less knowledge of them; secondly, the fact that it is impracticable for the parliamentary candidates to present the different electoral issues to citizens abroad and that non-resident citizens have no influence on the selection of candidates or on the formulation of their electoral programmes; thirdly, the close connection between the right to vote in parliamentary elections and the fact of being directly affected by the acts of the political bodies so elected; and, fourthly, the legitimate concern the legislature may have to limit the influence of citizens living abroad in elections on issues which, while admittedly fundamental, primarily affect persons living in the country.

It is possible that the applicant has not severed ties with his country of origin and that some of the factors indicated above are therefore inapplicable to this case. However, the law cannot take account of every individual case but must lay down a general rule. Furthermore, the applicant cannot argue that he is affected by the acts of political institutions to the same extent as resident citizens. Thus the applicant's situation is different from that of a resident citizen, and that justifies the residence requirement.

Having regard to the foregoing conclusions, the Court considers that the residence requirement imposed by Liechtenstein law in electoral matters cannot be regarded as unreasonable or arbitrary or, therefore, as incompatible with Article 3 of Protocol No. 1.

It follows that the application is manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention.

For these reasons, the Court unanimously

Declares the application inadmissible.

HILBE c. LIECHTENSTEIN
(*Requête n° 31981/96*)

QUATRIÈME SECTION¹

DÉCISION DU 7 SEPTEMBRE 1999²

1. Siégeant en une chambre composée de M. M. Pellonpää, *président*, M. G. Ress, M. A. Pastor Ridruejo, M. L. Caflisch, M. J. Makarczyk, M. I. Cabral Barreto, M. V. Butkevych, *juges*, et de M. V. Berger, *greffier de section*.

2. Texte français original.

SOMMAIRE¹**Droit de vote refusé à un citoyen résidant à l'étranger****Article 3 du Protocole n° 1**

Droit de vote – Ressortissant résidant à l'étranger – Référendums – Elections parlementaires – Droit de vote refusé à un citoyen résidant à l'étranger

*
* *

Le requérant est un ressortissant du Liechtenstein résidant en Suisse. Afin de participer à un référendum sur l'intégration du Liechtenstein à l'Espace économique européen, le requérant sollicita son inscription sur un registre électoral communal de la principauté. Il lui fut opposé qu'il ne répondait pas à l'un des critères fixés par la loi pertinente, à savoir celui du lieu de résidence. En 1996 le Parlement confirma l'exclusion des ressortissants du Liechtenstein vivant à l'étranger du droit de vote.

Article 3 du Protocole n° 1 : en ce qui concerne l'impossibilité pour le requérant de participer aux référendums, les garanties du présent article portent uniquement sur les élections parlementaires et en conséquence ce grief se trouve être incompatible *ratione materiae*.

Quant à l'aspect portant sur les élections parlementaires, l'obligation de résidence opposée par les autorités du Liechtenstein au requérant se justifiait pour diverses raisons, notamment le fait qu'un citoyen non-résident est concerné moins directement ou moins continuellement par les problèmes quotidiens du pays et qu'il les connaît moins bien, le fait qu'il n'est pas directement visé par les actes des organes élus et également le souci légitime que peut éprouver le législateur de limiter l'influence des citoyens résidant à l'étranger dans des élections sur des questions qui bien que fondamentales touchent avant tout les personnes résidant dans le pays. Il est possible que le requérant n'ait pas rompu tous contacts avec son pays, néanmoins il ne pouvait prétendre être touché dans la même mesure qu'un citoyen résident par des actes des organes politiques élus du pays. La distinction liée au lieu de résidence se justifiait donc et ne saurait passer pour déraisonnable ou arbitraire : défaut manifeste de fondement.

Jurisprudence citée par la Cour

X c. Royaume-Uni, requête n° 7730/76, décision de la Commission du 28 février 1979, Décisions et rapports 15

X et association Y c. Italie, requête n° 8987/80, décision de la Commission du 6 mai 1981, Décisions et rapports 24

1. Rédigé par le greffe, il ne lie pas la Cour.

Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique, arrêt du 2 mars 1987, série A n° 113

Bader c. Autriche, requête n° 26633/95, décision de la Commission du 15 mars 1996, non publiée

Luksch c. Allemagne, requête n° 35385/97, décision de la Commission du 21 mai 1997, Décisions et rapports 89-A

Matthews c. Royaume-Uni [GC], n° 24833/94, CEDH 1999-I

(...)

EN FAIT

Le requérant [M. Erich Hilbe] est un ressortissant liechtensteinois né en 1934 et résidant à Riehen, dans le canton de Bâle, en Suisse.

Les faits de la cause tels qu'ils ont été exposés par lui peuvent se résumer comme suit.

Le 21 mars 1995, l'intéressé sollicita son inscription au registre électoral (*Stimmregister*) de la commune de Schaan, au Liechtenstein, en vue de participer au référendum (*Abstimmung*), prévu pour le mois d'avril 1995, sur l'intégration du Liechtenstein dans l'Espace économique européen.

Par une lettre du 28 mars 1995, la mairie (*Gemeindevorsteherung*) de Schaan l'informa qu'elle ne pouvait faire droit à sa demande, au motif qu'il résidait depuis plusieurs années à Riehen, en Suisse, et qu'il ne remplissait donc pas les conditions légales requises quant à son lieu de résidence. En effet, aux termes de l'article 1 § 1 de la loi sur les droits du peuple (*Volksrechtgesetz*) dans sa version du 15 novembre 1984 (*Journal officiel* 1985 n° 4), seuls ont le droit de voter aux élections les ressortissants du Liechtenstein qui ont atteint l'âge de vingt ans et qui disposent d'un lieu de résidence habituel (*ordentlicher Wohnsitz*) au Liechtenstein un mois avant la date des élections ou du référendum.

Le 30 mars 1995, le requérant forma un recours devant le gouvernement du Liechtenstein, au motif que l'issue de ce référendum était déterminante pour lui-même ainsi que pour tous les ressortissants du Liechtenstein vivant à l'étranger et que le lieu de résidence ne saurait être admis comme seul critère de participation à des élections ou à un référendum.

Par une décision du 4 avril 1995, le Gouvernement débouta le requérant en se référant lui aussi à l'article 1 § 1 de la loi sur les droits du peuple.

Le 7 avril 1995, le requérant interjeta appel de cette décision auprès de la cour administrative (*Verwaltungsbeschwerdeinstanz*) du Liechtenstein. Il estima qu'en leur refusant le droit de vote, le législateur privait les ressortissants du Liechtenstein vivant à l'étranger du droit fondamental de participer à la vie démocratique de leur pays.

Par une décision du 7 juin 1995, la cour administrative refusa de soumettre la question de la constitutionnalité de la disposition légale litigieuse à la Cour constitutionnelle (*Staatsgerichtshof*). Elle estima que le principe de l'exclusion du droit de vote des ressortissants du Liechtenstein résidant à l'étranger n'était pas contraire à la Constitution et renvoya à un arrêt de la Cour constitutionnelle sur cette question. Pour ce qui est de la demande du requérant visant à obtenir son inscription sur le registre électoral de la commune de Schaan, elle confirma la décision du Gouvernement.

Dès la fin de l'année 1995 s'engagèrent au niveau national et au sein du Parlement des débats sur la question de l'introduction du vote par correspondance (*Briefwahl*) au Liechtenstein.

Dans deux lettres des 27 novembre 1995 et 14 mai 1996, le requérant attira l'attention du Parlement sur la nécessité d'y inclure également les Liechtensteinois résidant à l'étranger.

Dans un mémoire du 30 avril 1996 adressé au Parlement, le Gouvernement se prononça contre l'introduction du droit de vote pour les Liechtensteinois résidant à l'étranger, eu égard notamment à leur nombre important par rapport aux résidents. En effet, en 1993, environ 2 700 ressortissants du Liechtenstein vivaient à l'étranger, contre 14 000 résidant dans le pays.

Le 23 mai 1996, le Parlement confirma l'exclusion du droit de vote des ressortissants du Liechtenstein résidant à l'étranger.

GRIEF

Invoquant l'article 3 du Protocole n° 1, le requérant se plaint de l'impossibilité pour lui de voter aux élections ou de participer aux référendums au Liechtenstein, au motif que son lieu de résidence se trouve en Suisse.

EN DROIT

Le requérant se plaint de l'impossibilité pour lui de voter aux élections ou de participer aux référendums au Liechtenstein. Il invoque l'article 3 du Protocole n° 1, ainsi libellé :

« Les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression du peuple sur le choix du corps législatif. »

D'après le requérant, l'interdiction du droit de vote le prive d'un droit fondamental, alors que dans la majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe ce droit est accordé sous une forme ou sous une autre aux ressortissants résidant à l'étranger.

La Cour relève tout d'abord qu'en l'espèce la décision de la cour administrative, qui a statué sur l'affaire en dernière instance, date du 7 juin 1995 et que le Protocole n° 1 est entré en vigueur pour le Liechtenstein le 14 novembre 1995. Cependant, on peut considérer qu'il s'agit là d'une situation continue et que le principe de l'exclusion de la participation aux élections ou aux référendums pour les ressortissants du Liechtenstein résidant à l'étranger est inscrit dans la loi, qu'il a été confirmé par la

décision du Parlement en date du 23 mai 1996 et que le requérant a été directement touché par celle-ci.

Quant au fond, la Cour rappelle que les obligations que l'article 3 du Protocole n° 1 font peser sur les Etats contractants se limitent aux élections parlementaires et ne s'appliquent pas aux référendums (Bader c. Autriche, requête n° 26633/95, décision de la Commission du 15 mars 1996, non publiée).

Il s'ensuit que cette partie de la requête est incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention.

En ce qui concerne les élections parlementaires, la Cour rappelle que les droits consacrés par l'article 3 du Protocole n° 1 ne sont pas absolus mais sujets à restrictions. Les Etats contractants jouissent d'une ample marge d'appréciation pour entourer le droit de vote de conditions, mais il appartient à la Cour de statuer en dernier ressort sur l'observation des exigences du Protocole n° 1. Il lui faut s'assurer que lesdites conditions ne réduisent pas les droits dont il s'agit au point de les atteindre dans leur substance même et de les priver de leur effectivité, qu'elles poursuivent un but légitime et que les moyens employés ne se révèlent pas disproportionnés. Ces conditions ne doivent pas, en particulier, contrecarrer « la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif » (arrêts Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique du 2 mars 1987, série A n° 113, p. 23, § 52, et *Matthews c. Royaume-Uni* [GC], n° 24833/94, § 63, CEDH 1999-I).

Par ailleurs, la Commission européenne des Droits de l'Homme a déjà décidé à plusieurs reprises que la condition de résidence dont sont assortis l'exercice ou la possession du droit de vote aux élections parlementaires ne constitue pas une restriction arbitraire au droit de vote et n'est donc pas incompatible avec les dispositions de l'article 3 du Protocole n° 1 (X et association Y c. Italie, requête n° 8987/80, décision de la Commission du 6 mai 1981, Décisions et rapports (DR) 24, p. 192, X c. Royaume-Uni, requête n° 7730/76, décision de la Commission du 28 février 1979, DR 15, p. 137, et Luksch c. Allemagne, requête n° 35385/97, décision de la Commission du 21 mai 1997, DR 89-A, p. 175).

En l'espèce, la Cour considère que l'obligation de résidence, qui a motivé la requête, se justifie pour les raisons suivantes : premièrement, le fait qu'un citoyen non-résident est concerné moins directement ou moins continuellement par les problèmes quotidiens de son pays et qu'il les connaît moins bien ; deuxièmement, le fait qu'il peut être difficile pour les candidats au Parlement d'exposer les différents choix électoraux aux citoyens résidant à l'étranger ainsi que l'absence d'une influence quelconque d'un citoyen résidant à l'étranger sur la sélection des candidats et sur la formulation de leurs programmes électoraux ; troisièmement, la corrélation existant entre le droit de vote lors d'élections parlementaires et le fait d'être directement visé par les actes des organes politiques ainsi

élus ; quatrièmement, le souci légitime que peut avoir le législateur de limiter l'influence des citoyens résidant à l'étranger dans des élections sur des questions certes fondamentales, mais qui touchent en premier lieu les personnes résidant dans le pays.

Il est possible que le requérant n'ait pas rompu le contact avec son pays d'origine et que, de ce fait, certaines des raisons indiquées ci-dessus soient inapplicables au cas d'espèce. Cependant, le droit ne peut tenir compte de chaque cas individuel mais doit représenter une norme générale. En outre, le requérant ne saurait faire valoir qu'il est visé par les actes des organes politiques au même degré que les citoyens résidents. Partant, la situation du requérant est différente de celle d'un citoyen résident, ce qui est de nature à justifier la condition de résidence.

A la lumière des considérations qui précèdent, la Cour estime que la condition de résidence imposée par la loi du Liechtenstein en matière électorale ne peut passer pour déraisonnable ou arbitraire, ni donc pour incompatible avec l'article 3 du Protocole n° 1.

Il s'ensuit que la requête est manifestement mal fondée au sens de l'article 35 § 3 de la Convention.

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

Déclare la requête irrecevable.

L. v. THE UNITED KINGDOM
(*Application no. 34222/96*)

THIRD SECTION¹

DECISION OF 7 SEPTEMBER 1999²

1. Sitting as a Chamber composed of Mr J.-P. Costa, *President*, Sir Nicolas Bratza, Mr L. Loucaides, Mr P. Kūris, Mr W. Fuhrmann, Mr K. Jungwiert, Mr K. Traja, *judges*, and Mrs S. Dollé, *Section Registrar*.

2. English original.

SUMMARY¹**Compulsory disclosure of adverse expert opinion obtained by parent in child care proceedings****Article 6 § 1**

Fair hearing – Civil proceedings – Disclosure – Child care – Expert medical opinion – Compulsory disclosure of adverse expert opinion obtained by parent in child care proceedings – Litigation privilege – Criminal proceedings – Self-incrimination

Article 8

Family life – Child care – Compulsory disclosure of expert opinion obtained by parent in child care proceedings – Interference – Protection of parent’s rights in child care proceedings – Welfare of child in child care proceedings – Protection of health or morals – Protection of the rights of others

*
* *

The applicant’s child was admitted to hospital after ingesting methadone. Both the applicant and the child’s father were heroine addicts and had been prescribed methadone as a substitute. The police suspected that the applicant had administered methadone to the child deliberately but considered that there was insufficient evidence for a prosecution. The local authority brought child care proceedings and obtained an interim care order. The applicant sought the leave of the court for disclosure of the court papers, including the child’s hospital case notes, so that an expert report could be prepared on the child’s consumption of methadone. The judge granted leave for that purpose, specifying that, in accordance with the general practice in child care proceedings, the report would be made available to all the parties to the proceedings. The expert concluded that there was no evidence of the child’s habituation to methadone but, going beyond the remit of his instructions, expressed doubt as to the applicant’s account of the incident. The police then obtained an order that the report be disclosed to them. The applicant’s appeal against this order was dismissed by the Court of Appeal and a further appeal was dismissed by the House of Lords, which found that litigation privilege did not apply to child care proceedings, since these were primarily non-adversarial, and that there was no issue of self-incrimination. No prosecution was brought against the applicant. In the meantime, by consent, a residence order in favour of the child’s father had been made.

Held

(1) Article 6 § 1: The rule regarding disclosure of expert evidence applied to all the parties to the proceedings, who were aware of the requirement. The applicant

1. This summary by the Registry does not bind the Court.

had chosen to obtain an expert report, which turned out to contain an adverse opinion on one point. However, since the applicant, who was legally represented, could have sought other evidence to counter the effect of that aspect or to present arguments relevant to the credibility or weight to be attached to the opinion, she had not been deprived of an adequate or proper opportunity to present her case, nor had she been placed in a less favourable position than any other party. Moreover, as the applicant had agreed to the order issued by the court, it could not be examined whether the court had acted arbitrarily or unreasonably in the way it had assessed the evidence before it. Taking the proceedings as a whole, the obligation imposed on the applicant to disclose the expert report did not deprive her of a fair hearing: manifestly ill-founded.

As regards the disclosure of the report to the police, no proceedings were in fact brought and the risk that the applicant might still be prosecuted appeared to be only hypothetical. Even assuming that the preliminary steps taken by the police rendered the applicant subject to a “criminal charge”, a distinction had to be made between the obligation to produce an expert report and coercion of an accused into giving evidence against himself: the right not to incriminate oneself did not extend to the use of material which might be obtained from the accused by means of compulsory powers and which had an existence independent of the will of the accused. Thus, the compulsory production of the adverse expert report did not infringe the applicant’s privilege not to incriminate herself: manifestly ill-founded.

(2) Article 8: While the welfare of the child was important in child care proceedings, it should not prevent a parent from being able to participate effectively in the decision-making process. The disclosure requirement potentially applied to all the parties and in other circumstances could have operated in the applicant’s favour. Furthermore, it was open to her to apply to obtain further evidence to counter the expert’s opinion and she was legally represented and would have been able to present any arguments relevant to the credibility or weight to be attached to the opinion. In any event, she had agreed to a consent order awarding the residence to her daughter’s father and did not seek to vindicate her position any further in the court proceedings, so that it was not possible to assess whether the offending passage would have played any significant or disproportionate role in the court’s decision. Consequently, the disclosure requirement had not been shown to have deprived the applicant of a proper or adequate opportunity to protect her interests, and any interference could therefore be regarded as justified, in particular for the protection of health or morals and the protection of the rights and freedoms of others: manifestly ill-founded.

Case-law cited by the Court

W. v. the United Kingdom, judgment of 8 July 1987, Series A no. 121

Lüdi v. Switzerland, judgment of 15 June 1992, Series A no. 238

John Murray v. the United Kingdom, judgment of 8 February 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-I

Saunders v. the United Kingdom, judgment of 17 December 1996, *Reports* 1996-VI

...

THE FACTS

The applicant [Mrs L.] is a British citizen who was born in 1970 and lives in Manchester. She was represented before the Court by Messrs Green & Co., solicitors practising in Manchester.

The facts of the case, as submitted by the parties, may be summarised as follows.

A. The circumstances of the case

The applicant is the mother of two children, E.L. and C.L., who were born on 1 May 1990 and 11 December 1991 respectively. On 16 January 1993 E.L. was admitted in a serious condition to Booth Hall Children's Hospital, Manchester, having ingested a quantity of methadone. The child survived.

At the time of the incident both the applicant and the children's father were registered heroine addicts. Both had been prescribed methadone as a substitute. The incident was investigated by the police and Manchester City Council, the local authority responsible for the children's welfare. The explanation given by the applicant was that the child had ingested the methadone accidentally. The police were of the view that the applicant had deliberately administered methadone to the child, who was suffering from toothache and who could not be pacified, in order to induce her to sleep, but considered that there was insufficient evidence to prosecute the applicant.

Manchester City Council ("the Council") instituted care proceedings under the Children Act 1989 and obtained an emergency protection order in respect of the children from Manchester City Magistrates' Court on 22 January 1993. On 29 January 1993, following the transfer of the proceedings to Manchester County Court, the Council obtained an interim care order which was subsequently renewed until the final order was made on 27 July 1994.

On 6 May 1993 the applicant, through her legal advisers, sought the leave of the court under Rule 4.23 of the Family Proceedings Rules 1991 for disclosure of the court papers, which included E.L.'s hospital case notes, for the purpose of preparing an expert's report dealing with the consumption of methadone by E.L. The district judge made the following order:

"The parents shall have leave to disclose to a medical expert the court papers for the purposes of a report regarding the frequency of the consumption of methadone by [E.L.]. The identity of such report is to be disclosed to all parties. The report is to be filed by the 27 May 1993."

The order accorded with the general practice relating to the disclosure of expert evidence then obtaining in the County Court in child care proceedings, which procedure was subsequently endorsed by the Court of Appeal in *Oxfordshire County Council v. M.* ([1994] Fam. 151). The effect of the order was that the report when filed would be available for inspection and copying by any party to the proceedings and the guardian *ad litem*.

The applicant, through her legal advisers, commissioned a report from a consultant clinical pathologist, Dr F. He was instructed to advise whether, on the basis of the hospital case notes which had been released by the court, the ingestion of methadone by the child had been an isolated incident or was one of a number of such incidents. In his report dated 10 August 1993, Dr F. concluded that there was no evidence of habituation to methadone, but went beyond the remit of his instructions in that he expressed doubts about the account of the incident which the applicant had given to the police.

The report was lodged with the County Court pursuant to the district judge's order of 6 May 1993. At that stage, notwithstanding that the report was adverse to their client's interests and tended to incriminate her, the applicant's lawyers did not appeal against the order or apply to vary its terms.

On 27 July 1994, by consent, the court made a residence order in respect of both children to the father with contact to the applicant, and granted supervision orders to the Council.

The police, on learning of the existence of the report and that it tended to incriminate the applicant, applied to the County Court for an order that the report be disclosed to them. On 1 July 1994, the matter having been transferred for determination by the High Court, Judge Bracewell made an order authorising disclosure of the report to the police. The applicant appealed against the order on the grounds (i) that the report was protected by legal professional privilege; (ii) that its disclosure would infringe her privilege against self-incrimination; and (iii) that the judge had erred in the exercise of her discretion in authorising the disclosure of the report. On 14 March 1995 the applicant's appeal was dismissed by the Court of Appeal, who refused the applicant leave to appeal to the House of Lords. Leave was subsequently granted by the House of Lords on 22 May 1995. On 21 March 1996, by a majority of three to two, the House of Lords dismissed the applicant's appeal (see "Relevant domestic law and practice" for the reasons for the decision).

Following a child protection conference, the children were removed from the Child Protection Register in June 1995, at which time it was reported that they were living happily with their father. The supervision order expired in July 1995 and the Council has had no further involvement.

According to the Government, the Crown Prosecution Service, having considered the expert report and further statements obtained by the police, decided not to prosecute the applicant as there was insufficient evidence against her.

B. Relevant domestic law and practice

The law in relation to legal professional privilege and litigation privilege was analysed in some detail by the House of Lords in giving their judgment in the instant case. In giving the judgment of the majority, Lord Jauncey reasoned, *inter alia*, as follows:

“[Various judgments have] all emphasised the important part which litigation privilege plays in a fair trial under the adversarial system. This raises the question of whether proceedings under [the Children Act 1989] are essentially adversarial in their nature. If they are, litigation privilege must continue to play its normal part. If they are not, different considerations may apply.

I agree with the President [of the Family Division] that care proceedings are essentially non-adversarial. Having reached that conclusion and also that litigation privilege is essentially a creature of adversarial proceedings it follows that the matter is at large for this House to determine what if any role it has to play in care proceedings.

Before [Dr F.] could report it was necessary to obtain the leave of the district judge under Rule 4.23 [of the Family Proceedings Rules 1991] to disclose to him the court papers. His report appears to have been based entirely on the hospital case notes and there is no suggestion that he had any communication with the [applicant]. Accordingly all material to which he had access was material which was already available to the other parties ...

However in these proceedings which are primarily non-adversarial and investigative as opposed to adversarial the notion of a fair trial between opposing parties assumes far less importance. In the latter case the judge must decide the case in favour of one or other party upon such evidence as they choose to adduce however much he might wish for further evidence on any point. In the former case the judge is concerned to make a decision which is in the best interest of the child in question and may make orders which are sought by no party to the proceedings (sections 10(1)(b), 31(5), 34(5) [of the Children Act 1989]). Furthermore the court has wide powers under Rule 4.11(9)(10) [of the Family Proceedings Rules 1991] to require the guardian *ad litem* to obtain expert reports and other assistance. Thus the court is seeking to reach a decision which will be in the best interests of someone who is not a direct party and is granted investigative powers to achieve that end. In these circumstances I consider that the care proceedings under Part IV [of the Children Act 1989] are so far removed from the normal actions that litigation privilege has no place in relation to reports obtained by a party thereto which could not have been prepared without the leave of the court to disclose documents already filed or to examine the child. In reaching this conclusion I attach considerable importance to the following dictum of [the President of the Family Division] in the Oxfordshire case ...:

‘If a party, having obtained the leave of the court, were to be able to conceal, or withhold from the court, matters which were of importance and were relevant to the future of the child, there would be a risk that the welfare of the child would not be promoted as the Children Act 1989 requires.’

I would add that if litigation privilege were to apply to Dr F.'s report it could have the effect of subordinating the welfare of the child to the interests of the appellant in preserving its confidentiality. This would appear to frustrate the primary object of the Act.

... The better view is that litigation privilege never arose in the first place rather than that the court has power to override it. It is excluded by necessary implication from the terms and overall purpose of the Act. This does not of course affect privilege arising between solicitor and client ...

Where a court is asked to make an order for disclosure compliance with which is likely to involve the danger of self-incrimination by the defendant an order producing such a result should not be made ... This, however, was not such a case. When the appellant applied for the order of 6 May 1993 the district judge had no reason to suppose that the report which was sought might incriminate the person who was seeking it. In that situation he cannot be criticised for requiring disclosure of the report to all parties. It was only when the report became available that its possible incriminating effect became known and it was at that stage when the [applicant] was first in a position to advance her claim to privilege by seeking a variation of that part of the order which required the report to be filed. In the event she filed the report without taking any steps to assert a claim of privilege. Thus the [applicant] voluntarily initiated the process, did not appeal the order when it was made and obtempered it without seeking a variation notwithstanding the unfavourable nature of the report had by then become apparent."

In giving the judgment of the minority, Lord Nicholls gave amongst his reasons the following:

"... The expression adversarial carries with it a connotation of confrontation and conflict. Ideally, these characteristics have no place in family proceedings. In family proceedings all parties should be working together to assist the court in finding the answer which will best promote the welfare of the child. In practice matters are not so simple. A father who is alleged to have sexually abused his stepdaughter is concerned to protect his own reputation as well as his family life. He can hardly be blamed if he regards the proceedings as no less confrontational and adversarial than any other civil proceedings. This feature throws little light, if any, on the present question.

At bottom, the answer to the present question turns on what are the requirements of procedural fairness in the conduct of family proceedings. In this context the contrast between inquisitorial and adversarial needs handling with care, for at least two reasons. First, the contrast suggests that proceedings are either wholly adversarial or wholly inquisitorial. They partake wholly of one character or wholly of the other. This is not always so. Proceedings may possess some adversarial features and some inquisitorial features. Family proceedings are an example.

Second, and more importantly, the contrast can all too easily divert attention from the crucial question. Fairness is a universal requirement in the conduct of all forms of proceedings, inquisitorial as much as adversarial, although the requirements of fairness vary widely from one type of proceedings to another. The requirements of fairness depend upon matters such as the nature of proceedings, the subject matter being considered, the rules governing the conduct of the proceedings, the parties involved, the composition of the tribunal, and the consequences of the decision. The distinction between the adversarial and inquisitorial nature of proceedings is no more important than one of these elements, although sometimes a very important element. The crucial question is not whether, and to what extent, the proceedings are inquisitorial rather

than adversarial. The question to be addressed is what is required if the proceedings are to be conducted fairly.

Family proceedings are court proceedings. The court has to make decisions affecting, often profoundly, the whole future of a child and his or her family. Whenever necessary, the court makes findings of fact. It goes without saying that the parties to such proceedings are entitled to have a fair hearing. Whatever fairness does or does not require in other contexts, in this context a fair hearing includes at least the right to present one's case and to call evidence.

Under English law an established ingredient of this right is legal professional privilege. Parties preparing for a court hearing may obtain legal advice in confidence. A party cannot be required to disclose communications between himself and his lawyer, or communications between the lawyer and third parties which come into existence for the purposes of obtaining legal advice in connection with proceedings. A proof of evidence from a witness is not disclosable. Nor is a report obtained from a potential witness of expert opinion. A party may be required to produce a witness statement or expert's report in advance as a precondition to the admission of that evidence at the hearing, but he is not required to disclose proofs of witnesses whose evidence he does not intend to adduce at the hearing. The public interest in a party being able to obtain informed legal advice in confidence prevails over the public interest in all relevant material being available to courts when deciding cases.

I can see no reason why parties to family proceedings should not be as much entitled to a fair hearing having these features and safeguards as parties to other court proceedings. Indeed, it must be doubtful whether a parent who is denied the opportunity to obtain legal advice in confidence is accorded the fair hearing to which he is entitled under Article 6 § 1, read in conjunction with Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

... [A]n expert can be compelled to give evidence on an issue in the proceedings, even if he has already made a privileged report to a party who decides to put that report in evidence. I must now address an argument that, this being so, imposing a condition is no more than sound and sensible case management. When the court imposes the condition it is doing no more than achieve, by a convenient and expeditious route, a result the court could in any event achieve: production of the expert's evidence on an issue in the proceedings.

If this were the only effect of a disclosure condition, I would agree with the submission. In practice, however, a disclosure condition would be bound to have an inhibiting effect on communications between the solicitor and the expert. An expert's report usually has to be read in conjunction with the letter of instructions. The solicitor would always be looking over his shoulder, conscious he is writing an 'open' and not privileged letter. The expert would need to confine himself strictly to the issue on which his advice is compellable, and not range more widely, because his report also would be open and not privileged. These would be significant inroads into the freedom and frankness of confidential communication which the privilege exists to secure. For this reason a disclosure condition goes beyond the convenient ordering of evidence.

This mischief is not cured by giving a party leave to return to the court and apply for the disclosure condition to be lifted after the report has been prepared. There could be no certainty that the condition would be lifted. So at the earlier stage, when the report is being obtained, the inhibitions on freedom of communication would still be present.

Your Lordships were told [by counsel for the applicant] that the present practice is a cause of considerable anxiety to parents. I would expect this to be so. There are bound to be problems when confidentiality is removed from communications a party needs to make in preparing properly for a hearing. I do not think the present practice can be regarded as satisfactory.”

COMPLAINTS

1. Relying on Article 6 § 1 of the Convention, the applicant complained that:

(a) she was deprived of a fair trial in that, since her right to obtain an expert report was made subject to a condition that she disclose the report, she was compelled to elect between commissioning the report, thereby divesting herself of the normal privileges available to the applicant, namely legal professional privilege and the privilege against self-incrimination, or not commissioning a report to the detriment of her ability to receive advice and prosecute her case;

(b) the order directing disclosure of the report to the police was such as to infringe her right against self-incrimination and so undermine her right to a fair trial in respect of any criminal charges which might be brought against her.

2. The applicant complained that the obligation to disclose the report amounted to an interference with her private and family life under paragraph 1 of Article 8 of the Convention which was not justified under the terms of paragraph 2 .

PROCEDURE

The application was introduced before the European Commission of Human Rights (“the Commission”) on 16 September 1996 and registered on 18 December 1996.

On 11 September 1997 the Commission decided to communicate the application to the Government.

The Government’s written observations were submitted on 21 November 1997. The applicant replied on 6 February 1998.

On 21 January 1998 the Commission granted the applicant legal aid.

On 1 November 1998, by operation of Article 5 § 2 of Protocol No. 11 to the Convention, the case fell to be examined by the Court.

THE LAW

1. The applicant complained under Article 6 § 1 of the Convention that she was subject to an obligation to disclose an expert report obtained by

her in child care proceedings and that this report was also disclosed outside the proceedings to the police in breach of her privilege against self-incrimination.

Article 6 § 1, in its relevant parts, provides as follows:

“In the determination of his civil rights and obligations ..., everyone is entitled to a fair ... hearing ...”

(a) As regards the applicant’s allegation that the disclosure condition rendered the child care proceedings unfair, the Government stated that the primary consideration in these proceedings was the welfare of the child and she could claim no right to confidentiality in her expert reports since this would subordinate the child’s interests to her own. The report contained in fact no confidential material and in any event the expert witness could have been subpoenaed as a witness and would have been bound to answer any questions as to the opinion which he had formed after reading the hospital case notes.

The applicant contended that the report was necessary to refute the allegation being made in the proceedings that the child had regularly ingested methadone. She submitted that the courts were bound by previous case-law on disclosure and appeal against the disclosure condition in the child care proceedings themselves would have been futile. A possible application to lift the disclosure condition after the report had been made was not relevant since the applicant could not be certain the condition would be lifted prior to commissioning the report. Since the expert expressed his opinion on issues which were not requested by the applicant, there was indeed no basis to anticipate the difficulties. She emphasised that the principle of disclosure as applied in the child care procedure meant that she was faced with the choice of either pursuing her case properly in the care proceedings, thereby jeopardising her position in any criminal investigation, or protecting herself against incriminatory material being disclosed to the prosecuting authorities, thereby sacrificing her ability to challenge allegations made against her in the care proceedings.

The Court recalls that matters concerning the admission of evidence are governed primarily by the rules of domestic law – this includes issues relating to the disclosure by parties of their evidence and the categories of documents to which privilege may apply. The Court’s task is to ascertain whether the proceedings, considered as a whole, including the way in which evidence was submitted, were fair (see, for example, the *Lüdi v. Switzerland* judgment of 15 June 1992, Series A no. 238, p. 20, § 43).

The Court notes that the rule regarding disclosure of expert evidence applied to all parties in the Children Act proceedings, who were aware of this requirement. While the applicant argued that she was placed in an invidious position of choosing whether or not to risk obtaining an expert

opinion in view of this requirement, the Court observes that the other parties in the proceedings would also have had to face this dilemma. In this case, the applicant did choose to obtain an expert report which contained an adverse opinion on one point. Since the applicant, who was legally represented, would have been able, if she so wished, to seek other evidence to counter the effect of that aspect or to present any arguments relevant to the credibility or weight to be attached to the opinion, the Court is not persuaded that she was deprived of an adequate or proper opportunity to present her case. Nor was she placed in a less favourable position than any other party in the proceedings. Further, as the applicant agreed to the final order issued by the court in the proceedings, the Court is unable to examine whether the court acted in any way arbitrarily or unreasonably in the way it assessed the evidence before it.

The Court concludes that the obligation imposed on the applicant to disclose the expert's report did not deprive her of a fair trial in the proceedings, taken as a whole. Her complaints must therefore be rejected as being manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

(b) As regards the applicant's allegation that the disclosure infringed her right against self-incrimination, the Government submitted that, since no criminal proceedings were in fact brought, there could be no breach of her right against self-incrimination and pointed out that if criminal proceedings had been brought she could have made applications at that time that the report should not be admitted as evidence. They also submitted that the applicant could have appealed against the disclosure condition imposed when the court granted her permission to disclose confidential materials to an expert. She may therefore be regarded as having waived any objections in this respect. Nor – since it appears that the expert based himself solely on hospital records without interviewing the mother – was there any question of information being disclosed from the applicant which was not hitherto available.

The applicant pointed out that the police sought access to the report for the purpose of criminal proceedings and that since there was no period of limitation she still might be charged and tried at a future time and was still in jeopardy. In any event, until the Crown Prosecution Service decided not to prosecute (which date was not known to the applicant), she was at risk of prosecution and facing a criminal charge. Even though the admissibility of the report could be challenged at any such trial, it was a matter for the discretion of the judge and there were no reported cases on the application of the discretion in a case of this kind.

The Court observes that while it has held that the privilege against self-incrimination is embraced in the concept of fair procedure guaranteed in Article 6 § 1 of the Convention (see the *John Murray v. the United Kingdom* judgment of 8 February 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-I,

p. 49, § 45) the cases in which the privilege was regarded as a relevant consideration concerned criminal proceedings. It does not find, in the circumstances of the present case, that the compulsory disclosure of an adverse expert report in child care proceedings themselves concerns any issue of self-incrimination separate from the general considerations of fairness examined above.

As regards the applicant's complaints that the report was disclosed to the police, who were considering whether or not to bring criminal proceedings, the Court notes that no proceedings were in fact brought. The Court has no reason to doubt the Government's submission that the Crown Prosecution Service decided that there was insufficient evidence to prosecute. Since more than six years have now passed since the incident in question, the risk, adverted to by the applicant, that a decision to prosecute might be taken in the future, appears to the Court to be hypothetical.

However, even assuming that the preliminary steps taken by the police by way of investigation rendered the applicant subject to a "criminal charge" for the purposes of bringing the guarantees of Article 6 § 1 into play, the Court considers that the obligation to produce an expert report must be distinguished from coercion placed on an accused to give evidence against herself. As the Court held in the Saunders case (see the Saunders v. the United Kingdom judgment of 17 December 1996, *Reports* 1996-VI, pp. 2064-65, § 69), the right not to incriminate oneself is primarily concerned with respecting the will of the accused person to remain silent and does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers and which has an existence independent of the will of the accused (for example, documents, breath, blood, urine and tissue samples). In that sense, the compulsory production of the adverse report of the expert did not involve any infringement of the applicant's privilege not to incriminate herself. The Court observes that the expert did not question or interview the applicant and thereby pass on in his report any confidences from the applicant, but referred only to the hospital notes.

The Court finds therefore that the applicant's complaints in this respect disclose no violation of Article 6 § 1 of the Convention and must be rejected as being manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

2. The applicant submitted that the disclosure of the report also infringed her right to respect for family life contrary to Article 8 of the Convention, the relevant parts of which provide:

"1. Everyone has the right to respect for his ... family life ...

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the coun-

try, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

The Court notes that the child care proceedings involved the issues of access and custody of the applicant’s child and, in so far as they resulted in a decision of the court rejecting the applicant’s applications for residence, they may be regarded as disclosing an interference with the applicant’s right to respect for her family life within the meaning of Article 8 § 1 of the Convention.

As regards whether or not that interference was justified in terms of the second paragraph of this Article, the Court finds that the decision was taken by a competent court and, it is not contested by the applicant, pursued the aim of the welfare of the child. The only issue arising is whether the applicant’s interests as the mother of the child were protected in the decision-making procedure adopted in the case, in particular, in light of the obligation to disclose the adverse expert report. The Court’s case-law establishes that, while there are no explicit procedural requirements contained in Article 8, where decisions may have a drastic effect on the relations between a parent and child and may become irreversible, there is a particular need for protection against arbitrary interferences. In a case where it was alleged that the local authority had not consulted the parents of a child in its care before taking crucial decisions as to its future, the Court held:

“In the Court’s view, what therefore has to be determined is whether, having regard to the particular circumstances of the case and notably the serious nature of the decisions to be taken, the parents have been involved in the decision-making process, seen as a whole, to a degree sufficient to provide them with the requisite protection of their interests. If they have not, there will have been a failure to respect their family life and the interference resulting from the decision will not be capable of being regarded as ‘necessary’ within the meaning of Article 8.” (*W. v. the United Kingdom* judgment of 8 July 1987, Series A no. 121, pp. 28-29, § 64)

In the present case, the Court recalls that the applicant faced allegations of administering methadone to her daughter and obtained leave of the court to submit the court papers to an expert for the purpose of obtaining a report on the medical aspects of the case. It notes that, pursuant to the disclosure order, she was under an obligation to disclose this report even if, as turned out, it contained an element unfavourable to her case – namely, although the doctor’s report stated that there was no evidence that the child had regularly ingested methadone, it added the opinion that the applicant’s account of accidental ingestion on one occasion gave rise to doubts. In the proceedings which followed regarding the privilege which did or should attach to such expert reports, the domestic courts emphasised that Children Act proceedings centred on the welfare of the child and non-adversarial and investigative considerations took the fore. On that basis, any material relevant to the future of the child should not be withheld.

The Court concurs with the importance of the welfare of the child in cases concerning children. This must not, however, prevent a parent being able to participate effectively in the decision-making process concerning a child. It observes that the disclosure condition in these proceedings applied potentially to all parties and therefore could, in other circumstances, have operated in her favour. It was also open to the applicant to apply to obtain further evidence to counter the opinion of the doctor. She was represented by a solicitor and counsel and would have been able to present any arguments relevant to the credibility or weight to be attached to the doctor's opinion. In the event, the applicant agreed to a consent order awarding residence to her daughter's father and it is not apparent that the applicant sought in the court proceedings to vindicate her position any further. In those circumstances, it is not possible to assess whether or not the offending passage in the report would have played any significant or disproportionate role in the court's decision.

The Court accordingly finds that the disclosure requirement regarding the expert's report has not been demonstrated as depriving the applicant of a proper or adequate opportunity to protect her interests. Any interference may therefore be regarded as compatible with the requirements of Article 8 § 2 of the Convention, in particular "the protection of health or morals" and "the protection of the rights and freedoms of others" in relation to the applicant's daughter.

It follows that this part of the application is also to be rejected as being manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

For these reasons, the Court unanimously

Declares the application inadmissible.

L. c. ROYAUME-UNI
(Requête n° 34222/96)

TROISIÈME SECTION¹

DÉCISION DU 7 SEPTEMBRE 1999²

1. Siégeant en une chambre composée de M. J.-P. Costa, *président*, Sir Nicolas Bratza, M. L. Loucaides, M. P. Kūris, M. W. Fuhrmann, M. K. Jungwiert, M. K. Traja, *juges*, et de M^{me} S. Dollé, *greffière de section*.

2. Traduction ; original anglais.

SOMMAIRE¹**Obligation faite à un parent de divulguer une expertise défavorable qu'il avait demandée dans le cadre d'une procédure de prise en charge d'un enfant****Article 6 § 1**

Procès équitable – Procédure civile – Divulgateion – Prise en charge d'un enfant – Expertise médicale – Obligation faite à un parent de divulguer une expertise défavorable qu'il avait demandée dans le cadre d'une procédure de prise en charge d'un enfant – Confidentialité des éléments relatifs au litige – Procédure pénale – Droit de ne pas s'incriminer soi-même

Article 8

Vie familiale – Prise en charge d'un enfant – Obligation faite à un parent de divulguer une expertise défavorable qu'il avait demandée dans le cadre d'une procédure de prise en charge d'un enfant – Ingérence – Protection des droits d'un parent dans le cadre d'une procédure de prise en charge – Intérêt de l'enfant dans une procédure de prise en charge – Protection de la santé ou de la morale – Protection des droits d'autrui

*
* * *

L'enfant de la requérante fut admise à l'hôpital après avoir ingéré de la méthadone. Tant la requérante que le père de l'enfant étaient alors héroïnomanes et on leur avait prescrit à tous les deux de la méthadone comme produit de substitution. La police soupçonna la requérante d'avoir délibérément administré le produit à l'enfant mais estima que les preuves étaient insuffisantes pour engager des poursuites. L'autorité locale engagea une procédure de prise en charge et obtint une ordonnance de prise en charge provisoire. La requérante demanda l'autorisation au tribunal de communiquer les documents de procédure, y compris le dossier d'hospitalisation de sa fille, en vue de l'élaboration d'une expertise sur la consommation de méthadone de l'enfant. Le juge accéda à la demande, précisant que conformément à la pratique générale dans le cadre des procédures de prise en charge d'enfants, le rapport devrait être mis à la disposition de l'ensemble des parties. L'expert conclut que rien n'indiquait une accoutumance de l'enfant à la méthadone mais, outrepassant son mandat, exprima des doutes quant à la version des faits donnée par la requérante. La police obtint alors une ordonnance de divulgation du rapport en sa faveur. L'appel de la requérante contestant cette ordonnance fut rejeté par la Cour d'appel et l'intéressée fut également déboutée par la Chambre des lords, au motif que la confidentialité des éléments relatifs au litige ne s'appliquait pas aux procédures de prise en charge d'enfants, qui revê-

1. Rédigé par le greffe, il ne lie pas la Cour.

taient un caractère essentiellement non accusatoire, et qu'aucune question ne se posait quant au droit de ne pas s'incriminer soi-même. La requérante ne fut pas poursuivie. Entre-temps, le tribunal, sur la base d'un accord entre les parties, rendit une ordonnance octroyant la garde au père.

1. Article 6 § 1 : la règle concernant la divulgation des expertises s'est appliquée à l'ensemble des parties, qui connaissaient cette condition. La requérante a choisi de demander une expertise, qui s'est avérée contenir un avis défavorable sur un point. Toutefois, étant donné que l'intéressée, qui était représentée en justice, aurait pu rechercher d'autres éléments de preuve pour contrebalancer l'effet de cette remarque ou présenter tout moyen pertinent concernant la crédibilité ou l'importance à attacher à cet avis, elle n'a pas été privée d'une possibilité appropriée ou convenable de présenter sa défense, et n'a pas non plus été mise dans une position moins favorable que toute autre partie à la procédure. En outre, puisqu'elle a accepté l'ordonnance rendue par le tribunal, il est impossible d'examiner si le tribunal a apprécié de façon arbitraire ou déraisonnable les preuves produites devant lui. Eu égard à l'ensemble de la procédure, l'obligation imposée à la requérante de divulguer le rapport de l'expert ne l'a pas empêchée de bénéficier d'un procès équitable : défaut manifeste de fondement.

Quant à la divulgation du rapport à la police, aucune procédure n'a en fait été instituée et le risque que la requérante soit poursuivie à l'avenir semble hypothétique. A supposer même que les mesures préliminaires prises par la police aient fait tomber la requérante sous le coup d'une « accusation en matière pénale », l'obligation de produire une expertise doit se distinguer du fait de contraindre un accusé à témoigner à sa charge. Le droit de ne pas s'incriminer soi-même ne s'étend pas à l'usage de données que l'on peut obtenir de l'accusé en recourant à des pouvoirs coercitifs mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect. Dès lors, l'obligation de produire l'expertise défavorable n'a pas emporté violation du droit de la requérante de ne pas contribuer à sa propre incrimination : défaut manifeste de fondement.

2. Article 8 : si l'intérêt de l'enfant concerné est un facteur important dans le cadre d'une procédure de prise en charge, il ne doit pas empêcher un parent de participer effectivement au processus décisionnel. La condition de divulgation s'appliquait potentiellement à l'ensemble des parties et, en d'autres circonstances, aurait pu opérer en faveur de la requérante. Celle-ci avait en outre la possibilité de demander à recueillir d'autres éléments pour contrebalancer l'opinion de l'expert. Elle était représentée en justice et aurait pu présenter tout argument pertinent sur la crédibilité de cet avis ou l'importance à y attacher. Quoi qu'il en soit, la requérante a consenti à une ordonnance octroyant la garde de sa fille au père de celle-ci, et n'a pas cherché à défendre plus avant sa position au cours de la procédure. Dans ces conditions, il est impossible d'apprécier si le passage défavorable du rapport aurait ou non joué un rôle significatif ou disproportionné dans la décision du tribunal. Dès lors, il n'a pas été démontré que la condition de divulgation relative à l'expertise a privé la requérante d'une possibilité satisfaisante ou suffisante de protéger ses intérêts, et toute ingérence éventuelle doit donc être considérée comme justifiée, notamment aux fins de la protection de la santé ou de la morale et de la protection des droits et libertés d'autrui : défaut manifeste de fondement.

Jurisprudence citée par la Cour

W. c. Royaume-Uni, arrêt du 8 juillet 1987, série A n° 121

Lüdi c. Suisse, arrêt du 15 juin 1992, série A n° 238

John Murray c. Royaume-Uni, arrêt du 8 février 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-I

Saunders c. Royaume-Uni, arrêt du 17 décembre 1996, *Recueil* 1996-VI

(...)

EN FAIT

La requérante [M^{me} L.] est une ressortissante britannique née en 1970 et domiciliée à Manchester. Devant la Cour, elle est représentée par le cabinet Green & Co., *solicitors* à Manchester.

Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par les parties, peuvent se résumer comme suit.

A. Les circonstances de l'espèce

La requérante est la mère de deux enfants, E.L. et C.L., nés respectivement le 1^{er} mai 1990 et le 11 décembre 1991. Le 16 janvier 1993, E.L. fut admise dans un état grave à l'hôpital pour enfants de Booth Hall, à Manchester, après avoir ingéré une quantité indéterminée de méthadone. Elle survécut.

A l'époque de cet incident, tant la requérante que le père des enfants étaient fichés comme héroïnomanes. On leur avait prescrit à tous les deux de la méthadone comme produit de substitution. La police et le conseil municipal de Manchester, l'autorité locale chargée de la protection de l'enfance, enquêtèrent sur l'incident. La requérante expliqua que sa fille avait ingéré la méthadone par accident. La police la soupçonna d'avoir délibérément administré le produit à l'enfant, qui avait mal aux dents et qu'elle n'arrivait pas à calmer, afin de la faire dormir, mais estima que les preuves étaient insuffisantes pour engager des poursuites.

Le conseil municipal de Manchester (« le conseil ») engagea une procédure de prise en charge en vertu de la loi de 1989 sur les enfants et, le 22 janvier 1993, obtint de la *Magistrates' Court* de Manchester City qu'elle ordonnât une mesure de protection d'urgence concernant les enfants. Le 29 janvier 1993, après que l'affaire eut été déférée au *County Court* de Manchester, le conseil obtint une ordonnance de prise en charge provisoire qui fut renouvelée par la suite jusqu'à l'émission d'une ordonnance définitive le 27 juillet 1994.

Le 6 mai 1993, la requérante, par l'intermédiaire de ses conseillers juridiques, demanda au tribunal l'autorisation, en vertu de l'article 4.23 du règlement de 1991 sur les procédures relatives à la vie familiale (*Family Proceedings Rules* 1991), de communiquer à un expert les documents de procédure, qui comprenaient le dossier d'hospitalisation de E.L., en vue de l'élaboration d'un rapport sur la consommation de méthadone par la petite fille. Le juge-greffier (*district judge*) émit une ordonnance aux termes de laquelle :

« Les parents sont autorisés à communiquer à un médecin expert les documents de procédure aux fins de l'élaboration d'un rapport concernant la fréquence de la consom-

mation de méthadone par [E.L.]. Ce rapport sera divulgué à toutes les parties. Il doit être remis avant le 27 mai 1993. »

L'ordonnance était conforme à la pratique générale relative à la communication des expertises alors en vigueur devant le *County Court* dans le cadre des procédures de prise en charge d'enfants, pratique qui fut ultérieurement entérinée par la Cour d'appel (*Court of Appeal*) dans l'affaire *Oxfordshire County Council v. M.* (1994, *Fam.*, p. 151). En vertu de cette ordonnance, le rapport, lorsqu'il serait produit, devait être mis à disposition de toutes les parties à la procédure ainsi que du tuteur *ad litem* à des fins de consultation et de photocopie.

La requérante, par l'intermédiaire de ses conseillers juridiques, demanda à un expert en pathologie clinique, le D^r F. d'élaborer un rapport. Celui-ci reçut pour instruction de donner un avis sur la question de savoir si, à la lumière du dossier d'hospitalisation dont la divulgation avait été autorisée par le tribunal, l'ingestion de méthadone par l'enfant avait constitué un incident isolé ou s'inscrivait dans une série de tels incidents. Dans son rapport daté du 10 août 1993, le D^r F. conclut que rien n'indiquait une accoutumance à la méthadone mais, outrepassant son mandat, exprima des doutes quant à la version des faits donnée par la requérante à la police.

Le rapport fut remis au *County Court* conformément à l'ordonnance rendue le 6 mai 1993 par le juge-greffier. A ce moment-là, bien que le rapport ne fût pas favorable aux intérêts de leur cliente et tendît à l'incriminer, les avocats de la requérante ne firent pas appel contre l'ordonnance ni ne demandèrent à ce que sa teneur fût modifiée.

Le 27 juillet 1994, le tribunal, sur la base d'un accord entre les parties, rendit une ordonnance octroyant la garde des deux enfants au père et un droit de visite à la requérante, sous la surveillance du conseil.

Lorsque la police apprit l'existence du rapport et le fait qu'il tendait à incriminer la requérante, elle demanda au *County Court* d'ordonner que le rapport lui fût communiqué. Le 1^{er} juillet 1994, l'affaire ayant été déferée pour décision à la *High Court*, le juge Bracewell rendit une ordonnance autorisant la divulgation du rapport à la police. La requérante fit appel de l'ordonnance, faisant valoir que i. le rapport était protégé par le secret professionnel de la défense ; ii. sa divulgation porterait atteinte à son droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination ; et iii. le juge-greffier avait abusé de son pouvoir discrétionnaire en autorisant la divulgation du rapport. La requérante fut déboutée le 14 mars 1995 par la Cour d'appel, qui lui refusa l'autorisation de saisir la Chambre des lords. Le 22 mai 1995, celle-ci autorisa l'intéressée à se pourvoir devant elle. Le 21 mars 1996, par une majorité de trois voix contre deux, la Chambre des lords rejeta le pourvoi de la requérante (voir les motifs de cette décision dans la partie « Le droit et la pratique internes pertinents »).

A la suite d'une conférence pour la protection de l'enfance, le nom des enfants fut effacé de la liste des enfants à risque en juin 1995 ; à cette

époque, on rapporta qu'ils menaient une vie heureuse chez leur père. L'ordonnance de surveillance expira en juillet 1995 et le conseil depuis lors, n'est plus impliqué dans cette affaire.

Selon le Gouvernement, le service des poursuites de la Couronne (*Crown Prosecution Service*) décida, à la lumière du rapport d'expertise et d'autres dépositions recueillies par la police, de ne pas poursuivre la requérante pour manque de preuves à charge.

B. Le droit et la pratique internes pertinents

Le droit relatif au secret professionnel de la défense et à la confidentialité des éléments relatifs à un litige a été analysé en détail par la Chambre des lords lorsqu'elle a rendu son arrêt en l'espèce. Lord Jauncey, en prononçant l'arrêt de la majorité, a notamment exposé le raisonnement suivant :

« [Divers jugements ont] tous souligné le rôle important que joue la confidentialité des éléments relatifs au litige pour l'équité d'une procédure accusatoire. Cela soulève la question de savoir si la procédure prévue par [la loi de 1989 sur les enfants] est ou non de nature essentiellement accusatoire. Dans l'affirmative, la confidentialité des documents relatifs au litige doit continuer à jouer son rôle normal. Dans le cas contraire, différents facteurs peuvent entrer en ligne de compte.

Je souscris à l'avis du président [de la *Family Division*] selon lequel une procédure de prise en charge a un caractère essentiellement non accusatoire. Eu égard à cette conclusion et au fait que la confidentialité des éléments relatifs au litige est avant tout un produit de la procédure accusatoire, il s'ensuit que notre Cour a toute latitude pour trancher la question de savoir quel rôle éventuel cette confidentialité doit jouer dans une procédure de prise en charge.

Avant que [le docteur F.] puisse élaborer un rapport, il était nécessaire, en vertu de l'article 4.23 [du règlement de 1991 sur les procédures relatives à la vie familiale], d'obtenir du juge-greffier l'autorisation de lui communiquer les documents de procédure. Il apparaît que son rapport se fonde entièrement sur le dossier d'hospitalisation et rien n'indique qu'il ait eu le moindre contact avec la [requérante]. Par conséquent, tous les éléments auxquels il a eu accès étaient déjà à la disposition de l'ensemble des parties. (...)

Toutefois, dans une telle procédure, qui est essentiellement une procédure d'enquête à caractère non accusatoire, la notion de procès équitable entre les parties adverses revêt beaucoup moins d'importance que dans le cas d'une procédure accusatoire, où le juge doit trancher l'affaire en faveur de l'une ou l'autre des parties en fonction des éléments de preuve qu'elles choisissent de produire, même s'il aurait souhaité disposer d'autres éléments sur tel ou tel point. Dans le premier cas, le but du magistrat est de rendre une décision dans l'intérêt de l'enfant en question, et il peut émettre des ordonnances qui ne sont sollicitées par aucune des parties à la procédure (articles 10 § 1 b), 31 § 5, 34 § 5 [de la loi de 1989 sur les enfants]). En outre, le juge a des pouvoirs étendus en vertu de l'article 4.11 alinéas 9 et 10 [du règlement de 1991 sur les procédures relatives à la vie familiale] s'agissant de demander au tuteur *ad litem* d'obtenir des expertises ou une autre forme d'assistance. Le juge cherche donc à parvenir à une décision qui sera la

meilleure pour les intérêts de quelqu'un qui n'est pas directement partie, et dispose pour ce faire de pouvoirs d'enquête. Dans ces conditions, j'estime que la procédure de prise en charge prévue au chapitre IV [de la loi de 1989 sur les enfants] s'éloigne tellement des procédures normales que la confidentialité des éléments relatifs au litige n'a pas sa place s'agissant des rapports obtenus par une partie, qui n'auraient pas pu être élaborés sans l'autorisation du juge de divulguer des documents déjà produits ou d'interroger l'enfant. Pour parvenir à cette conclusion, j'attache une importance considérable à l'opinion suivante [du président de la *Family Division*] exposée dans l'affaire du Oxfordshire (...):

« Si l'une des parties, après avoir obtenu l'autorisation du tribunal, pouvait dissimuler ou ne pas soumettre à celui-ci des questions importantes ou pertinentes pour l'avenir de l'enfant, cela risquerait de desservir les intérêts de celui-ci, contrairement à ce que requiert la loi de 1989 sur les enfants. »

J'ajouterais que si la confidentialité des éléments relatifs au litige devait s'appliquer au rapport du docteur F., elle pourrait avoir pour effet de subordonner le bien-être de l'enfant à l'intérêt de la partie appelante à préserver sa confidentialité, ce qui, semble-t-il, irait à l'encontre de l'objet principal de la loi.

(...) Le mieux est de considérer que la confidentialité des éléments relatifs au litige n'est jamais présumée plutôt que de dire que le juge a le pouvoir de passer outre. Le libellé et l'objet général de la loi impliquent nécessairement, par déduction, l'exclusion de cette confidentialité. Cela bien entendu ne concerne pas le secret des relations entre un *solicitor* et son client. (...)

Lorsqu'on demande à une juridiction de rendre une ordonnance de divulgation dont l'exécution risque d'amener le défendeur à contribuer à sa propre incrimination, elle ne doit pas émettre une ordonnance produisant un tel résultat (...) Tel n'était toutefois pas le cas. Lorsque la partie appelante a sollicité l'ordonnance du 6 mai 1993, le juge-greffier n'avait aucune raison de supposer que le rapport en question pourrait incriminer la personne qui le demandait. Dès lors, il ne saurait être critiqué pour avoir ordonné la divulgation du rapport à l'ensemble des parties. Ce n'est que lorsque le rapport a été communiqué qu'il s'est avéré qu'il pouvait avoir pour effet d'incriminer [la requérante], et c'est à ce stade que celle-ci a été pour la première fois en mesure de faire valoir la confidentialité des éléments relatifs au litige en sollicitant la modification de la partie de l'ordonnance qui exigeait la production du rapport. En l'occurrence, elle a produit le rapport sans prendre aucune mesure pour faire valoir son droit à la confidentialité. Dès lors, [la requérante] a volontairement engagé le processus, n'a pas contesté l'ordonnance lorsque celle-ci a été émise et s'y est conformée sans demander à ce qu'elle fût modifiée, bien que le caractère défavorable à ses intérêts du rapport fût alors devenu apparent. »

Lord Nicholls, au nom de la minorité, exposa notamment les motifs suivants :

« (...) Le terme accusatoire a une connotation de confrontation et de conflit. Dans l'idéal, ces caractéristiques n'ont pas leur place dans une procédure relative à la vie familiale. Dans une telle procédure, toutes les parties devraient travailler ensemble pour aider le tribunal à trouver la solution qui répondra au mieux aux intérêts de l'enfant. En pratique, les choses ne sont pas si simples. Un père accusé d'avoir commis des abus sexuels sur sa belle-fille cherchera à protéger sa propre réputation ainsi que sa vie familiale. On peut difficilement le blâmer de considérer la procédure comme n'étant pas

moins conflictuelle et accusatoire que toute autre procédure civile. Cette caractéristique ne permet guère, voire pas du tout, de résoudre la question qui se pose en l'es-pèce.

Au fond, la réponse à cette question est liée à celle de savoir quelles sont les exigences tenant à l'équité du procès dans la conduite d'une instance relative à la vie familiale. Dans ce contexte, l'opposition entre les besoins de nature inquisitoire et ceux de caractère accusatoire nécessite d'être nuancée, pour au moins deux raisons. Premièrement, cette opposition suggère que la procédure est soit complètement accusatoire soit complètement inquisitoire. Elle procède entièrement de l'un de ces deux caractères ou entièrement de l'autre. Tel n'est pas toujours le cas. Une action peut avoir des particularités de nature accusatoire et certaines caractéristiques inquisitoires. Les procédures relatives à la vie familiale en sont un exemple.

Deuxièmement, et plus important, cette opposition ne peut que trop facilement détourner l'attention de la question déterminante. L'équité est une exigence universelle pour la conduite de toute forme d'instance, tant inquisitoire qu'accusatoire, bien que les exigences d'équité varient largement d'un type de procédure à l'autre. Ces exigences dépendent de questions telles que la nature de la procédure, son objet, les règles régissant la conduite de l'instance, les parties impliquées, la composition du tribunal, et les conséquences de la décision. La distinction entre le caractère accusatoire ou la nature inquisitoire d'une procédure n'est pas plus importante que ces autres facteurs, bien qu'elle constitue parfois un élément capital. La question cruciale n'est pas de déterminer si et dans quelle mesure la procédure est inquisitoire ou accusatoire, mais de savoir quels sont les éléments requis pour qu'elle soit conduite équitablement.

Les procédures relatives à la vie familiale sont des instances judiciaires. Le tribunal doit prendre des décisions qui ont une incidence, quelquefois profonde, sur tout l'avenir d'un enfant et celui de sa famille. Le cas échéant, le tribunal procède à des constatations de fait. Il va sans dire que les parties à de telles procédures ont droit à un procès équitable. Quelles que soient les exigences d'équité dans d'autres contextes, dans ce cadre, un procès équitable implique au moins le droit de présenter ses moyens de défense et de citer des témoins.

En droit anglais, un élément reconnu de ce droit est le secret professionnel de la défense. Les parties qui se préparent à une audience peuvent obtenir un avis juridique confidentiel. On ne peut exiger d'une partie qu'elle révèle les communications entre elle-même et son avocat, ou entre l'avocat et des tiers, qui ont pour but d'obtenir un avis juridique relatif à la procédure. Les documents rapportant des témoignages ne peuvent être divulgués. La même règle vaut pour un rapport obtenu d'un témoin potentiel ayant une certaine expertise. On peut exiger à l'avance d'une partie qu'elle produise la déposition d'un témoin ou le rapport d'un expert en tant que condition préalable à l'admissibilité de cet élément de preuve à l'audience, mais elle n'est pas tenue de divulguer les documents rapportant les propos de témoins qu'elle n'a pas l'intention de citer à comparaître à l'audience. L'intérêt public d'une partie à pouvoir obtenir un avis juridique éclairé et confidentiel prévaut sur l'intérêt public à ce que les tribunaux disposent de tous les éléments pertinents pour décider d'une affaire.

Je ne vois pas pourquoi les parties à une procédure relative à la vie familiale auraient moins le droit de bénéficier d'un procès équitable présentant ces caractéristiques et garanties que des parties à d'autres instances judiciaires. En effet, il est douteux qu'un parent qui n'a pas la possibilité d'obtenir un avis juridique confidentiel bénéficie du procès équitable auquel il a droit en vertu de l'article 6 § 1 combiné avec l'article 8 de la

Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.

(...) Un expert peut être contraint de déposer sur une question dans le cadre de la procédure, même s'il a déjà communiqué un rapport confidentiel à une partie qui a décidé de produire ce rapport en tant que moyen de preuve. Je dois à présent répondre à l'argument consistant à dire que cela étant, le fait d'imposer une condition procède d'une gestion saine et intelligente des affaires. En imposant cette condition, le tribunal ne fait rien de plus que parvenir par une voie commode et rapide à un résultat qu'il aurait atteint de toute façon : la production du témoignage d'un expert sur une question pendant la procédure.

J'admettrais l'argument s'il s'agissait du seul effet d'une condition de divulgation. En pratique toutefois, une telle condition peut avoir un effet inhibiteur sur les communications entre le *solicitor* et l'expert. Le rapport d'un expert doit généralement être lu à la lumière de la lettre de mandat. Le *solicitor* regardera toujours par-dessus son épaule, conscient qu'il est en train d'écrire une lettre « publique » et non confidentielle. L'expert devra se borner strictement à traiter la question pour laquelle son avis est obligatoire, et non outrepasser son mandat, car son rapport perdrait alors son caractère confidentiel pour devenir public. Cela constituerait une restriction significative à la liberté et la franchise de la communication confidentielle que le secret professionnel de la défense vise à garantir. Pour cette raison, une condition de divulgation va au-delà d'une demande normale de preuves.

Cet inconvénient n'est pas compensé par le fait de donner à une partie l'autorisation de saisir de nouveau le tribunal et de demander la levée de la condition de divulgation après l'élaboration du rapport, puisqu'il ne peut y avoir aucune certitude que cette condition sera levée. Ainsi, au stade antérieur de la production du rapport, les inhibitions tenant à la liberté de communication seraient toujours présentes.

[Le conseil de la requérante] a expliqué à cette Cour que la pratique actuelle est source d'angoisse considérable pour les parents. Je veux bien le croire. Des problèmes peuvent se poser lorsqu'on lève la confidentialité des communications nécessaires à une partie pour se préparer convenablement à un procès. Je ne pense pas que la pratique actuelle puisse être considérée comme satisfaisante. »

GRIEFS

1. Invoquant l'article 6 § 1 de la Convention, la requérante se plaint :
 - a) de ne pas avoir bénéficié d'un procès équitable en ce que son droit de demander à un expert d'élaborer un rapport a été soumis à une condition de divulgation de ce rapport, ce qui l'a contrainte à choisir entre commander le rapport, en renonçant par là-même aux droits dont bénéficie normalement tout demandeur, à savoir le secret professionnel de la défense et le droit de ne pas s'incriminer soi-même, et ne pas commander le rapport, au détriment de ses possibilités de recueillir un avis et de préparer sa défense ;
 - b) que l'ordonnance en vertu de laquelle le rapport a été divulgué à la police était de nature à porter atteinte à son droit de ne pas contribuer à

sa propre incrimination et à son droit à un procès équitable quant à toute accusation pénale pouvant être dirigée contre elle.

2. La requérante se plaint que l'obligation de divulguer le rapport s'analyse en une ingérence dans sa vie privée et familiale au regard de l'article 8 § 1 de la Convention, qui n'est pas justifiée au regard du paragraphe 2 de cet article.

PROCÉDURE

La requête a été introduite devant la Commission européenne des Droits de l'Homme (« la Commission ») le 16 septembre 1996 et enregistrée le 18 décembre 1996.

Le 11 septembre 1997, la Commission a décidé de communiquer la requête au Gouvernement.

Ce dernier a présenté ses observations écrites le 21 novembre 1997. La requérante y a répondu le 6 février 1998.

Le 21 janvier 1998, la Commission a admis la requérante au bénéfice de l'assistance judiciaire.

Le 1^{er} novembre 1998, en application de l'article 5 § 2 du Protocole n° 11 à la Convention, l'affaire a été transmise à la Cour.

EN DROIT

1. La requérante se plaint sur le terrain de l'article 6 § 1 de la Convention d'avoir été soumise à une obligation de divulguer le rapport d'un expert qu'elle avait commandé dans le cadre d'une procédure de prise en charge d'un enfant, et que ce rapport a également été divulgué à la police hors du cadre de la procédure, en violation de son droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination.

L'article 6 § 1, en ses dispositions pertinentes, se lit ainsi :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal (...) qui décidera (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...) »

a) Quant à l'allégation de la requérante selon laquelle la condition de divulgation a frappé d'iniquité la procédure de prise en charge, le Gouvernement affirme que la considération essentielle dans cette procédure a été le bien-être de l'enfant et que l'intéressée ne peut pas faire valoir un droit à la confidentialité des rapports d'expertise puisque cela subordonnerait l'intérêt de l'enfant au sien propre. Le rapport ne contenait en fait aucun élément confidentiel et, dans tous les cas, l'expert aurait pu être assigné à comparaître en tant que témoin et aurait été tenu de

répondre à toutes les questions sur l'opinion qu'il s'était formée après avoir lu le dossier d'hospitalisation.

Selon la requérante, le rapport était nécessaire pour réfuter l'allégation présentée pendant la procédure selon laquelle l'enfant avait régulièrement ingéré de la méthadone. Elle prétend que les tribunaux étaient tenus par la jurisprudence sur la divulgation et qu'il aurait été vain de former un recours contre la condition de divulgation dans le cadre de la procédure de prise en charge elle-même. La possibilité de solliciter la levée de la condition de divulgation après l'établissement du rapport n'avait aucun intérêt en l'espèce puisque la requérante, avant de commander le rapport, ne pouvait être certaine que sa demande de levée serait accueillie. L'expert ayant exprimé un avis sur des questions que la requérante n'avait pas invoquées, il n'y avait en fait aucun moyen de prévoir ces difficultés. La requérante souligne que le principe de la divulgation, tel qu'il a été appliqué dans la procédure de prise en charge, signifiait qu'elle était obligée de choisir, soit de se défendre convenablement dans le cadre de la procédure de prise en charge, compromettant ainsi sa position dans le cadre d'une éventuelle enquête criminelle, soit de se prémunir contre la divulgation aux autorités de poursuites d'éléments à sa charge, et sacrifier alors ses possibilités de contester les allégations faites à son encontre dans la procédure de prise en charge.

La Cour rappelle que la recevabilité des preuves relève au premier chef des règles du droit interne – cela vaut pour les questions relatives à la divulgation par les parties de leurs moyens de preuve et les catégories de documents dont on peut demander la confidentialité. La tâche de la Cour consiste à rechercher si la procédure envisagée dans son ensemble, y compris le mode de présentation des moyens de preuve, revêt un caractère équitable (voir, par exemple, l'arrêt *Lüdi c. Suisse* du 15 juin 1992, série A n° 238, p. 20, § 43).

La Cour constate que dans le cadre de la procédure relevant de la loi sur les enfants, la règle concernant la divulgation des expertises s'est appliquée à l'ensemble des parties, qui connaissaient cette condition. Alors que la requérante prétend avoir été placée dans une position intenable consistant à choisir de risquer ou non, à la lumière de cette exigence, de recueillir l'avis d'un expert, la Cour observe que les autres parties à la procédure auraient également eu à faire face à ce dilemme. En l'espèce, l'intéressée a choisi de demander le rapport d'un expert, qui contenait un avis défavorable sur un point. Considérant que la requérante, qui avait un représentant légal, aurait pu, si elle l'avait souhaité, rechercher d'autres éléments de preuve pour contrebalancer l'effet de cette remarque ou présenter tout moyen pertinent concernant la crédibilité ou l'importance à attacher à cet avis, la Cour n'est pas convaincue qu'elle a été privée d'une possibilité appropriée ou convenable de présenter sa défense. Elle n'a pas non plus été mise dans une position moins

favorable que toute autre partie à la procédure. En outre, puisque la requérante a accepté l'ordonnance définitive à l'issue de la procédure, la Cour n'est pas en mesure d'examiner si le tribunal a d'une manière ou d'une autre apprécié de façon arbitraire ou déraisonnable les preuves produites devant lui.

La Cour conclut que l'obligation imposée à la requérante de divulguer le rapport de l'expert ne l'a pas empêchée de bénéficier d'un procès équitable dans le cadre de cette procédure, considérée dans son ensemble. Dès lors, ses griefs doivent être rejetés pour défaut manifeste de fondement au sens de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

b) Quant à l'allégation de la requérante selon laquelle la divulgation a porté atteinte à son droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, le Gouvernement prétend qu'il ne pouvait pas y avoir violation de ce droit puisqu'aucune procédure pénale n'a en fait été engagée, et souligne que même si tel avait été le cas, l'intéressée aurait pu demander à ce moment-là que le rapport ne fût pas admis comme preuve. Il fait valoir également que la requérante aurait pu contester la condition de divulgation imposée par le tribunal lorsqu'il l'a autorisée à communiquer des éléments confidentiels à un expert. Dès lors, l'on peut considérer que l'intéressée a renoncé à présenter toute exception à cet égard. Puisqu'il apparaît que l'expert s'est fondé uniquement sur le dossier d'hospitalisation sans interroger la mère, il n'y avait pas non plus de problèmes tenant à des informations qui lui auraient été révélées par la requérante et qui n'auraient pas été communiquées jusque-là.

La requérante souligne que la police a demandé à avoir accès au rapport dans le cadre d'une procédure pénale et qu'elle court toujours le risque d'être inculpée et jugée à l'avenir puisqu'il n'y a pas de délai de prescription en l'espèce. Dans tous les cas, jusqu'à ce que le service des poursuites de la Couronne décide de classer l'affaire (décision dont la date n'a pas été communiquée à la requérante), l'intéressée risquait d'être poursuivie et inculpée au pénal. Même si l'admission du rapport comme moyen de preuve pouvait être contestée au cours d'un procès, cette question relève du pouvoir discrétionnaire du juge et il n'y a pas de précédent connu sur l'application de ce pouvoir discrétionnaire en pareil cas.

La Cour observe que si elle a déclaré que le droit de ne pas s'incriminer soi-même était compris dans la notion de procédure équitable garantie par l'article 6 § 1 de la Convention (arrêt *John Murray c. Royaume-Uni* du 8 février 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-I, p. 49, § 45), les affaires dans lesquelles ce droit était considéré comme un élément pertinent concernaient des procédures pénales. En l'espèce, elle estime que la divulgation obligatoire d'un rapport d'expert défavorable dans le cadre d'une procédure de prise en charge d'enfants ne soulève aucune question relative au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination qui se distinguerait des considérations générales d'équité examinées ci-dessus.

Quant aux griefs de la requérante selon lesquels le rapport a été divulgué à la police pour qu'elle décide s'il fallait ou non engager une procédure pénale, la Cour relève qu'aucune procédure de ce type n'a en fait été instituée. Elle n'aperçoit aucune raison de douter de l'affirmation du Gouvernement selon laquelle le service des poursuites de la Couronne a décidé que les éléments de preuve étaient insuffisants pour engager des poursuites. Considérant que plus de six ans se sont à présent écoulés depuis l'incident en question, le risque invoqué par la requérante qu'une décision de poursuivre soit prise à l'avenir semble hypothétique à la Cour.

Toutefois, à supposer même que les mesures préliminaires prises par la police dans le cadre de l'enquête aient fait tomber la requérante sous le coup d'une « accusation en matière pénale » mettant en jeu les garanties de l'article 6 § 1, la Cour estime que l'obligation de produire une expertise doit se distinguer de l'obligation imposée à un accusé de témoigner à sa charge. Comme la Cour l'a dit dans l'affaire Saunders (arrêt Saunders c. Royaume-Uni du 17 décembre 1996, *Recueil* 1996-VI, pp. 2064-2065, § 69), le droit de ne pas s'incriminer soi-même concerne en premier lieu le respect de la détermination d'un accusé de garder le silence mais ne s'étend pas à l'usage, dans une procédure pénale, de données que l'on peut obtenir de l'accusé en recourant à des pouvoirs coercitifs mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect (par exemple des documents, ou des prélèvements d'haleine, de sang, d'urine et de tissus corporels). En ce sens, l'obligation de produire l'expertise défavorable n'a pas emporté violation du droit de la requérante de ne pas contribuer à sa propre incrimination. La Cour constate que l'expert n'a pas interrogé la requérante ni ne s'est entretenu avec elle ; il n'a donc rapporté aucune confidence de celle-ci, mais s'est fondé uniquement sur le dossier d'hospitalisation.

Dès lors, la Cour estime que les griefs de la requérante à cet égard ne révèlent aucune violation de l'article 6 § 1 de la Convention et doivent être rejetés pour défaut manifeste de fondement, au sens de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

2. La requérante prétend que la divulgation du rapport a également porté atteinte à son droit au respect de sa vie familiale, en violation de l'article 8 de la Convention qui, en ses dispositions pertinentes, se lit ainsi :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie (...) familiale (...)

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

La Cour relève que la procédure en question portait notamment sur les questions du droit de visite et du droit de garde concernant l'enfant de la

requérante et que, dans la mesure où cette instance résultait de la décision du tribunal de rejeter les demandes d'octroi de la garde présentées par la requérante, on peut considérer qu'elle révèle une ingérence dans le droit de la requérante au respect de sa vie familiale au sens de l'article 8 § 1 de la Convention.

Quant à savoir si l'ingérence se justifiait ou non au regard du second paragraphe de cet article, la Cour estime que la décision a été prise par un tribunal compétent et visait à défendre les intérêts de l'enfant – ce que la requérante ne conteste pas. La seule question qui se pose est celle de savoir si les intérêts de la requérante, en tant que mère de l'enfant, ont été protégés dans le processus décisionnel suivi en l'espèce, en particulier à la lumière de l'obligation de divulguer l'expertise défavorable. La jurisprudence de la Cour établit que si l'article 8 ne renferme aucune condition explicite de procédure, lorsque des décisions risquent d'avoir un effet radical sur les relations entre un parent et son enfant et peuvent se révéler irréversibles, cela entraîne un besoin particulier de protection contre les ingérences arbitraires. Dans une affaire dans laquelle il était allégué que l'autorité locale n'avait pas consulté les parents d'un enfant qu'elle avait pris en charge avant de prendre des décisions cruciales pour son avenir, la Cour s'est exprimée ainsi :

« Il échet dès lors de déterminer, en fonction des circonstances de chaque espèce et notamment de la gravité des mesures à prendre, si les parents ont pu jouer dans le processus décisionnel, considéré comme un tout, un rôle assez grand pour leur accorder la protection requise de leurs intérêts. Dans la négative, il y a manquement au respect de leur vie familiale et l'ingérence résultant de la décision ne saurait passer pour « nécessaire » au sens de l'article 8. » (arrêt W. c. Royaume-Uni du 8 juillet 1987, série A n° 121, pp. 28-29, § 64)

En l'espèce, la Cour rappelle que la requérante, qui avait été accusée d'avoir administré de la méthadone à sa fille, a été autorisée par le tribunal à soumettre des documents de procédure à un expert aux fins d'obtenir un rapport sur les aspects médicaux de l'affaire. Elle relève que conformément à l'ordonnance de divulgation, l'intéressée était dans l'obligation de divulguer ce rapport même si, comme tel fut le cas, il se révélait contenir un élément défavorable à sa défense – en l'occurrence, le médecin, tout en déclarant dans son rapport que rien ne prouvait que l'enfant avait régulièrement ingéré de la méthadone, a ajouté qu'à son avis, la version de la requérante selon laquelle l'enfant avait ingéré de la méthadone par accident et en une seule occasion donnait lieu à des doutes. Dans la procédure qui s'est ensuivie concernant la confidentialité qui s'attachait ou aurait dû s'attacher à de telles expertises, les tribunaux internes ont souligné que la procédure relevant de la loi sur les enfants avait pour objet principal le bien-être de l'enfant et que les aspects d'enquête, de nature non accusatoire, primaient. Dès lors, tout élément pertinent pour l'avenir de l'enfant devait être produit.

La Cour reconnaît l'importance du bien-être de l'enfant concerné dans les affaires relatives à des mineurs. Toutefois, cela ne doit pas empêcher un parent de participer effectivement au processus décisionnel concernant son enfant. Elle observe que la condition de divulgation dans cette procédure s'appliquait potentiellement à l'ensemble des parties ou aurait pu, en d'autres circonstances, opérer en faveur de la requérante. Celle-ci avait en outre la possibilité de demander à recueillir d'autres éléments pour contrebalancer l'opinion du médecin. Elle était représentée par un *solicitor* et un avocat et aurait pu présenter tout argument pertinent sur la crédibilité de l'avis de ce médecin ou l'importance à y attacher. En l'espèce, la requérante a consenti à une ordonnance octroyant la garde au père de sa fille, et il n'apparaît pas qu'elle ait tenté de défendre plus avant sa position au cours de la procédure. Dans ces conditions, il est impossible d'apprécier si le passage défavorable du rapport aurait ou non joué un rôle significatif ou disproportionné dans la décision du tribunal.

Dès lors, la Cour estime qu'il n'a pas été démontré que la condition de divulgation relative à l'expertise a privé la requérante d'une possibilité satisfaisante ou suffisante de protéger ses intérêts. Il échet de considérer que toute ingérence éventuelle est compatible avec les exigences de l'article 8 § 2 de la Convention, notamment « la protection de la santé ou de la morale » et « la protection des droits et libertés d'autrui » s'agissant de la fille de la requérante.

Il s'ensuit que cette partie de la requête doit également être rejetée pour défaut manifeste de fondement, conformément à l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

Déclare la requête irrecevable.

VERNON v. THE UNITED KINGDOM
(*Application no. 38753/97*)

THIRD SECTION¹

DECISION OF 7 SEPTEMBER 1999²

1. Sitting as a Chamber composed of Mr J.-P. Costa, *President*, Sir Nicolas Bratza, Mr L. Loucaides, Mr P. Kūris, Mr W. Fuhrmann, Mr K. Jungwiert, Mr K. Traja, *judges*, and Mrs S. Dollé, *Section Registrar*.

2. English original. Extracts.

SUMMARY¹**Disclosure of adverse expert opinion obtained by party in separate proceedings****Article 6 § 1**

Fair hearing – Civil proceedings – Disclosure – Expert medical opinion – Disclosure of adverse expert opinion obtained by party in separate proceedings

*
* *

The applicant witnessed the drowning of two of his children when the car they were in went into a river. He subsequently showed symptoms of post-traumatic stress disorder, which had serious effects on his professional and private life. He instituted a personal injury action against the driver of the vehicle. Two medical experts gave a pessimistic prognosis with regard to the health of the applicant, who was awarded damages of over 1,300,000 pounds sterling (GBP). In the meantime, the applicant had applied for a residence order in respect of his other children. On his instructions, the same two experts prepared reports on his state of mental health for use in these proceedings; their prognosis was more positive, one of the experts suggesting that the applicant was no longer suffering from mental health problems. The reports were sent anonymously to counsel for the defendants in the personal injury proceedings, which were pending on appeal, and in the light of the reports the defendants applied for the appeal to be listed for rehearing. They also applied for discovery of the medical reports and evidence given in the family proceedings. After initially resisting the application for disclosure, the applicant waived any privilege covering them in view of a recent decision of the House of Lords. The applicant called as a witness the expert who had suggested that he was no longer suffering from mental health problems. He maintained that he felt compelled to do so although it did not serve his interests. The Court of Appeal reduced the award of damages to just over GBP 600,000, on the ground that the applicant had made a substantial recovery.

Held

Article 6 § 1: The calling of the expert as a witness in the personal injury proceedings to counter the effects of the report prepared by the expert for the family proceedings had to be regarded as a tactical decision taken by the applicant in pursuance of what he perceived to be his best interests. The fact that the report was adverse did not make the trial as a whole unfair. The applicant was able to call the expert before the appeal court in order to seek any explanations and clarifications of the report which might be in his favour. Moreover, the report was not the only material which indicated that his state of health had improved and the appeal

1. This summary by the Registry does not bind the Court.

court did not lay exclusive or arbitrary weight on this element. Taken in the context of the proceedings as a whole, any requirement, legal or tactical, imposed on the applicant to produce the report and call the expert as a witness did not render the proceedings unfair or deprive the applicant of an effective opportunity to present his case: manifestly ill-founded.

Case-law cited by the Court

Lüdi v. Switzerland, judgment of 15 June 1992, Series A no. 238

L. v. the United Kingdom (dec.), no. 34222/96, ECHR 1999-VI

...

THE FACTS

The applicant [Mr Peter Vernon] is a British national who was born in 1942 and lives in Gloucestershire. He was represented by Messrs Osbourne Clarke, solicitors practising in Bristol.

The facts of the case, as submitted by the applicant, may be summarised as follows.

In 1982 the applicant witnessed the tragic death by drowning of his two young children when the car they were in, driven by their nanny, went into a river. The applicant had previously experienced some psychological instability in his life, but, following the accident, he began to manifest symptoms of post-traumatic stress disorder. From being a successful businessman, he became unemployable, and the relationship with his wife broke down. In October 1993, they were divorced.

In August 1985 a writ was issued in an action for damages for personal injury against the driver of the vehicle. The action was set down for trial on the application of the defence. The initial estimate for the length of the trial was six weeks. The trial began on 12 January 1994. After six weeks, the applicant as plaintiff was still giving evidence. He was in the witness-box for thirty days overall. Due to his mental condition, the process of questions and answers was very lengthy, and the estimate for the trial length was revised. There were additionally conflicts with the judge's timetable which required lengthy breaks in the trial and a move in the venue from Cardiff to London.

An application was made by the applicant's representatives in February 1994 to impose time-limits in respect of cross-examination of the applicant. This was refused on the basis that the defence must have every opportunity to present their case, subject to the normal controls. In April 1994 the applicant's expert witnesses, Dr L. and Mr M., gave evidence, essentially stating that the prognosis was not very good, and that the applicant was unlikely ever to be able to work again. On 13 June 1994 Mr Justice Sedley imposed time-limits for the hearing of the remaining witnesses to ensure the trial finished in time. The evidence in the trial, which lasted seventy days, concluded on 14 July 1994. Counsel made their final submissions on 24 and 25 October 1994. The judge, Mr Justice Sedley, did not give his judgment until 30 January 1995, which judgment ran to 262 pages, giving judgment for the applicant in the sum of over 1,300,000 pounds sterling (GBP). Following further submissions of the parties on aspects of social security benefits, interest, costs, stay of execution, time for appeal and the form of order, Mr Justice Sedley gave a further judgment on 10 May 1995.

In August 1994 the applicant had applied for a residence order under the Children Act 1989 in respect of his remaining children. The expert doctors who had given evidence in the personal injury trial were instructed by the applicant to give their views of the state of the applicant's mental health for the purpose of these proceedings. They produced draft reports which gave a more positive prognosis. Mr M.'s report went so far as to suggest that the applicant was no longer suffering from mental health problems. It was sent to the solicitors of the applicant's wife by mistake. The applicant's counsel, on his instructions, applied to the judge in the family matter for the report to be returned on the basis that it had been disclosed without the applicant's authority and that the applicant did not wish to rely on it. The judge ruled that the report was to be admitted in evidence. The applicant has stated that as a result he was obliged to call Mr M. as a witness. Mr M. produced a revised version of his draft report. Dr L., in his oral evidence, stated that he would have to alter the prognosis given previously as the applicant had remained free of depression and his medication had been reduced, such that it was now appropriate to see if it could be further reduced or even stopped. He stated that he had not foreseen this improvement earlier though it was premature to be optimistic. In the applicant's evidence in the family proceedings, he said in a statement of 30 September 1994 that his psychiatric situation had improved dramatically and, in his oral evidence, he did not resile from his descriptions of his improved mental health. On 6 January 1995, the judge in the family matter, Judge McNaught, rejected the applicant's claim for a residence order, though subsequently the applicant's ex-wife agreed that he should have custody of the youngest child.

Concerns had arisen as to the relevance of the medical reports to the imminent decision of Mr Justice Sedley in the personal injury action. The applicant sought the opinion of his Queen's Counsel as to whether the documents needed to be disclosed. He was advised on 16 November 1994 that as the reports were subject to professional privilege they need not be.

The defendants in the personal injury action appealed against the decision of Mr Justice Sedley, and the appeal was heard over twelve days in January and February 1996. A draft judgment of the Court of Appeal was produced on 29 March 1996. It reduced the award of damages to GBP 643,425.59 with interest and costs. Part of the interest awarded by Mr Justice Sedley was deducted (one year) on the basis of the applicant's inordinate delay in the case. When the draft judgments were handed down, however, issues were raised by the parties as to the correct calculation of past and future loss of earnings. These matters were adjourned in the hope that the parties could agree; failing agreement the matter was to be re-argued on those points.

On 17 April 1996 leading counsel for the defendants received anonymously through the post copies of the reports prepared by the applicant's

doctors in the Children Act proceedings. On 30 April 1996 the defendants applied to the Court of Appeal for the appeal to be listed for rehearing, for discovery and inspection of the medical reports and evidence given in the family proceedings. After initially resisting the application for disclosure, on 19 September 1996 the applicant waived any privilege covering the documents in the light of the decision of the House of Lords in *re L (A Minor)(Police investigation: privilege)* [1997] Appeal Cases 16, and in the hope of shortening the proceedings. The reports and transcripts of evidence were placed before the Court of Appeal, which sat on 22 and 23 October and 5 to 8 November 1996. The Court of Appeal agreed to the defendant's application for further evidence to be heard and for Dr L. to be heard as a witness. The applicant called Mr M. as a witness.

The applicant also applied to be allowed to give evidence himself as to his current mental condition, and to call another witness as to the same matter. He asked to be able to produce further evidence from an employment expert regarding loss of earnings, based on the Court of Appeal's findings as to his mental state. The Court of Appeal refused both these applications, giving the following explanation at page 50 of its judgment:

"So far as the Plaintiff is concerned we know what he was saying about his health in October 1994; we also had Dr [L.]'s clinical notes recording the [applicant's] condition at fairly regular intervals since then. The Judge found the [applicant] to be an unsatisfactory and unreliable witness who was compulsively manipulative. There is also abundant evidence from his pre-accident job applications that he was untruthful when it suited his convenience. If [the applicant] had given further evidence it would only have invited further lengthy cross-examinations to show this Court what the Judge had already concluded. We did not think further evidence from him would assist the Court.

As to further evidence from an employment expert, no doubt to be countered by such a person called on behalf of the Defendant and which would in any event have occasioned further delay and expense in this far too protracted litigation, again we did not think this would assist the Court. Such evidence would be unlikely to be sufficiently precise and would be likely to be discursive and speculative depending on the findings of this Court. In my judgment the Court must adopt a broad-brush approach to the question doing the best we can with the material at our disposal."

Judgment was given on 13 December 1996, and the decision of the court, by a majority, was to reduce the award of damages made in favour of the applicant to the sum of just over GBP 600,000. This involved a further reduction in Mr Justice Sedley's award of GBP 60,000 from the sum of future loss of earnings, the sum of general damages was reduced by a further GBP 20,000, and sums for future domestic help and future gardener/handyman reduced from GBP 10,233.60 and GBP 3,952 respectively to nothing. This decision was made on the basis of the finding by the Court of Appeal that the applicant had made a substantial recovery since 1993. While it found that his recovery was not complete and that he would require low-level medication and supportive therapy for the foreseeable

future, it considered that this did not prevent him functioning normally. As regards the issues arising from the disclosure of materials from the family proceedings, one of the appeal court judges observed that “it is simply unconscionable for a litigant to run contradictory cases in simultaneous proceedings in the hope of gaining advantage in each” and another appeal judge noted that, if it was correct that the evidence falsified the assumptions previously made by the trial judge and themselves in the civil proceedings, it would be inequitable and an affront to common sense and justice not to admit it.

The award was however less than the GBP 750,000 paid into court by the defendants, and thus the applicant became liable to pay a substantial amount of costs.

The applicant petitioned for leave to appeal to the House of Lords, which petition was refused on 10 March 1997.

COMPLAINTS

The applicant complained of a number of violations of Article 6 § 1 of the Convention in respect of the personal injury proceedings:

...

3. that the applicant was required to produce the confidential report of **Mr M.** and effectively compelled to call Mr M. before the Court of Appeal as a witness, even though this was against his interest, in violation of his right to a fair trial;

...

THE LAW

The applicant complained of various aspects of the personal injury proceedings, invoking Article 6 § 1 of the Convention.

The relevant part of Article 6 of the Convention reads:

“1. In the determination of his civil rights and obligations ..., everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law ...”

...

4. The applicant further complained that he was required to produce the confidential report of **Mr M.** from the family proceedings, and that he was effectively compelled to call Mr M., as a witness, against his own interests.

The Court recalls that matters concerning the admission of evidence are governed primarily by the rules of domestic law – this includes issues relating to the disclosure by parties of their evidence and the categories of

documents to which privilege may apply. The Court's task is to ascertain whether the proceedings, considered as a whole, including the way in which evidence was submitted, were fair (see, for example, the *Lüdi v. Switzerland* judgment of 15 June 1992, Series A no. 238, p. 20, § 43). It would observe that the guarantees afforded by Article 6 are to be interpreted in light of its underlying purpose of securing the proper administration of justice.

The Court would remark that it was the applicant, on the advice of his lawyers, who waived privilege and obtained the requisite court order to produce the document. The explanation given is that he was forced to do so by a recent decision of the House of Lords in *re L (A Minor)(Police investigation: privilege)* [1997] Appeal Cases 16, a case which was also brought before the Court (see *L. v. the United Kingdom* (dec.), no. 34222/96, ECHR 1999-VI). That case concerned the disclosure of an adverse confidential report obtained for the mother in Children Act proceedings and the effect on the fairness of those proceedings.

In the present application, however, the applicant did not complain of the fairness of the family proceedings but alleged that he was forced to call a witness, Mr M., in his personal injury case to counter the effect of Mr M.'s draft report which formed evidence in the family proceedings. The Court considers however that this must be regarded as a tactical decision taken by the applicant in pursuance of what he perceived to be his best interests. Furthermore, the fact that the expert report was adverse to the applicant, in the sense that it contradicted the evidence previously given by that expert on his behalf, does not make the trial as a whole unfair. He was able to call Mr M. before the appeal court in order to seek any explanations or clarifications of the report which might be in his favour. Also the Court notes that the applicant had a further revised report produced by Mr M. submitted in evidence to supplement the evidence on his behalf. The Court further observes that Mr M.'s report was not the only material before the appeal court, even if it was apparently the most prejudicial, which indicated that the applicant's health had improved and that the prognosis was better than previously expected. Nor in their judgments did the appeal court judges lay exclusive or arbitrary weight upon this element.

Taken in the context of the proceedings as a whole, therefore, the Court does not find that any requirement, legal or tactical, imposed on the applicant to produce Mr M.'s draft report and to call him as a witness rendered the proceedings against him unfair or deprived him of an effective opportunity to present his case. It finds no basis for objecting on grounds of fairness to the approach adopted by the appeal court judges who found that the rules governing disclosure should not be interpreted in such a way as to facilitate the running of contradictory claims in simultaneous proceedings.

Finally, in so far as the applicant appears to rely on a privilege against self-incrimination, the Court observes that no such separate protection exists in civil cases either in the domestic courts or under Article 6 § 1 of the Convention, the matter falling to be considered under the general aspect of fairness examined above.

5. The Court concludes that the applicant's complaints above disclose no appearance of a violation of Article 6 § 1 of the Convention and must be rejected as being manifestly ill-founded pursuant to Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

For these reasons, the Court unanimously

Declares the application inadmissible.

VERNON c. ROYAUME-UNI
(*Requête n° 38753/97*)

TROISIÈME SECTION¹

DÉCISION DU 7 SEPTEMBRE 1999²

1. Siégeant en une chambre composée de M. J.-P. Costa, *président*, Sir Nicolas Bratza, M. L. Loucaides, M. P. Kūris, M. W. Fuhrmann, M. K. Jungwiert, M. K. Traja, *juges*, et de M^{me} S. Dollé, *greffière de section*.

2. Traduction ; original anglais. Extraits.

SOMMAIRE¹**Divulgence d'une expertise défavorable obtenue par une partie dans le cadre d'une procédure distincte****Article 6 § 1**

Procès équitable – Procédure civile – Divulgence – Expertise médicale – Divulgence d'une expertise défavorable obtenue par une partie dans le cadre d'une procédure distincte

*
* *

Le requérant fut témoin de la noyade de ses deux enfants lorsque la voiture dans laquelle ils se trouvaient tomba dans une rivière. Il manifesta par la suite des symptômes de troubles psychiques post-traumatiques qui affectèrent gravement sa vie professionnelle et privée. Il engagea une action en réparation pour dommages corporels contre la conductrice du véhicule. Deux experts médicaux formulèrent un pronostic pessimiste quant à la santé du requérant, qui obtint plus de 1 300 000 livres sterling (GBP) de dommages-intérêts. Dans l'intervalle, l'intéressé avait sollicité une ordonnance de garde concernant ses autres enfants. Dans cette procédure, il chargea les deux mêmes experts d'établir des rapports sur sa condition mentale ; leur pronostic fut plus favorable, l'un d'entre eux estimant que le requérant ne souffrait plus d'aucun trouble psychique. Une personne anonyme adressa ces rapports aux avocats des défendeurs dans l'action en réparation pour dommages corporels, qui était pendante en appel. A la lumière de ces documents, les défendeurs demandèrent à la Cour d'appel de réinscrire l'affaire au rôle. Ils sollicitèrent également la divulgation des rapports médicaux et des éléments de preuve soumis dans le cadre de la procédure relative à la garde. Après s'être d'abord opposé à la demande de divulgation, le requérant renonça à la confidentialité, eu égard à un arrêt récent de la Chambre des lords. Il cita comme témoin l'expert qui avait estimé qu'il ne souffrait plus d'aucun trouble psychique. Le requérant soutient avoir été contraint de citer cet expert, bien que cela fût contraire à ses intérêts. La Cour d'appel ramena l'indemnité à un montant à peine supérieur à 600 000 GBP, compte tenu de l'amélioration sensible de l'état de santé de l'intéressé.

Article 6 § 1 : la citation par le requérant de l'expert en tant que témoin dans le cadre de l'action en réparation pour dommages corporels en vue de contrebalancer les effets du rapport établi par ce même expert dans le cadre de la procédure relative à la garde doit être considérée comme une décision tactique de l'intéressé destinée à servir au mieux ses intérêts. Le fait que le rapport lui fût défavorable ne frappe pas l'ensemble de la procédure d'iniquité. Le requérant a eu la possibilité de citer l'expert devant la Cour d'appel pour obtenir de lui toute explication et

1. Rédigé par le greffe, il ne lie pas la Cour.

précision sur le rapport susceptible de lui être favorable. En outre, ce document n'était pas le seul élément indiquant une amélioration de son état de santé et la Cour d'appel ne s'est pas exclusivement ou arbitrairement fondée sur cet élément. Envisagée dans le contexte de la procédure dans son ensemble, l'obligation, de caractère juridique ou tactique, dans laquelle le requérant s'est trouvé de soumettre le rapport et de citer l'expert comme témoin n'a pas eu pour effet d'entacher la procédure d'iniquité ou de priver l'intéressé d'une véritable possibilité de présenter ses arguments : défaut manifeste de fondement.

Jurisprudence citée par la Cour

Lüdi c. Suisse, arrêt du 15 juin 1992, série A n° 238

L. c. Royaume-Uni (déc.), n° 34222/96, CEDH 1999-VI

(...)

EN FAIT

Le requérant [M. Peter Vernon] est un ressortissant britannique né en 1942 résidant dans le Gloucestershire. Il est représenté par le cabinet de *solicitors* Osbourne Clarke, de Bristol.

Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par le requérant, peuvent se résumer comme suit.

En 1982, le requérant fut témoin du décès tragique par noyade de ses deux jeunes enfants lorsque la voiture dans laquelle ils se trouvaient, conduite par leur nourrice, tomba dans une rivière. L'intéressé avait déjà connu des périodes d'instabilité psychologique par le passé, mais à la suite de l'accident, il commença à manifester des symptômes de troubles psychiques post-traumatiques. Alors qu'il avait été un brillant homme d'affaires, il devint inapte au travail, et sa relation avec son épouse se détériora. Ils divorcèrent en octobre 1993.

En août 1985, une action en réparation pour dommages corporels fut intentée contre la conductrice du véhicule. L'affaire fut audenciée à la demande de la défense. A l'origine, la durée du procès fut estimée à six semaines. Celui-ci s'ouvrit le 12 janvier 1994. Six semaines après, le requérant, en sa qualité de plaignant, déposait toujours. Il demeura à la barre des témoins pendant trente jours au total. Compte tenu de son état mental, son interrogatoire fut très long, et l'on révisa la durée estimée du procès. En outre, des incompatibilités avec l'emploi du temps du juge entraînaient de longues interruptions et le procès dut se poursuivre à Londres au lieu de Cardiff.

En février 1994, les représentants du requérant demandèrent à ce que la durée du contre-interrogatoire de leur client fût limitée. Cette demande fut écartée au motif que la défense devait avoir toute possibilité de présenter sa thèse, sous réserve des restrictions habituelles. En avril 1994, les experts cités par le requérant, le D^r L. et M. M., déclarèrent essentiellement dans leurs dépositions que le pronostic quant à la santé mentale de l'intéressé était assez pessimiste et que celui-ci ne pourrait probablement plus jamais travailler. Le 13 juin 1994, le juge Sedley impartit un temps pour l'audition des autres témoins, afin de s'assurer que le procès s'achevât dans les délais. L'audition des témoins, qui dura soixante-dix jours, se termina le 14 juillet 1994. Les avocats présentèrent leurs conclusions les 24 et 25 octobre 1994. Le juge Sedley ne rendit que le 30 janvier 1995 son jugement qui comptait deux cent soixante-deux pages ; le requérant obtint plus de 1 300 000 livres sterling (GBP) de dommages-intérêts. Après d'autres observations des parties sur diverses questions – prestations de sécurité sociale, intérêts, frais, sursis à l'exécution, délai d'appel, forme de l'ordonnance – le juge Sedley rendit un autre jugement le 10 mai 1995.

En août 1994, le requérant avait sollicité, en vertu de la loi de 1989 sur les enfants (*Children Act*), une ordonnance de garde concernant ses autres enfants. Dans cette procédure, il chargea les experts qui avaient déposé dans le cadre de l'action en réparation pour dommages corporels d'émettre leur avis sur sa condition mentale. Ces experts établirent des projets de rapports faisant état d'un pronostic plus favorable. Le rapport de M. M., qui allait jusqu'à estimer que le requérant ne souffrait plus d'aucun trouble psychique, fut adressé par erreur au *solicitor* de l'épouse de l'intéressé. Le conseil du requérant, sur instructions de son client, demanda au juge des affaires familiales que le rapport leur fût rendu au motif qu'il avait été divulgué sans l'accord du requérant et que celui-ci ne souhaitait pas l'invoquer. Le juge décida que le rapport serait admis comme élément de preuve. Le requérant déclare que de ce fait, il a été tenu de citer M. M. comme témoin. Ce dernier produisit une version révisée de son projet de rapport. Dans sa déposition orale, le D^r L. déclara qu'il lui fallait modifier son pronostic antérieur étant donné que le requérant n'avait plus fait de dépression et que l'on avait diminué sa médication, au point qu'il était opportun d'examiner si l'on pouvait encore la réduire, voire l'arrêter. Le médecin précisa qu'il n'avait certes pas prévu cette amélioration, mais qu'il était prématuré de se montrer optimiste. Dans le cadre de la procédure relative à la garde, il précisa, dans une déclaration du 30 septembre 1994, que l'état mental du requérant s'était sensiblement amélioré, description dont il ne s'écarta pas dans sa déposition orale. Le 6 janvier 1995, le juge des affaires familiales, M. McNaught, rejeta la demande du requérant, mais par la suite, l'ex-épouse de l'intéressé accepta qu'il eût la garde du cadet des enfants.

L'incidence des rapports médicaux sur la décision imminente du juge Sedley dans le cadre de l'action en réparation pour dommages corporels suscita des préoccupations. Le requérant sollicita l'avis de son conseil quant à la nécessité de divulguer les documents. Le 16 novembre 1994, ce dernier l'informa que les rapports étaient soumis au secret professionnel et, dès lors, n'avaient pas à être divulgués.

Les défendeurs à l'action en réparation pour dommages corporels firent appel de la décision du juge Sedley. Les audiences se déroulèrent sur douze jours en janvier et février 1996. La Cour d'appel (*Court of Appeal*) produisit un projet d'arrêt le 29 mars 1996. Les dommages-intérêts furent ramenés à 643 425,59 GBP, intérêts et frais en sus. Une partie des intérêts (un an) octroyés par le juge Sedley fut déduite en raison des retards excessifs imputables au requérant. Toutefois, lorsque les projets d'arrêts furent rendus, les parties soulevèrent des questions quant à l'exactitude du calcul du manque à gagner passé et futur. Ces questions furent ajournées dans l'espoir que les parties parviendraient à un accord, faute de quoi elles devraient être réexaminées.

Le 17 avril 1996, l'avocat principal des défendeurs reçut par courrier d'une personne anonyme des copies des rapports établis par les médecins

du requérant dans le cadre de la procédure relevant de la loi sur les enfants. Le 30 avril 1996, les défendeurs demandèrent à la Cour d'appel de réinscrire l'affaire au rôle en vue de la divulgation et de l'examen des rapports médicaux et des éléments de preuve soumis dans le cadre de la procédure susmentionnée. Après s'être d'abord opposé à la demande de divulgation, le requérant renonça, le 19 septembre 1996, à la confidentialité des documents, eu égard à un arrêt de la Chambre des lords dans l'affaire *L (A Minor) (Police investigation: privilege)* (*Appeal Cases* 1997, vol. 16) et dans l'espoir d'écourter la procédure. Les rapports et les comptes rendus des dépositions furent soumis à la Cour d'appel qui siégea les 22 et 23 octobre et du 5 au 8 novembre 1996. Cette juridiction fit droit à la demande des défendeurs tendant à l'audition d'autres témoins et à celle du D^r L. Le requérant cita M. M. comme témoin.

Le requérant sollicita également l'autorisation de déposer lui-même sur son état de santé et de citer un autre témoin sur la même question. Eu égard aux conclusions de la Cour d'appel sur son état de santé mental, il demanda à produire d'autres éléments émanant d'un expert du travail quant au manque à gagner. La Cour d'appel refusa ces deux demandes pour les motifs suivants (page 50 de son arrêt) :

« En ce qui concerne le plaignant, nous savons ce qu'il a déclaré à propos de sa santé en octobre 1994 ; nous disposions également des notes cliniques du docteur [L.] sur l'état de santé du [requérant], tel qu'observé à intervalles relativement réguliers depuis lors. Le juge a estimé que le [requérant] n'était pas un témoin convaincant et crédible et qu'il avait une tendance irrépressible à la manipulation. Les demandes d'emploi datant d'avant l'accident démontrent largement qu'il mentait pour servir ses propres intérêts. Une autre déposition du [requérant] n'aurait entraîné que de longs contre-interrogatoires supplémentaires pour établir devant la Cour ce que le juge avait déjà conclu. Nous estimons qu'un autre témoignage de sa part ne serait d'aucune utilité à la Cour.

Quant à la déposition d'un expert du travail, qui aurait sans aucun doute été contrée par un expert cité par la défense et qui aurait, quoi qu'il en soit, occasionné des retards et frais supplémentaires dans cette procédure excessivement longue, nous estimons également qu'elle ne serait pas utile à la Cour. Elle ne serait probablement pas assez précise et revêtirait vraisemblablement un caractère discursif et spéculatif, selon les conclusions de notre Cour. A mon sens, la Cour doit aborder la question de façon schématique en employant au mieux les éléments dont elle dispose. »

L'arrêt fut rendu le 13 décembre 1996. La Cour décida, à la majorité, de ramener l'indemnité accordée au requérant à un montant à peine supérieur à 600 000 GBP. Cette diminution représentait une déduction supplémentaire de 60 000 GBP de la somme allouée par le juge Sedley pour manque à gagner futur, la somme octroyée au titre des dommages-intérêts généraux fut amputée de 20 000 GBP, et les montants accordés pour une aide ménagère future et l'emploi futur d'un jardinier/homme à tout faire – 10 233,60 et 3 952 GBP respectivement – furent réduits à néant. Cette décision se fondait sur la conclusion de la Cour d'appel selon

laquelle l'état de santé de l'intéressé s'était sensiblement amélioré depuis 1993. Tout en estimant que le requérant n'était pas complètement rétabli et qu'il aurait encore besoin d'une légère médication et d'une thérapie de soutien dans un avenir prévisible, la Cour considéra que cela ne l'empêchait pas de vivre normalement. Quant aux questions découlant de la divulgation d'éléments présentés dans le cadre de la procédure relative à la garde, l'un des juges de la Cour d'appel observa qu'il « [était] simplement déraisonnable pour une partie de présenter des thèses contradictoires dans des procédures simultanées dans l'espoir de remporter l'avantage dans chacune d'elles ». Un autre juge constata que s'il était exact que les éléments de preuve faussaient les hypothèses formulées précédemment par le juge du fond et par la Cour d'appel dans la procédure civile, ne pas les admettre serait inéquitable et constituerait un outrage au bon sens et à la justice.

L'indemnité fut toutefois inférieure à la somme de 750 000 GBP congnée par les défendeurs, si bien que le requérant fut tenu au paiement d'un montant considérable de frais et dépens.

L'intéressé sollicita l'autorisation de saisir la Chambre des lords, qui repoussa sa demande le 10 mars 1997.

GRIEFS

Le requérant allègue un certain nombre de violations de l'article 6 § 1 de la Convention dans le cadre de l'action en réparation pour dommages corporels :

(...)

3. il a été tenu de produire le rapport confidentiel établi par M. M. et en fait contraint de citer M. M. à comparaître devant la Cour d'appel en tant que témoin, bien que cela fût contraire à son intérêt, en violation de son droit à un procès équitable ;

(...)

EN DROIT

Invoquant l'article 6 § 1 de la Convention, le requérant se plaint de divers aspects de l'action en réparation pour dommages corporels.

Le passage pertinent de l'article 6 de la Convention se lit ainsi :

« 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...) »

(...)

4. Le requérant se plaint en outre d'avoir été tenu de produire le rapport confidentiel établi par M. M. dans le cadre de la procédure relative à la garde, et d'avoir été en fait contraint à citer M. M. en tant que témoin, à l'encontre de ses propres intérêts.

La Cour rappelle que la recevabilité des preuves relève au premier chef des règles du droit interne – cela vaut pour les questions concernant la divulgation par les parties de leurs moyens de preuve et les catégories de documents dont on peut demander la confidentialité. La tâche de la Cour consiste à rechercher si la procédure envisagée dans son ensemble, y compris le mode de présentation des moyens de preuve, revêt un caractère équitable (voir, par exemple, l'arrêt *Lüdi c. Suisse* du 15 juin 1992, série A n° 238, p. 20, § 43). La Cour fait observer que les garanties offertes par l'article 6 doivent s'interpréter à la lumière de son objectif sous-jacent, à savoir assurer une bonne administration de la justice.

La Cour constate que c'est le requérant, sur le conseil de ses avocats, qui a renoncé à la confidentialité du document et a obtenu l'ordonnance judiciaire requise pour le produire. Le requérant explique qu'il y a été contraint par suite d'un arrêt récent de la Chambre des lords dans l'affaire *L (A Minor) (Police investigation: privilege)* (*Appeal Cases* 1997, vol. 16), dont la Cour a eu à connaître (*L. c. Royaume-Uni* (déc.), n° 34222/96, CEDH 1999-VI). Cette requête a pour objet la divulgation d'un rapport confidentiel défavorable obtenu par une mère dans le cadre d'une procédure relevant de la loi sur les enfants, et les effets de cette divulgation sur l'équité de la procédure.

Toutefois, en l'espèce, le requérant ne se plaint pas de l'iniquité de la procédure relative à la garde, mais allègue avoir été contraint de citer un témoin, M. M., dans le cadre de l'action en réparation pour dommages corporels à laquelle il était partie, pour contrebalancer les effets du projet de rapport établi par M. M., qui figurait parmi les éléments de preuve de la procédure relative à la garde. Cependant, pour la Cour, la décision du requérant de citer l'expert doit être considérée comme purement tactique et destinée à servir au mieux ses intérêts. En outre, le fait que l'expertise fût défavorable au requérant, en ce qu'elle contredisait le témoignage de ce même expert pour le requérant, ne frappe pas l'ensemble de la procédure d'iniquité. L'intéressé a eu la possibilité de citer M. M. en appel pour obtenir de lui toute explication ou précision sur le rapport susceptible de lui être favorable. La Cour note également que le requérant a produit un autre rapport révisé, établi par M. M., pour étayer les éléments en sa faveur. En outre, elle constate que le rapport de M. M. n'était pas le seul document dont disposait la Cour d'appel, même s'il était apparemment le plus préjudiciable, indiquant que la santé de l'intéressé s'était améliorée et que le pronostic était meilleur que prévu. Enfin, dans leurs arrêts, les juges de la Cour d'appel ne se sont pas exclusivement ou arbitrairement fondés sur cet élément.

Dès lors, selon la Cour, envisagée dans le contexte de la procédure dans son ensemble, l'obligation, de caractère juridique ou tactique, dans laquelle le requérant s'est trouvé de soumettre le projet de rapport de M. M. et de citer cet expert en tant que témoin n'a pas eu pour effet d'entacher la procédure d'iniquité ou de priver l'intéressé d'une véritable possibilité de présenter ses arguments. La Cour n'aperçoit, du point de vue de l'équité, aucun motif de contester le raisonnement adopté par les juges de la Cour d'appel, qui ont estimé que les règles sur la divulgation ne devaient pas s'interpréter de manière à permettre aux justiciables de faire valoir des prétentions contradictoires dans des procédures simultanées.

Enfin, pour autant que le requérant semble invoquer le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, la Cour observe qu'il n'existe en matière civile aucune protection distincte de ce type, que ce soit devant les tribunaux nationaux ou en vertu de l'article 6 § 1 de la Convention, l'affaire devant être considérée sous l'aspect général de l'équité qui vient d'être examiné.

5. La Cour conclut que les griefs ci-dessus ne révèlent aucune apparence de violation de l'article 6 § 1 de la Convention et doivent être rejetés pour défaut manifeste de fondement, conformément à l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

Déclare la requête irrecevable.

RUDZIŃSKA v. POLAND
(Application no. 45223/99)

FOURTH SECTION¹

DECISION OF 7 SEPTEMBER 1999²

1. Sitting as a Chamber composed of Mr M. Pellonpää, *President*, Mr G. Ress, Mr A. Pastor Ridruejo, Mr L. Caflisch, Mr J. Makarczyk, Mr I. Cabral Barreto, Mr V. Butkevych, *judges*, and Mr V. Berger, *Section Registrar*.

2. English original.

SUMMARY¹**Failure of State to maintain purchasing power of sums deposited in a housing savings account****Article 1 of Protocol No. 1**

Peaceful enjoyment of possessions – Investments – Housing savings account – Failure of State to maintain purchasing power of sums deposited in a housing savings account – Refusal of housing grant to investor due to new conditions – Economic constraints on State

*
* *

In 1984 the applicant's father opened a housing savings account at the State Savings Bank on her behalf. By the terms of the account, the State guaranteed that the sums accumulated would be revalued so as to maintain their purchasing power. This guarantee was to take the form of a housing grant. In 1997 the bank informed the applicant of the sum available in her savings account, including the grant to which she might be entitled. As the sum fell far short of the amount required to acquire any housing, the applicant contested the calculation of her savings. However, she was informed that the calculation was correct. Moreover, a 1993 Council of Ministers Order had laid down additional conditions, so that the housing grant was available only to those who had bought or built a house or flat or adapted non-residential space for use as accommodation. Those who did not qualify could have their savings reimbursed.

Held

Article 1 of Protocol No. 1: The legislation and relevant case-law, while in part predating Poland's ratification of Protocol No. 1, created a continuing situation. Moreover, a civil action against the State Savings Bank would clearly have been bound to fail and the applicant was therefore exempted from the obligation to exhaust that remedy.

The applicant did not contend that she had satisfied the new requirement. In any event, she could obtain reimbursement of her savings, with interest. Thus she had not been deprived of her possessions, nor had the State exercised control over her property or violated her right to peaceful enjoyment of possessions: manifestly ill-founded.

In so far as the applicant's complaint related to the loss of purchasing power of the savings as a result of inflation, no general obligation on States to maintain the purchasing power of sums deposited with banking or financial institutions by way of a systematic indexation of savings could be derived from Article 1 of Protocol No. 1. With regard to her complaint concerning the reduced scope of the guarantees attached to the savings account, which prevented her from buying a house,

1. This summary by the Registry does not bind the Court.

no right to purchase housing within the framework of the State-supported housing cooperative scheme in Poland could be derived from the Article relied on: incompatible *ratione materiae*.

Case-law cited by the Court

X v. Germany, application no. 8724/79, Commission decision of 6 March 1980, Decisions and Reports 20

Guchez v. Belgium, application no. 10027/82, Commission decision of 5 December 1984, Decisions and Reports 40

James and Others v. the United Kingdom, judgment of 21 February 1986, Series A no. 98

Linde v. Sweden, application no. 11628/85, Commission decision of 9 May 1986, Decisions and Reports 47

Ugurlukoc v. Germany, application no. 11945/86, Commission decision of 12 March 1987, Decisions and Reports 51

Kuczynska v. Poland, application no. 25696/94, Commission decision of 10 September 1997, unreported

Iatridis v. Greece [GC], no. 31107/96, ECHR 1999-II

Immobiliare Saffi v. Italy [GC], no. 22774/93, ECHR 1999-V

...

THE FACTS

The applicant [Ms Beata Rudzińska] is a Polish citizen born in 1975. She is a student and lives in Toruń.

A. The circumstances of the case

In 1984 the applicant's father opened a special housing savings account on her behalf at the State Savings Bank in Toruń, for the purpose of financing the future purchase of a house or flat for her when she came of age. Until November 1987 he made monthly payments to the account.

On 12 May 1997, at the applicant's request, the Toruń branch of the State Savings Bank informed her that her savings amounted to 5,693 new Polish zlotys (PLZ), which sum included a housing grant, in case she was entitled to one.

In a letter of 8 July 1997 to the manager of the Toruń branch of the bank, the applicant stated that the real value of a house in Toruń at that time was PLZ 108,500. Thus, she continued, there must have been an error in the calculation of her savings, as the conditions of the housing savings account guaranteed that at the closing date of the account the sum deposited in it would be revalued so as to maintain its purchasing power at the level of seventy square metres of a detached house. She pointed out that the sum she had in her account was not in reasonable proportion to the current price of housing. She therefore requested that the error be rectified.

In his reply of 17 July 1997 the manager informed the applicant that the calculation of her savings, and in particular of the sums due to her as a housing grant, had been correct. Pursuant to the applicable regulations contained in the Council of Ministers Order of 7 May 1996 on the method of calculating and paying housing grants and on the clearing of accounts between the National Bank of Poland and the State Savings Bank, the following factors had been taken into account in the calculation of the grant: the length of the period of saving, the total sum deposited by the client, the amounts saved each year, the average price of housing and the rate of interest applicable throughout the relevant period. It was further stressed that the housing grant had been calculated on the basis of deposits made in years during which the average price of a square metre of housing had risen more quickly than the rate of interest to be paid on the sums deposited in the housing savings account. In conclusion, the calculation of the sums accumulated in the applicant's savings account, which had been effected according to the formula laid down in the Order, was correct.

In a letter of 18 September 1997 to the Minister of Finance, the applicant submitted that the final amount calculated by the bank would purchase only four square metres of housing at current market prices. Contrary to the terms of the housing savings account, guaranteed by the State, she would therefore not be able to buy a house. She complained that this amounted to fraud, which should not be countenanced by the State, and requested that her savings be revalued.

In a letter of 7 October 1997 the Ministry of Finance's Department for the Finances of the National Economy informed the applicant that the savings accumulated in housing savings accounts were subject to two forms of revaluation for the purpose of offsetting the effects of inflation. The first one was the privileged interest rate which, since 1983, was the same as that applicable to long-term savings accounts. Secondly, account holders could be awarded housing grants paid directly from the State budget. Those grants were designed to compensate for the loss in value of sums accumulated in the housing savings accounts caused by inflation and the resulting increase in house prices. However, the amount of a grant was to be calculated on the basis of the savings accumulated by the client. In practice, the holders of such accounts usually accumulated a sum representing 10% to 20% of the necessary minimum contribution to be paid to a housing cooperative in order to become a full member (*wktad*). The expectation that the housing grant would cover in full the difference between that sum and the actual cost of building a house was not justified. The applicant was further informed that only the bank at which an account had been opened was competent to revalue the total amount of savings deposited in the account.

On 3 November 1997 the applicant complained to the Ombudsman about her position.

In his reply of 21 November 1997 the Ombudsman informed the applicant that he had repeatedly drawn the attention of various State authorities, including the Prime Minister, the Minister of Finance and the Minister of Construction and Planning, to the issues she had raised. The problem was that people who had been saving – frequently for years – on housing savings accounts were often not in a position to pay the full price of housing. This was partly because matters relating to housing grants, the interest rate applicable to housing savings accounts and the revaluation of sums deposited in these accounts so as to offset in full the effect of inflation had not been comprehensively resolved by the legislature in a manner wholly compatible with the State's initial undertaking. He regretted that he did not have at his disposal any effective means of obliging the legislative and executive authorities to take steps to solve the problems of people in the applicant's position, who had expected that they would be able to finance their housing under the scheme put in place by the 1983 legislation. Consequently, he could take no further action in the applicant's case.

B. Relevant domestic law

In the conditions of the housing savings account, as set out in an ordinance of the President of the National Bank of Poland of 24 February 1983, the State guaranteed that the savings accumulated in the housing savings account at the State Savings Bank were to be revalued so as to maintain their purchasing power. This guarantee covered only sums up to an amount representing the construction cost of either seventy square metres of a detached family house or fifty-five square metres of a flat built by a housing cooperative. This guarantee was to take the form of a housing grant. The account holder was entitled to a housing grant if, in the year in which he or she wished to close the account and allocate the sum accumulated in it to the purchase of a house or flat, the average price of a square metre of housing was higher than it had been in the preceding years and this increase was greater than the increase in the interest rate applicable to the sums deposited in the housing savings account.

Under a Council of Ministers Order of 22 June 1993, persons who had accumulated savings in housing savings accounts opened at the State Savings Bank before 23 October 1990 and which had remained open for not less than five years were entitled to a housing grant if they had bought or built a house or flat, or adapted non-residential space for use as accommodation and had paid for it from their own resources. Grants were financed by the State Treasury and were actually paid by the State Savings Bank.

On 29 July 1993 the Supreme Court issued a ruling to the effect that under the provisions of the Civil Code as amended in 1990, savings in housing savings accounts were not eligible for revaluation by the State Treasury so as to offset in full the effect of inflation. In making that ruling, the court had regard to the provisions of the Civil Code concerning the possibility of revaluing pecuniary obligations in view of inflation. Those provisions expressly excluded such a possibility in respect of sums deposited in bank accounts.

The Supreme Court further ruled that housing savings grants were not subject to revaluation either. The court observed, *inter alia*, that approximately five million citizens who had accumulated housing savings were affected. A revaluation of their housing grants by the State Treasury would not be economically feasible as it would put an undue burden on the State budget. The court also observed that in any event the Council of Ministers' Order of 1993 provided for partial revaluation of such grants in certain circumstances.

COMPLAINT

The applicant complained under Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention that the State had failed in the obligations to her as regards

financial assistance for housing which it had undertaken in the conditions of the housing savings account. She submitted that her savings were not eligible for revaluation so as to offset in full the effect of inflation and that, as a result, the amount of her savings was now ridiculously small, despite the fact that she had been saving regularly for years in accordance with the terms of her housing savings account, in the legitimate expectation that the State would comply with the guarantee laid down in the 1983 ordinance.

THE LAW

The applicant complained under Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention that the State failed in the obligations to her as regards financial assistance for housing which it had undertaken in the conditions of the housing savings account.

Article 1 of Protocol No. 1 provides:

“Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.”

The Court observes that Poland ratified Protocol No. 1 on 10 October 1994. It is true that the legislation referred to by the applicant was in part enacted before that date. In particular, the Supreme Court’s ruling, which was of paramount importance to persons in a situation identical with that of the applicant, was taken on 29 July 1993. However, the Court considers that this legislation and the relevant case-law created a continuing situation in that it established certain entitlements for persons who had accumulated savings in the housing savings accounts at the State Savings Bank and this legal situation remains in force. The present application therefore cannot be declared inadmissible as being incompatible *ratione temporis* with the Convention.

Under Article 35 of the Convention, the Court may only deal with a matter after all domestic remedies have been exhausted.

The Court reiterates in this connection the Convention institutions’ case-law according to which an applicant is excused from pursuing a domestic remedy if he shows that on the basis of well-established case-law it would be of no avail (see *Ugurlukoc v. Germany*, application no. 11945/86, Commission decision of 12 March 1987, Decisions and Reports (DR) 51, p. 186, and *Guchez v. Belgium*, application no. 10027/82, Commission decision of 5 December 1984, DR 40, p. 100).

In the present case the applicant could have brought a civil action against the State Savings Bank in which she could have claimed payment of the revalued amount of her savings and of the housing grant. However, the Court considers that in the light of the relevant legislation and of the Supreme Court's ruling of 29 July 1993, her action would clearly have been bound to fail. In these circumstances, the applicant should be exempted from an obligation to exhaust that remedy.

The application therefore cannot be declared inadmissible for failure to exhaust domestic remedies within the meaning of Article 35 of the Convention.

As to the merits of the complaint, the Court first recalls that Article 1 of Protocol No. 1, which guarantees in substance the right of property, comprises three distinct rules (see the *James and Others v. the United Kingdom* judgment of 21 February 1986, Series A no. 98, pp. 29-30, § 37, and *Immobiliare Saffi v. Italy* [GC], no. 22774/93, § 44, ECHR 1999-V). The first, which is expressed in the first sentence of the first paragraph and is of a general nature, lays down the principle of peaceful enjoyment of property. The second rule, in the second sentence of the same paragraph, covers deprivation of possessions and makes it subject to certain conditions. The third, contained in the second paragraph, recognises that the Contracting States are entitled, among other things, to control the use of property in accordance with the general interest. The second and third rules, which are concerned with particular instances of interference with the right to peaceful enjoyment of property, must be construed in the light of the general principle laid down in the first rule (see *Iatridis v. Greece* [GC], no. 31107/96, § 55, ECHR 1999-II).

In the present case the Court observes that the 1983 ordinance was issued for the purpose of creating a State-supported scheme aimed at co-financing housing to alleviate the chronic housing shortage at that time. The legislation provided for specific measures to safeguard certain pecuniary rights of persons holding housing savings accounts at the State Savings Bank. In particular, the State guaranteed that the sums deposited in the housing savings account were to be revalued so as to maintain their purchasing power and to offset the effect of inflation. It is true that later, in the Council of Ministers' Order of 22 June 1993, an additional condition was laid down that had to be satisfied before housing savings account holders could acquire an entitlement to the housing grant, which was now to be paid only to those who had bought or built a house or flat or had adapted non-residential space for use as accommodation. However, the Court notes that persons not entitled to the housing grant could at any time – and still can – obtain reimbursement of the savings accumulated in their housing savings account, with interest. These rules on housing savings accounts were enacted because, in the light of the general economic situation of the country and, in particular, of the economic transition

initiated in 1990, it had become impossible to maintain the financing scheme within the framework of the former State-supported system of housing cooperatives, as envisaged in the 1983 ordinance of the President of the National Bank of Poland since it would be an excessive burden on the State budget.

The Court notes that the applicant does not contend that she has satisfied the requirement for a housing grant laid down in the 1993 Council of Ministers Order, namely that she has bought or built a house or flat. It also notes that the applicant can at any time obtain reimbursement of the savings accumulated in her housing savings account, with interest. Thus the applicant was not deprived of her possessions within the meaning of the first paragraph of Article 1 of Protocol No. 1, nor did the State exercise control over her property or infringe her right to peaceful enjoyment of her possessions.

It follows that this part of the application is manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention.

In so far as the applicant can be understood to have complained that as a result of inflation the savings she had accumulated in her housing savings account lost their purchasing power, the Court is of the view that no general obligation on States to maintain the purchasing power of sums deposited with banking or financial institutions by way of a systematic indexation of savings can be derived from Article 1 of Protocol No. 1 (see *X v. Germany*, application no. 8724/79, Commission decision of 6 March 1980, DR 20, p. 226).

In so far as the applicant's complaint can be understood as relating to the fact that as a result of the reduced scope of the guarantees afforded by the State to holders of housing savings accounts, she cannot now become the owner of a house for which she had been saving, the Court reiterates that Article 1 of Protocol No. 1 does not confer any right to become the owner of property (see *Linde v. Sweden*, application no. 11628/85, Commission decision of 9 May 1986, DR 47, p. 270). The Court lastly draws attention to the Convention institutions' case-law according to which no right to purchase housing within the framework of the State-supported housing cooperative scheme in Poland can be derived from this provision (see *Kuczynska v. Poland*, application no. 25696/94, Commission decision of 10 September 1997, unreported).

It follows that this part of the application is incompatible *ratione materiae* with the Convention within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention.

For these reasons, the Court unanimously

Declares the application inadmissible.

RUDZIŃSKA c. POLOGNE
(Requête n° 45223/99)

QUATRIÈME SECTION¹

DÉCISION DU 7 SEPTEMBRE 1999²

1. Siégeant en une chambre composée de M. M. Pellonpää, *président*, M. G. Ress, M. A. Pastor Ridruejo, M. L. Caflisch, M. J. Makarczyk, M. I. Cabral Barreto, M. V. Butkevych, *juges*, et de M. V. Berger, *greffier de section*.

2. Traduction ; original anglais.

SOMMAIRE¹**Non-préservation par l'Etat du pouvoir d'achat de sommes déposées sur un plan épargne-logement****Article 1 du Protocole n° 1**

Respect des biens – Investissements – Plan épargne-logement – Non-préservation par l'Etat du pouvoir d'achat de sommes déposées sur un plan épargne-logement – Refus de la prime de logement à une épargnante en raison de nouvelles conditions – Contraintes économiques pesant sur l'Etat

*
* *

En 1984, le père de la requérante ouvrit un plan épargne-logement auprès de la Caisse d'épargne d'Etat au nom de sa fille. Parmi les conditions du plan figurait la garantie par l'Etat de la revalorisation des fonds déposés afin de maintenir leur pouvoir d'achat. Cette garantie devait se concrétiser par le versement d'une prime de logement. En 1997, la banque informa la requérante du montant de son épargne, qui incluait la prime pour le cas où l'intéressée y aurait droit. Cette somme n'étant de loin pas suffisante pour l'acquisition d'un logement, l'intéressée en contesta le calcul. Toutefois, on lui confirma l'exactitude du calcul. En outre, un décret adopté par le Conseil des ministres en 1993 fixait de nouvelles conditions : seules les personnes ayant acheté ou fait construire une maison ou un appartement ou effectué des travaux de transformation de locaux à des fins d'habitation avaient droit à la prime de logement. Les personnes qui ne remplissaient ces conditions pouvaient obtenir le remboursement de leur épargne.

Article 1 du Protocole n° 1 : les textes juridiques et la jurisprudence y relative, bien qu'étant en partie antérieurs à la ratification par la Pologne du Protocole n° 1, ont créé une situation continue. En outre, une action civile contre la Caisse d'épargne d'Etat n'aurait manifestement eu aucune chance d'aboutir. Dès lors, la requérante n'avait pas à l'exercer aux fins de l'épuisement des voies de recours internes.

La requérante ne prétend pas remplir les nouvelles conditions. Quoi qu'il en soit, elle peut obtenir le remboursement de son épargne, augmentée des intérêts. Elle n'a donc pas été privée de ses biens et l'Etat n'a ni exercé un contrôle sur ses biens ni méconnu son droit au respect de ses biens : défaut manifeste de fondement.

Pour autant que la requérante se plaint de ce que le pouvoir d'achat de son épargne a baissé en raison de l'inflation, la Cour estime que l'on ne saurait déduire de l'article 1 du Protocole n° 1 une obligation générale pour les Etats de maintenir, par une indexation systématique, le pouvoir d'achat des sommes déposées auprès de banques ou d'organismes financiers. Pour autant que l'intéressée allègue que du fait de la limitation des garanties liées au plan épargne elle ne peut plus

1. Rédigé par le greffe, il ne lie pas la Cour.

acquérir une maison, la Cour réaffirme que l'on ne saurait déduire de ladite clause un droit à l'acquisition d'un logement dans le cadre du programme de coopératives de logement subventionné par l'Etat polonais : incompatibilité *ratione materiae*.

Jurisprudence citée par la Cour

X c. Allemagne, requête n° 8724/79, décision de la Commission du 6 mars 1980, Décisions et rapports 20

Guchez c. Belgique, requête n° 10027/82, décision de la Commission du 5 décembre 1984, Décisions et rapports 40

James et autres c. Royaume-Uni, arrêt du 21 février 1986, série A n° 98

Linde c. Suède, requête n° 11628/85, décision de la Commission du 9 mai 1986, Décisions et rapports 47

Ugurlukoc c. Allemagne, requête n° 11945/86, décision de la Commission du 12 mars 1987, Décisions et rapports 51

Kuczynska c. Pologne, requête n° 25696/94, décision de la Commission du 10 septembre 1997, non publiée

Iatridis c. Grèce [GC], n° 31107/96, CEDH 1999-II

Immobiliare Saffi c. Italie [GC], n° 22774/93, CEDH 1999-V

(...)

EN FAIT

La requérante [M^{me} Beata Rudzińska] est une ressortissante polonaise née en 1975. Elle est étudiante et réside à Toruń.

A. Les circonstances de l'espèce

En 1984, le père de la requérante ouvrit auprès de la succursale de Toruń de la Caisse d'épargne d'Etat un plan épargne-logement spécial au nom de sa fille en vue de financer l'acquisition future d'une maison ou d'un appartement pour l'intéressée à sa majorité. Jusqu'en novembre 1987, il effectua des versements mensuels sur ce plan.

Le 12 mai 1997, ladite succursale informa la requérante, à sa demande, que son épargne s'élevait à 5 693 nouveaux zlotys (PLZ), montant qui incluait une prime de logement pour le cas où l'intéressée y aurait droit.

Dans une lettre du 8 juillet 1997 adressée au directeur de la succursale, la requérante exposa que la valeur réelle d'une maison à Toruń était alors de 108 500 PLZ. D'après elle, il devait donc y avoir eu erreur dans le calcul du montant de son épargne, puisque les conditions du plan épargne-logement lui garantissaient qu'à la clôture de celui-ci les fonds déposés seraient revalorisés de façon à pouvoir financer 70 m² d'une maison individuelle. Elle souligna que la somme figurant sur son compte n'était pas raisonnablement proportionnée au prix courant du logement et demanda donc à ce que l'erreur fût rectifiée.

Le directeur répondit à l'intéressée par une lettre du 17 juillet 1997. Il y confirmait l'exactitude du calcul opéré et, en particulier, des sommes correspondant à la prime de logement. Il rappelait que le décret adopté par le Conseil des ministres le 7 mai 1996 concernant le calcul et le versement de la prime de logement ainsi que la compensation des comptes entre la Banque nationale de Pologne et la Caisse d'épargne d'Etat (ci-après : « le décret de 1996 ») fixait les critères suivants pour le calcul de la prime : la durée de l'épargne, le montant total des fonds déposés, les sommes versées pour chaque année, le prix moyen du logement et le taux d'intérêt applicable tout au long de la période du placement. Il précisait en outre que la prime de logement était calculée sur la base des versements effectués pendant les années au cours desquelles le prix moyen du mètre carré de logement avait augmenté plus rapidement que le taux d'intérêt rémunérant les sommes déposées sur le plan épargne-logement. Il concluait que, effectué selon la formule énoncée dans le décret de 1996, le calcul des fonds accumulés sur le plan épargne de la requérante était correct.

Dans une lettre du 18 septembre 1997 adressée au ministre des Finances, la requérante fit valoir que le montant calculé par la banque

couvrirait seulement la valeur de 4 m² d'un logement au prix courant du marché. Dès lors, contrairement aux conditions du plan épargne-logement garanties par l'Etat, elle ne pourrait pas faire l'acquisition d'une maison. Dénonçant une escroquerie que l'Etat ne devait pas approuver, elle demanda la revalorisation de son épargne.

Par une lettre datée du 7 octobre 1997, le département des finances de l'économie nationale du ministère des Finances informa la requérante que les fonds accumulés sur les plans épargne-logement faisaient l'objet de deux formes de revalorisation destinées à compenser les effets de l'inflation. Premièrement, il y avait le taux d'intérêt privilégié, lequel, depuis 1983, était équivalent au taux applicable aux placements à long terme. Deuxièmement, le titulaire d'un plan pouvait obtenir une prime de logement payée directement sur le budget de l'Etat. Cette prime visait à compenser la baisse de valeur des fonds déposés sur les plans épargne-logement résultant de l'inflation et de l'augmentation consécutive des prix du logement. Toutefois, le montant de la prime due au client était calculé sur la base des versements effectués. Soulignant que, dans la pratique, la plupart des titulaires de tels plans accumulaient entre 10 à 20 % de l'apport minimum à verser obligatoirement aux coopératives de logement pour devenir membre à part entière (*wkład*), le département des finances affirmait qu'il n'était pas légitime de s'attendre à ce que la prime de logement compensât entièrement la différence entre cette somme et le coût total de la construction d'une maison. Il informait enfin la requérante que seule la banque où le compte avait été ouvert était compétente pour revaloriser le montant de son épargne.

Le 3 novembre 1997, la requérante se plaignit de sa situation au médiateur.

Dans sa réponse du 21 novembre 1997, le médiateur avisa l'intéressée qu'il avait à maintes reprises attiré l'attention de diverses autorités, notamment du premier ministre, du ministre des Finances et du ministre de la Construction et de l'Aménagement, sur les questions qu'elle soulevait. Le problème était que les personnes qui avaient placé de l'argent, souvent pendant des années, sur des plans épargne-logement étaient pour la plupart dans l'incapacité de payer intégralement le prix d'un logement. Cela résultait en partie du fait que les questions concernant les primes de logement, le taux d'intérêt applicable aux plans épargne-logement et la revalorisation des fonds déposés sur ces plans, destinée à compenser pleinement les effets de l'inflation, n'avaient pas été résolues par le législateur d'une manière totalement compatible avec les obligations initiales de l'Etat. Malheureusement, le médiateur ne disposait d'aucun moyen effectif lui permettant de contraindre les pouvoirs législatif et exécutif à prendre des mesures pour résoudre les problèmes des personnes dans la situation de la requérante, qui espéraient financer leur logement dans le cadre du programme mis

en place en 1983. Dès lors, il ne pouvait donner aucune suite à la demande de l'intéressée.

B. Le droit interne pertinent

Parmi les conditions du plan épargne-logement énoncées dans l'ordonnance du président de la Banque nationale de Pologne en date du 24 février 1983 (ci-après : « l'ordonnance de 1983 »), figurait la garantie par l'Etat de la revalorisation des fonds déposés sur les plans épargne-logement de la Caisse d'épargne d'Etat afin de maintenir leur pouvoir d'achat. Cette garantie ne couvrait que les montants inférieurs ou égaux au coût de construction de 70 m² d'une maison familiale individuelle ou de 55 m² d'un appartement construit par une coopérative de logement. Elle devait se concrétiser par le versement d'une prime de logement. Le titulaire du plan avait droit à cette prime si, dans l'année au cours de laquelle il souhaitait clôturer son plan et disposer de son épargne pour financer l'acquisition d'une maison ou d'un appartement, le prix moyen du mètre carré de logement était plus élevé que les années précédentes et si cette augmentation était supérieure à la hausse du taux d'intérêt applicable aux fonds déposés sur le plan épargne-logement.

En vertu d'un décret adopté par le Conseil des ministres le 22 juin 1993 (ci-après : « le décret de 1993 »), les personnes ayant accumulé des fonds sur un plan épargne-logement de la Caisse d'épargne d'Etat ouvert avant le 23 octobre 1990 et non interrompu dans les cinq ans avaient droit à une prime de logement si elles avaient financé de leurs propres deniers l'acquisition ou la construction d'une maison ou d'un appartement, ou des travaux de transformation de locaux à des fins d'habitation. C'était le Trésor public qui finançait ces primes, mais techniquement c'était la Caisse d'épargne d'Etat qui effectuait les versements.

Le 29 juillet 1993, la Cour suprême rendit une décision aux termes de laquelle en vertu des dispositions du code civil, tel que modifié en 1990, l'épargne-logement ne pouvait faire l'objet d'une revalorisation par le Trésor public pour compenser pleinement les effets de l'inflation. Pour rendre cette décision, la haute juridiction s'inspira des dispositions du code civil relatives à la possibilité d'actualiser les obligations de nature patrimoniale en cas d'inflation. Ces dispositions écartaient expressément une telle possibilité pour les sommes déposées sur des comptes bancaires.

La Cour suprême décida par ailleurs que la prime d'épargne-logement n'était pas non plus susceptible d'une revalorisation. Après avoir constaté que le problème concernait environ cinq millions de citoyens qui avaient accumulé une épargne-logement, elle considéra que la revalorisation par le Trésor public des primes de tous les intéressés n'était économiquement pas faisable car cela représenterait une charge excessive pour le budget de l'Etat. Elle observa enfin que le décret du 22 juin 1993 prévoyait néan-

moins une revalorisation partielle des primes, dans des circonstances et à des conditions déterminées.

GRIEF

Invoquant l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention, la requérante allègue que l'Etat a manqué aux obligations en matière d'aide financière au logement qu'il avait contractées envers elle au travers des conditions du plan épargne-logement. Elle expose que, son épargne ne pouvant faire l'objet d'une revalorisation de nature à compenser pleinement les effets de l'inflation, le montant en est maintenant dérisoire, alors qu'elle a effectué des versements réguliers pendant des années, conformément aux conditions de son plan épargne-logement. Elle considère qu'elle pouvait légitimement attendre de l'Etat qu'il respectât la garantie énoncée dans l'ordonnance de 1983.

EN DROIT

Invoquant l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention, la requérante allègue que l'Etat a manqué aux obligations en matière d'aide financière au logement qu'il avait contractées envers elle au travers des conditions du plan épargne-logement.

L'article 1 du Protocole n° 1 se lit ainsi :

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

La Cour constate que la Pologne a ratifié le Protocole n° 1 le 10 octobre 1994. Certes, les textes juridiques invoqués par la requérante ont en partie été adoptés avant cette date. En particulier, la décision de la Cour suprême, qui revêt une importance capitale pour les personnes dans la situation de l'intéressée, remonte au 29 juillet 1993. Toutefois, la Cour estime que ces textes et la jurisprudence y relative ont créé une situation continue en ce qu'ils ont établi certains droits pour les personnes ayant accumulé des fonds sur des plans épargne-logement à la Caisse d'épargne d'Etat et que cette situation juridique subsiste à l'heure actuelle. Dès lors, la présente requête ne saurait être déclarée irrecevable pour incompatibilité *ratione temporis* avec la Convention.

En vertu de l'article 35 de la Convention, la Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes.

A cet égard, la Cour rappelle la jurisprudence des organes de la Convention selon laquelle on ne saurait reprocher à un requérant de n'avoir pas exercé un recours interne s'il établit qu'en vertu d'une jurisprudence constante ce recours était voué à l'échec (Ugurlukoc c. Allemagne, requête n° 11945/86, décision de la Commission du 12 mars 1987, Décisions et rapports (DR) 51, p. 186 ; Guchez c. Belgique, requête n° 10027/82, décision de la Commission du 5 décembre 1984, DR 40, p. 100).

En l'espèce, la requérante pouvait tenter au civil contre la Caisse d'épargne et de sa prime de logement. Toutefois, eu égard à la législation pertinente et à la décision précitée de la Cour suprême, la Cour estime que pareille action n'aurait eu aucune chance d'aboutir. Dès lors, la requérante n'avait pas à l'exercer aux fins de l'épuisement des voies de recours internes.

Partant, la requête ne saurait être déclarée irrecevable pour non-épuisement des voies de recours internes au sens de l'article 35 de la Convention.

Quant au fond du grief, la Cour rappelle tout d'abord que l'article 1 du Protocole n° 1, qui garantit en substance le droit de propriété, contient trois normes distinctes (arrêts James et autres c. Royaume-Uni du 21 février 1986, série A n° 98, pp. 29-30, § 37, et *Immobiliare Saffi c. Italie* [GC], n° 22774/93, § 44, CEDH 1999-V) : la première, qui s'exprime dans la première phrase du premier alinéa et revêt un caractère général, énonce le principe du respect de la propriété ; la deuxième, figurant dans la seconde phrase du même alinéa, vise la privation de propriété et la soumet à certaines conditions ; quant à la troisième, consignée dans le second alinéa, elle reconnaît aux États contractants le pouvoir, entre autres, de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général. La deuxième et la troisième, qui ont trait à des exemples particuliers d'atteintes au droit de propriété, doivent s'interpréter à la lumière du principe consacré par la première (arrêt *Iatridis c. Grèce* [GC], n° 31107/96, § 55, CEDH 1999-II). En l'espèce, la Cour relève que l'ordonnance de 1983 avait pour objet la création d'un plan subventionné par l'État et destiné à cofinancer le logement afin de pallier la pénurie chronique que connaissait le secteur à l'époque. Ce texte prévoyait des mesures spécifiques pour protéger certains droits patrimoniaux des titulaires de plans épargne-logement à la Caisse d'épargne d'État. En particulier, l'État garantissait que les fonds déposés sur ces plans seraient revalorisés de façon à maintenir leur pouvoir d'achat et à compenser les effets de l'inflation. Certes, par la suite, le décret du 22 juin 1993 fixa d'autres conditions pour l'acquisition du droit à la prime de logement, celle-ci n'étant désormais plus versée qu'aux personnes ayant acheté ou fait construire une maison ou un appartement, ou ayant transformé des locaux à des fins d'habitation. Toutefois, la Cour relève que les personnes non bénéficiaires du droit à la prime de logement pouvaient à tout

moment – et peuvent du reste toujours – obtenir le remboursement de leur épargne, augmentée des intérêts. Les nouvelles règles en matière d'épargne-logement ont été adoptées parce que, compte tenu de la conjoncture économique générale du pays et, en particulier, de la transition économique engagée en 1990, il était devenu impossible de poursuivre dans le cadre de l'ancien système de coopératives de logement subventionné par l'Etat le plan de financement tel qu'il était envisagé par les dispositions de l'ordonnance de 1983, la charge pour le budget de l'Etat en étant devenue excessive.

La Cour relève que la requérante ne prétend pas remplir les conditions auxquelles le décret de 1993 subordonne l'octroi de la prime de logement : avoir acheté ou fait construire une maison ou un appartement. Elle note par ailleurs que l'intéressée peut à tout moment obtenir le remboursement de son épargne-logement, augmentée des intérêts. Elle estime donc que la requérante n'a pas été privée de ses biens, au sens du premier alinéa de l'article 1 du Protocole n° 1, et que l'Etat n'a ni exercé un contrôle sur ses biens ni méconnu son droit au respect de ses biens.

Il s'ensuit que cette partie de la requête est manifestement mal fondée, au sens de l'article 35 § 3 de la Convention.

Pour autant que la requérante se plaint de ce que le pouvoir d'achat de son épargne-logement a baissé en raison de l'inflation, la Cour estime que l'on ne saurait déduire de l'article 1 du Protocole n° 1 une obligation générale pour les Etats de maintenir, par une indexation systématique, le pouvoir d'achat des sommes déposées auprès de banques ou d'organismes financiers (X c. Allemagne, requête n° 8724/79, décision de la Commission du 6 mars 1980, DR 20, p. 226).

Pour autant que l'intéressée allègue que du fait de la limitation des garanties offertes par l'Etat aux titulaires de plans épargne-logement elle ne peut aujourd'hui acquérir une maison pour laquelle elle a épargné, la Cour réaffirme que l'article 1 du Protocole n° 1 ne reconnaît pas un droit à devenir propriétaire d'un bien (Linde c. Suède, requête n° 11628/85, décision de la Commission du 9 mai 1986, DR 47, p. 270). Elle rappelle enfin la jurisprudence des organes de la Convention d'après laquelle on ne saurait déduire de ladite clause un droit à l'acquisition d'un logement dans le cadre du programme de coopératives de logement subventionné par l'Etat polonais (Kuczynska c. Pologne, requête n° 25696/94, décision de la Commission du 10 septembre 1997, non publiée).

Il s'ensuit que cette partie de la requête est incompatible *ratione materiae* avec la Convention, au sens de l'article 35 § 3 de la Convention.

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

Déclare la requête irrecevable.

PONSETTI AND CHESNEL v. FRANCE
(Applications nos. 36855/97 and 41731/98)

THIRD SECTION¹

DECISION OF 14 SEPTEMBER 1999²

1. Sitting as a Chamber composed of Sir Nicolas Bratza, *President*, Mr J.-P. Costa, Mr L. Loucaides, Mr P. Kūris, Mrs F. Tulkens, Mr K. Jungwiert, Mrs H.S. Greve, *judges*, and Mrs S. Dollé, *Section Registrar*.

2. Translation; original French.

SUMMARY¹**Conviction for tax evasion after tax penalties had been imposed for the same matter****Article 6**

Fair hearing – Non bis in idem – Non bis in idem rule does not come within the scope of Article 6

Article 4 of Protocol No. 7

Right not to be tried or punished twice (non bis in idem) – Conviction for tax evasion after tax penalties had been imposed for the same matter – Constitutive elements of an offence

*
* *

The two applicants were the subject of audits by the tax authorities, the first for failing to lodge tax returns for three years in succession and the second because he had stopped making his monthly value-added tax (VAT) returns. Following the audits, the applicants received demands for tax and penalties, pursuant to Article 1728 of the General Tax Code. That provision empowers the tax authorities to add surcharges to the tax liability of taxpayers who fail to lodge their returns in time. In both cases, the tax authorities lodged a criminal complaint against the applicants; both were found guilty by the criminal courts of the offence of tax evasion, contrary to Article 1741 of the General Tax Code and sentenced to suspended terms of imprisonment and to the payment of fines. Article 1741 lays down that anyone who has fraudulently evaded assessment or payment in whole or in part of tax, or has attempted to do so, notably by wilfully omitting to make his return within the prescribed time is liable, independently of the applicable tax penalties, to a fine and to five years' imprisonment. The applicants made unsuccessful appeals to the court of appeal and Court of Cassation. *Inter alia*, their ground of appeal based on the *non bis in idem* rule was dismissed.

Held

(1) Article 4 of Protocol No. 7: Under Article 1741 of the General Tax Code, as interpreted by the Court of Cassation, the accused must have wilfully failed to make his returns within the prescribed time for the offence to be made out. However, the “fiscal offence” under Article 1728 of the General Tax Code is constituted merely by the failure to make a return within the prescribed period. Since the constitutive elements of the offences are therefore different, these two Articles do not relate to the same offence, such that there has been no breach of the *non bis in idem* rule: manifestly ill-founded.

1. This summary by the Registry does not bind the Court.

(2) Article 6: The *non bis in idem* rule is embodied solely in Article 4 of Protocol No. 7; the other provisions of the Convention do not guarantee compliance with it either expressly or implicitly: incompatible *ratione materiae*.

...

THE FACTS

Mr [Frédéric] Ponsetti, who was born in 1949, lives at Pierrelatte and practises as a bailiff. Mr [Christian] Chesnel was born in 1936 and lives in Paris. He is a practising notary. Both are French nationals. They were represented before the Court by Mr P.F. Ryziger, a member of the *Conseil d'État* and Court of Cassation Bar.

The facts, as submitted by the parties, may be summarised as follows.

A. The circumstances of the case

1. *The case of Mr Ponsetti*

The applicant failed to file income tax returns for the years 1988, 1989 and 1990 despite receiving demands to do so from the tax authorities. In April 1991 the tax authorities conducted an audit of his accounts and assessed him to 95,823 French francs (FRF) in unpaid income tax for the first of those three years, FRF 206,388 for the second and FRF 286,957 for the third. They sought recovery of those amounts, to which on 20 December 1991, pursuant to Article 1728 of the General Tax Code, they added default interest and surcharges at the rate of 80% of the sum due for 1988 (namely FRF 76,658) and of 40% for the other two years (amounting to FRF 104,352 and FRF 155,395).

At the same time the tax authorities lodged a criminal complaint against Mr Ponsetti alleging tax evasion and sought to be joined as a civil party to the proceedings.

The applicant was charged with “having at Montélimar, during the years 1988 to 1990, fraudulently evaded assessment of his income tax liability and evaded partial payment of such tax by wilfully omitting to file his return within the prescribed time, by concealing parts of his income liable to tax, by arranging his insolvency or obstructing the collection of the tax by other subterfuges, or by acting in any other fraudulent manner, in the instant case by omitting to file income tax returns for the years 1988 to 1990, thus evading payment of FRF 589,168 in income tax, being FRF 95,823 for 1988, FRF 206,388 for 1989 and FRF 286,957 for 1990”, an offence under Article 1741 of the General Tax Code.

On 21 July 1993, the Valence Criminal Court convicted the applicant and imposed a three months' suspended prison sentence and fine of FRF 10,000 on him. In reaching its verdict it stated: “... by failing to file income tax returns for the years 1988 to 1990, Mr Ponsetti committed the offence of which he stands accused of tax evasion, contrary to Article 1741 of the General Tax Code ...”.

The applicant and the prosecution appealed to the Grenoble Court of Appeal. On 17 November 1994 the Court of Appeal upheld the applicant's conviction and increased the sentence to a suspended term of six months' imprisonment and a fine of FRF 200,000. It reached its decision on the following ground:

"... the intentional element of the offence of tax evasion is sufficiently made out by the fact that the accused failed to make the tax returns necessary for assessing his liability to tax when:

- he was perfectly aware of that requirement, if only as a result of the 1986 audit;
- he had been given due notice before the audit to make the returns for each of the three years concerned;
- whatever the truth of his computing problems, the relevant information was available to him, as he had duly filed the monthly turnover figures for the calculation of VAT on time and therefore had only to deduct his professional liabilities in order to determine and declare his income;
- it is plain that he has used the pretext of computing difficulties to draw out matters as long as possible in order to plead the statute of limitations from which he has already partially benefited in 1986.

The tax authorities' decision regarding at what level on the scale of surcharges for unpaid tax to impose the – purely fiscal – penalty on Frédéric Ponsetti as a result of his conduct is, in law, a separate issue from the decision of the criminal court on whether the intentional element of the offence of tax evasion has been made out ..."

The applicant appealed to the Court of Cassation on the ground that there had been a violation of Article 6 of the Convention and of Article 4 of Protocol No. 7 to the Convention in so far as it guarantees the *non bis in idem* principle. On 20 June 1996 the Criminal Division of the Court of Cassation dismissed the appeal in a judgment which read as follows:

"... Frédéric Ponsetti argued in his defence that as he had already been subjected to tax penalties for the same matters, no further penalties could be imposed on him.

In rejecting the accused's submissions and sentencing him to a term of imprisonment and a fine under Article 1741 of the General Tax Code, the Court of Appeal stated that the nature and purpose of prosecution for tax evasion, which is aimed at curbing the unlawful avoidance of tax, are different from those pursued by the tax authorities when conducting a tax audit with a view to collecting unpaid tax.

Having regard to that reasoning, this Court is satisfied that the Court of Appeal gave a valid basis for its decision.

In accordance with the reservations made by France regarding Protocol No. 7, the *non bis in idem* rule enshrined in Article 4 of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms is applicable only to offences which under French law fall within the jurisdiction of the criminal courts and does not prevent tax penalties being imposed concurrently with penalties by the criminal courts.

It follows that the ground of appeal must be rejected ..."

2. *The case of Mr Chesnel*

The applicant has since 1979 been in practice as a notary in Bezons. From October 1990 onwards, he failed to make his monthly value-added tax (VAT) returns with the result that his activity was included on the audit programme of the Val d'Oise *département* tax office by the administrative department. The audit, which concerned VAT, covered 1989, 1990, 1991 and January to April 1992.

A notice advising that the accounts would be inspected was sent to the applicant on 12 June 1992 and the audit took place at his office between 25 June and 25 October 1992. The arrears to be paid by the applicant were assessed on the basis of VAT shown to be due by returns lodged during the audit. They came to a total of FRF 1,212,596. A demand for that amount was sent to the applicant on 27 November 1992. In addition to the VAT, the applicant was required to pay the surcharges laid down by Article 1728 of the General Tax Code for failure to file returns. They amounted to FRF 812,035 and FRF 209,859 (namely 90,95 % of the total).

On 19 November 1993 the tax office of the Val d'Oise *département* lodged a complaint with the Pontoise Criminal Court with the approval of the Tax Offences Board dated 8 November 1993. The tax authorities, represented by the Director of Taxes of the Val d'Oise *département*, lodged a request to be joined as a civil party to the proceedings.

The applicant was charged with "having at Bezons, between 1 October 1990 and 30 April 1992, fraudulently evaded assessment of his liability to tax, namely value-added tax, and evaded its payment in whole or in part, by wilfully concealing part of the sums, namely FRF 9,073,333, liable to such tax, on which was due FRF 1,212,596 in unpaid VAT ..."

Before the Criminal Court the applicant pleaded the *non bis in idem* rule, arguing that, since tax penalties had already been imposed on him he could not be prosecuted in the criminal courts for matters arising out of the same facts.

On 8 November 1995 the Criminal Court dismissed that procedural objection in a judgment which read as follows:

"It is common ground that an estoppel *per rem judicatam* constitutes an obstacle to a further prosecution if there is identity of legal basis, subject matter and parties with a previous prosecution that has ended with an unappealable decision.

In the instant case, even supposing that the tax proceedings resulted in a decision that could be described as criminal in character, the administrative proceedings involve different parties, a different subject matter and a different legal basis.

Firstly, there is no identity of parties between tax proceedings and criminal proceedings as the public prosecutor, who plays no role in the administrative proceedings, acts as the prosecuting party in the court proceedings.

In the administrative proceedings, however, it is the tax authorities who instigate matters.

In addition, the subject matter and legal basis in tax proceedings and in criminal proceedings are different.

Whereas the purpose of administrative proceedings is to obtain compensation only for the loss sustained by the tax authorities through the non-payment of taxes, the function of criminal proceedings is to remedy the harm caused to society by the actions of the perpetrator of the fraud.

There is a radical difference in the nature of tax penalties and criminal penalties, as the former may be imposed following a mere unintentional mistake by the taxpayer, without there being any additional harm to society.

The offence of tax evasion, however, causes additional harm which affects the whole fabric of society. Reparation for that harm is sought by the public prosecutor on behalf of society; thus, criminal proceedings and tax proceedings have a different purpose.

That difference in character is likewise demonstrated by the different statutory bases for tax penalties and criminal prosecutions ...”

As regards the merits, the Criminal Court stated “... in any event, the fact that notices were served on the accused from March 1991 onwards enables the arguments relating to the absence of intent or to improbable implied agreements with the tax authorities to be discounted ...”.

The Criminal Court found the applicant guilty of the offences of which he was accused and sentenced him to, *inter alia*, twelve months’ suspended imprisonment and a fine of FRF 100,000.

The applicant, the public prosecutor and the tax authorities appealed against that judgment. Referring to the European Convention on Human Rights, the applicant repeated his arguments based on the *non bis in idem* rule. On 24 October 1996 the Court of Appeal rejected that argument in a judgment in which it stated:

“... the case-law of the European Court ... does not require the court concerned to treat fiscal administrative penalties as criminal penalties but to examine whether under domestic law any of the aims of the penalty for the violation of a general rule concerning all citizens – irrespective of how such penalty is classified under domestic law – is at once preventive or deterrent and punitive rather than the reparation of damage for the purposes of Article 6 § 1 of the [Convention]. That Article provides: ‘In the determination ... of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair ... hearing ... by [a] ... tribunal.’

In practice, [the applicant] could have raised the ‘criminal’ character of the penalties imposed for tax evasion by seeking a review (which he did not do in the instant case) before a court, namely the administrative court, which would try the issue of the penalties fairly. As matters stand, the case-law of the European Court regarding the interpretation of Article 6 of the [Convention] requires no more than that.

Secondly, [as regards Article 4 of Protocol No. 7] ... France has made the following reservation regarding the application [of Article 4 of Protocol No. 7]: ‘... only those offences which under French law fall within the jurisdiction of the French criminal courts may be regarded as offences within the meaning of Articles 2 to 4 of this Protocol’.

Fiscal penalties and criminal penalties are different in nature, even though fiscal penalties, which are exclusively monetary, have a penal character for the purposes of the application of Article 6 § 1 of the [Convention]. Fiscal penalties are imposed by the authorities subject to review by the administrative courts whereas criminal penalties are imposed by the ordinary courts and may be other than financial, with sentences ranging from alternatives to prison to imprisonment itself and the imposition of additional penalties, none of which are available to the tax authorities.

Proceedings for the collection of tax and penalties or, as in the instant case, for challenging interest or tax penalties are not criminal proceedings; there is no determination of 'a criminal charge' for the purposes of either domestic law or of the international convention ratified, with a reservation, by France.

A criminal prosecution for tax evasion and administrative proceedings for the assessment of the base for tax, interest and penalties (whatever the stage, including the contentious stage, reached in the contemplated proceedings) are, both as regards their nature and subject matter, different from each other and mutually independent.

Thus, for the purposes of Article 4 of Protocol [No. 7], in the instant case neither the administrative proceedings (which cannot be classified as criminal) nor the nature of the administrative financial penalty (whose preventive and repressive character is relevant only as regards the requirement that the fundamental guarantees provided by Article 6 of the [Convention] should be applied), allow Mr Chesnel to affirm that he has previously been prosecuted in criminal proceedings solely on the ground that penalties were imposed on him in connection with unpaid VAT pursuant to Article 1728 of the General Tax Code. That is because the statutory basis is different from the one used in criminal proceedings, namely Articles 1741 and 1750 of the General Tax Code.

The *non bis in idem* rule cannot be applied in the present case. Consequently, Mr Chesnel cannot assert that he has been prosecuted twice on the same basis. The Court of Appeal upholds the decision of the court below to reject that argument, but does so on different grounds ..."

On the merits, the Court of Appeal upheld the impugned judgment finding that the applicant was guilty of the offence of tax evasion, and confirmed each of the penalties imposed by the Criminal Court.

The applicant appealed to the Court of Cassation. His sole ground of appeal was that there had been a violation of Article 4 of Protocol No. 7. In a judgment of 11 December 1997, the Court of Cassation dismissed the appeal on the following ground:

"... The Court of Appeal rejected the submissions [of the applicant] that, as a fiscal penalty had already been imposed on him, he could not be prosecuted for the same offence, and sentenced him to a term of imprisonment and fine pursuant to Article 1741 of the General Tax Code. In so doing, it stated that a criminal prosecution for tax evasion, which concerns criminal conduct, and administrative proceedings for the determination of the base of the tax, plus interest and penalties, are different in nature and purpose and independent of each other.

Having regard to that reasoning, this Court is satisfied that the Court of Appeal gave a valid basis for its decision.

The prohibition on two convictions for the same offence contained in Article 4 of Protocol No. 7 ... is, according to the reservations made by France on signing the Proto-

col, applicable only to offences which under French law are within the jurisdiction of the criminal courts and does not preclude fiscal penalties being imposed concurrently with the penalties imposed by the criminal courts ...”

B. Relevant domestic law and practice

The relevant provisions of the General Tax Code are as follows:

Article 1728

“1. Where a natural or juristic person or an association under an obligation to make a return or to lodge a document supplying information needed for the calculation of the base of any of the taxes, duties, charges, dues or other sums assessed or collected by the Department of Revenue or their payment fails to make such return or lodge such document within the time-limit, interest for late payment calculated in accordance with Article 1727 and a 10% surcharge shall be added to the tax liability imposed on the person concerned or assessed on the basis of the return or document lodged out of time.

...

3. The surcharge shall be increased to:

- 40% if the document is not lodged within thirty days after receipt of notice sent by registered post to produce the document within that time-limit;
- 80% if the document is not lodged within thirty days after receipt of a second notice sent in the same manner as the first.”

Article 1741

“Without prejudice to any special provisions ... anyone who fraudulently evades assessment or payment in whole or in part of the taxes with which this Code is concerned, or attempts to do so, whether by wilfully omitting to make his return within the prescribed time, or by wilfully concealing part of the sums liable to tax, or by arranging his insolvency or obstructing the collection of tax by other subterfuges, or by acting in any other fraudulent manner, shall be liable, independently of the applicable tax penalties, to a fine of FRF 250,000 and to imprisonment for a term of five years ...”

Under the case-law of the Criminal Division of the Court of Cassation the offence of fraudulent evasion or attempted fraudulent evasion of the assessment or payment of tax is characterised by the accused’s wilful omission to make his returns within the prescribed time, there being no requirement that fraudulent means should have been used (see judgments of 4 October 1974, *Gazette du palais* 1975.1 *Somm.* p. 150; 2 March 1976, *Recueil Dalloz Sirey*, 1976, 25th *cahier*; and 2 July 1998, *Recueil* no. 213). A finding that there has been wilful concealment of sums attracting tax suffices to characterise the tax offence “in all its constitutive elements”, it being unnecessary to establish the use of fraudulent means (see judgment of 2 July 1998 cited above).

COMPLAINTS

The applicants maintained that the fact that the tax authorities had imposed tax penalties on them and that they had been convicted by a criminal court amounted to their being punished twice for the same offence. They argued that that amounted to a violation of Article 4 of Protocol No. 7 to the Convention.

The applicants further submitted that those circumstances entailed a violation of their right to a fair trial and relied, in that regard, on Article 6 of the Convention.

PROCEDURE

Application no. 36855/97 (Ponsetti v. France) was lodged with the European Commission of Human Rights ("the Commission") on 19 December 1996 and registered on 11 July 1997. Application no. 41731/98 (Chesnel v. France) was lodged on 10 June 1998 and registered on 17 June 1998.

On 7 September 1998 the Commission decided to communicate the applications to the Government, and invited them to submit their observations in writing on their admissibility and merits.

Following the entry into force of Protocol No. 11 to the Convention on 1 November 1998, the applications were examined by the Court, pursuant to Article 5 § 2 of that Protocol.

The Government submitted their observations in the two cases on 26 January 1999, after being granted an extension of time, and each of the applicants replied on 30 March 1999, likewise after being granted an extension of time. On 18 May 1999 the Government lodged additional observations in both cases.

THE LAW

1. The Court notes that applications nos. 36855/97 (Ponsetti v. France) and 41731/98 (Chesnel v. France) relate to similar facts and disclose the same complaints. It orders their joinder pursuant to Rule 43 § 1 of the Rules of Court.

I. ARTICLE 4 OF PROTOCOL No. 7 TO THE CONVENTION

A. Arguments before the Court

2. The applicants maintained that the fact that the tax authorities had imposed tax penalties on them and that they had been convicted by a criminal court amounted to their being punished twice for the same of-

fence, in breach of Article 4 of Protocol No. 7 to the Convention, which provides:

“1. No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State.

2. The provisions of the preceding paragraph shall not prevent the reopening of the case in accordance with the law and penal procedure of the State concerned, if there is evidence of new or newly discovered facts, or if there has been a fundamental defect in the previous proceedings, which could affect the outcome of the case.

...”

3. The Government argued as their main submission that the applications were incompatible *ratione materiae* with the provisions of Article 4 of Protocol No. 7. Relying on the explanatory report on the Protocol, they said that for Article 4 to be applicable the following cumulative conditions had to be satisfied. Firstly, two sets of proceedings had to have taken place before the courts of the same State and the first set of proceedings had to have ended in a court decision that had become final. Secondly, the first of those decisions had to have been delivered by a criminal court applying rules of procedure classified as penal under the domestic law (there was nothing to suggest that the provision in issue was applicable *ipso facto* to all offences coming within the scope of “criminal proceedings” for the purposes of Article 6 of the Convention). The third requirement was that, after the first court decision and in the absence of any material new factor, a second set of proceedings should have been issued for the same offence. In short, for the purposes of Article 4 of Protocol No. 7, the *non bis in idem* rule was confined to prohibiting a fresh prosecution or further criminal conviction of a person for an offence in a given State when that person had already been finally tried for that offence by a criminal court. No final decision had been made against Mr Ponsetti or Mr Chesnel by the courts in the tax proceedings in issue as they had not sought judicial review by the administrative courts of the imposition of surcharges on them, such that the decision was an administrative, not a judicial one. Furthermore and in any event, the decision taken against them in the tax proceedings could not be equated with a criminal decision: surcharges for delay under Article 1728 of the General Tax Code were not so much intended to punish negligent taxpayers as to compensate for the loss sustained by the Treasury – indeed, the tax authorities would have no right to seek damages on that account before the criminal courts – and the penalties imposed on Mr Ponsetti had been relatively modest.

In the alternative, the Government argued that the reservation made by France in respect of Articles 2 to 4 of Protocol No. 7 meant that that provision could not be applied in the instant case. They said that it satisfied the requirements of Article 57 of the Convention, as its wording was

devoid of ambiguity or inaccuracies, and that if the Court were to hold that it was invalid, France would no longer be bound by those provisions.

Lastly, the Government submitted that in any event the applications were manifestly ill-founded as the fiscal penalties and criminal penalties imposed on the applicants did not relate to the same “offence”. The fiscal penalty was imposed because of the failure to make tax returns within the statutory time, while the criminal penalty was imposed because of the fraud constituted by the wilful evasion of payment of the tax. As in the case of *Oliveira v. Switzerland* (judgment of 30 July 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-V), there had been a “single criminal act”, characterised by the fact that a single set of circumstances amounted to two separate offences.

4. The applicants replied that the *non bis in idem* rule applied whenever a penalty was imposed on an individual following “criminal” proceedings within the meaning of the Convention. They added that France’s reservation with respect to Article 4 of Protocol No. 7 contravened former Article 64 of the Convention and referred in that connection to the submissions made before the Court in the case of *Gradinger v. Austria* (judgment of 23 October 1995, Series A no. 328-C). Lastly, they argued that the constitutive elements of the tax offence under Article 1728 of the General Tax Code were the same as for the offence under Article 1741 of that Code. For there to be an offence under the latter provision it sufficed that the accused had “fraudulently”, in other words knowingly, failed to allow the tax to be assessed, since the Court of Cassation had consistently held that it was not necessary to show that the defendants had used fraudulent means.

B. The Court’s assessment

5. The first paragraph of Article 4 of Protocol No. 7 establishes the principle that no one shall be liable to be tried or punished in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State.

The Court notes that, as the applicants had failed to make their returns, the tax authorities carried out audits of their accounts. Following the audits, the applicants received tax demands, the amounts claimed being increased by the penalties prescribed by Article 1728 of the General Tax Code.

Under that provision, if anyone who is required to make a return fails to do so within the prescribed time, the tax authorities may increase the amount payable by him by 10%, 40% or 80%, as the case may be. The surcharges that Mr Ponsetti was thus required to pay came to 80% of the

amount due for 1988 (namely FRF 76,658) and 40% of the amounts due for each of 1990 and 1991 (namely FRF 104,352 and FRF 155,395). The surcharges imposed on Mr Chesnel came to FRF 1,021,894.

Subsequently, the applicants were convicted by the courts on the basis of Article 1741 of the General Tax Code, which provides “anyone who fraudulently evades assessment or payment in whole or in part of the taxes with which this Code is concerned, or attempts to do so, [notably] by wilfully omitting to make his return within the prescribed time ... shall be liable, independently of the applicable tax penalties, to a fine of FRF 250,000 and to imprisonment for a term of five years ...”.

Under the case-law of the Criminal Division of the Court of Cassation, while there is no requirement that fraudulent means should have been used for the offence under Article 1741 of the General Tax Code to be made out, the accused must nevertheless have “wilfully” failed to make his returns within the prescribed time. Thus, the constitutive elements of that offence are different from those of the “fiscal offence” under Article 1728 of the General Tax Code, which is constituted by the failure to make the returns within the prescribed period. In other words, Articles 1741 and 1728 of the General Tax Code do not relate to the same offence, such that no question can arise in the instant case under Article 4 of Protocol No. 7.

Consequently, in any event, this part of the application is manifestly ill-founded and must be rejected pursuant to Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

II. ARTICLE 6 OF THE CONVENTION

6. The applicants maintained that the failure to comply with the *non bis in idem* rule also amounted to a violation of their right to a fair hearing. They relied on Article 6 of the Convention in that regard.

The Court stresses that that principle is embodied solely in Article 4 of Protocol No. 7; the other provisions of the Convention do not guarantee compliance with it either expressly or implicitly. Consequently, in any event, this part of the application is incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention, and must be rejected, pursuant to Article 35 §§ 3 and 4.

For these reasons, the Court unanimously

Decides to join applications nos. 36855/97 and 41731/98;

Declares the applications inadmissible.

PONSETTI ET CHESNEL c. FRANCE
(Requêtes n^{os} 36855/97 et 41731/98)

TROISIÈME SECTION¹

DÉCISION DU 14 SEPTEMBRE 1999²

1. Siégeant en une chambre composée de Sir Nicolas Bratza, *président*, M. J.-P. Costa, M. L. Loucaides, M. P. Kūris, M^{me} F. Tulkens, M. K. Jungwiert, M^{me} H.S. Greve, *juges*, et de M^{me} S. Dollé, *greffière de section*.

2. Texte français original.

SOMMAIRE¹**Condamnation pour délit de fraude fiscale venant après l'imposition de pénalités fiscales pour les mêmes faits****Article 6**

Procès équitable – Non bis in idem – Principe non bis in idem ne rentre pas dans le champ d'application de l'article 6

Article 4 du Protocole n° 7

Droit à ne pas être jugé ou puni deux fois (non bis in idem) – Condamnation pour délit de fraude fiscale venant après l'imposition de pénalités fiscales pour les mêmes faits – Éléments constitutifs d'un délit

*
* *

Les deux requérants firent l'objet de vérifications de comptabilité par l'administration fiscale, le premier après avoir omis de déposer ses déclarations d'impôts trois années consécutives et le second pour avoir arrêté de souscrire aux déclarations mensuelles de taxe sur la valeur ajoutée (TVA). À l'issue des vérifications, les deux requérants firent l'objet de redressements majorés de pénalités, conformément à l'article 1728 du code général des impôts. Cette disposition autorise l'administration fiscale lorsqu'un contribuable tenu de souscrire une déclaration omet de le faire dans les délais à assortir de majorations le montant des droits à la charge de l'intéressé. Dans les deux cas, l'administration fiscale déposa une plainte pénale à l'encontre des requérants. Ils furent tous deux reconnus coupables par les juridictions judiciaires du délit de fraude fiscale, prévu par l'article 1741 du même code, et condamnés à des peines de prison avec sursis et au paiement d'amendes. Ce dernier article dispose qu'une personne s'étant soustraite ou ayant tenté de se soustraire frauduleusement à l'établissement ou au paiement total ou partiel des impôts, notamment en ayant volontairement omis de faire sa déclaration dans les délais prescrits, est passible indépendamment des sanctions fiscales applicables d'une amende et d'un emprisonnement de cinq ans. L'issue des appels et pourvois en cassation des requérants ne leur furent pas favorables. Le moyen qu'ils avaient tiré du principe *non bis in idem* fut notamment rejeté.

1. Article 4 du Protocole n° 7 : il ressort de l'article 1741 du code général des impôts et de l'interprétation qu'en a faite la Cour de cassation qu'un prévenu doit avoir volontairement omis de faire ses déclarations d'impôts dans les délais impartis pour que le délit prévu par ledit article soit constitué. En revanche, l'infraction fiscale prévue par l'article 1728 du même code sera constituée par le

1. Rédigé par le greffe, il ne lie pas la Cour.

seul défaut de déclaration dans les délais. Les éléments constitutifs étant donc différents, ces deux articles n'ont pas trait à la même infraction et par là même le principe *non bis in idem* ne se trouve pas enfreint : défaut manifeste de fondement.

2. Article 6 : le principe *non bis in idem* est consacré par l'article 4 du Protocole n° 7 uniquement ; les autres dispositions de la Convention ne le garantissent ni explicitement ni implicitement : incompatibilité *ratione materiae*.

(...)

EN FAIT

M. [Frédéric] Ponsetti est né en 1949, réside à Pierrelatte et exerce la profession d'huissier. M. [Christian] Chesnel est né en 1936, réside à Paris et exerce la profession de notaire. Tous deux sont de nationalité française. Devant la Cour, ils sont représentés par M^e P.F. Ryziger, avocat aux Conseils.

Les faits, tels qu'ils ont été présentés par les parties, peuvent se résumer comme suit.

A. Les circonstances de l'espèce

1. *Le cas de M. Ponsetti*

N'ayant pas déposé les déclarations d'impôt sur le revenu pour les années 1988, 1989 et 1990 nonobstant les mises en demeure que lui avait adressées l'administration fiscale, le requérant fit l'objet, en avril 1991, d'une vérification de comptabilité à l'issue de laquelle la direction générale des impôts estima que les droits en matière d'impôt sur le revenu qu'il avait éludés se portaient à 95 823 francs français (FRF) pour la première année, 206 388 FRF pour la deuxième, et 286 957 FRF pour la troisième. Ladite administration procéda à un redressement de ces montants et, le 20 décembre 1991, en application de l'article 1728 du code général des impôts, augmenta ceux-ci des intérêts de retards ainsi que de pénalités à hauteur de 80 % pour la somme due au titre de 1988 (soit 76 658 FRF) et de 40 % pour celles dues au titre des deux autres années (soit 104 352 FRF et 155 395 FRF).

L'administration fiscale déposa parallèlement à l'encontre de M. Ponsetti, une plainte pénale avec constitution de partie civile pour fraude fiscale.

Le requérant fut prévenu « de s'être à Montélimar, au cours des années 1988 à 1990, frauduleusement soustrait à l'établissement et au paiement partiel de l'impôt sur le revenu des personnes physiques, soit qu'il ait volontairement omis de faire sa déclaration dans les délais prescrits, soit qu'il ait dissimulé une part des sommes sujettes à l'impôt, soit qu'il ait organisé son insolvabilité ou mis obstacle par d'autres manœuvres au recouvrement de l'impôt, soit en agissant de toute autre manière frauduleuse, en l'espèce en omettant de faire les déclarations d'impôt sur le revenu afférentes aux années 1988 à 1990, éludant ainsi 589 168 FRF de droits en matière d'impôt sur le revenu, soit 95 823 FRF pour l'année 1988, 206 388 FRF pour l'année 1989 et 286 957 FRF pour 1990 », délit prévu à l'article 1741 du code général des impôts.

Par un jugement du 21 juillet 1993, le tribunal correctionnel de Valence condamna le requérant à trois mois d'emprisonnement avec sursis et à une amende de 10 000 FRF. Ledit jugement précise qu'« (...) en omettant de faire les déclarations de l'impôt sur le revenu afférentes aux années 1988 à 1990, M. Ponsetti a commis le délit de fraude fiscale prévu et réprimé par l'article 1741 du code général des impôts qui lui est reproché. (...) ».

Le requérant et le ministère public interjetèrent appel devant la cour d'appel de Grenoble. Par un arrêt du 17 novembre 1994, ladite juridiction confirma la culpabilité du requérant et, réformant le jugement sur la peine, la porta à six mois d'emprisonnement avec sursis et 200 000 FRF d'amende. L'arrêt retient notamment le motif suivant :

« (...) l'élément intentionnel du délit de fraude fiscale résulte suffisamment de ce que le prévenu n'a pas souscrit les déclarations nécessaires à l'établissement de l'impôt alors que :

- il connaissait parfaitement cette nécessité, ne serait-ce qu'à la suite de la vérification de 1986,
- il avait été régulièrement mis en demeure pour chacune des trois années non déclarées avant le contrôle,
- il disposait des éléments nécessaires, quelle qu'ait pu être la réalité de ses problèmes d'informatique, dès lors qu'il a régulièrement souscrit dans les délais les déclarations mensuelles récapitulatives de chiffre d'affaires en vue de la TVA, et n'avait donc que ses charges professionnelles à déduire pour connaître et déclarer ses revenus,
- il a manifestement fait traîner les choses le plus longtemps possible sous ce prétexte de difficultés informatiques pour jouer sur la prescription, qui lui avait déjà partiellement bénéficié en 1986.

L'appréciation de l'Administration dans le choix du niveau de la sanction purement fiscale du comportement de Frédéric Ponsetti sur l'échelle des pénalités applicables à l'impôt éludé est juridiquement indépendante de l'appréciation du juge pénal sur l'existence de l'élément intentionnel de l'infraction de fraude fiscale. (...) »

Le requérant se pourvut en cassation, au moyen de la violation de l'article 6 de la Convention et de l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention en tant qu'il garantit le principe *non bis in idem*. Le 20 juin 1996, la chambre criminelle de la haute juridiction rejeta le pourvoi par un arrêt ainsi libellé :

« (...) Attendu que Frédéric Ponsetti a soutenu, pour sa défense, que des pénalités fiscales ayant déjà été infligées pour les mêmes faits, il ne pouvait à nouveau faire l'objet de sanctions ;

Attendu que, pour écarter les conclusions du prévenu et le condamner à des peines d'emprisonnement et d'amende entrant dans les prévisions de l'article 1741 du code général des impôts, la cour d'appel énonce que les poursuites pénales du chef de fraude fiscale, qui visent à réprimer des comportements délictueux tendant à la soustraction à l'impôt, ont une nature et un objet différents de ceux poursuivis, par l'Administration, dans le cadre du contrôle fiscal et qui tend au recouvrement des impositions éludées ;

Attendu qu'en l'état de ces motifs, la cour d'appel a donné une base légale à sa décision ;

Qu'en effet, la règle *non bis in idem* consacrée par l'article 4 du Protocole n° 7, additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, ne trouve à s'appliquer, selon les réserves faites par la France en marge de ce Protocole, que pour les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale et n'interdit pas le prononcé de sanctions fiscales parallèlement aux sanctions infligées par le juge répressif ;

D'où il suit que le moyen doit être écarté ; (...) »

2. *Le cas de M. Chesnel*

Le requérant exerce depuis 1979 l'activité de notaire à Bezons. A compter du mois d'octobre 1990, il ne souscrit plus les déclarations mensuelles de taxe sur la valeur ajoutée (TVA), ce qui conduisit le service gestionnaire à inscrire l'activité du requérant au programme de vérification de comptabilité de la direction des services fiscaux du Val d'Oise. Le contrôle fiscal porta sur les années 1989, 1990 et 1991 et sur les mois de janvier à avril 1992 en matière de TVA.

L'avis de vérification de la comptabilité fut adressé au requérant le 12 juin 1992 et les opérations de contrôle se déroulèrent dans les locaux de l'étude du 25 juin au 25 octobre 1992. Les rappels à verser par le requérant furent déterminés d'après le montant de la TVA ressortant des déclarations déposées pendant la vérification et s'élevèrent au total à la somme de 1 212 596 FRF. La notification de ce redressement fut adressée au requérant le 27 novembre 1992. Les droits rappelés en matière de TVA furent majorés des pénalités prévues par l'article 1728 du code général des impôts en cas de défaut de dépôt des déclarations, à savoir de 812 035 FRF et de 209 859 FRF (soit 90,95 % de pénalités).

Le 19 novembre 1993, sur avis conforme du 8 novembre 1993 de la commission des infractions fiscales, les services fiscaux du Val d'Oise déposèrent plainte près le tribunal correctionnel de Pontoise. L'administration des impôts représentée par le directeur des services fiscaux du Val d'Oise se constitua partie civile.

Le requérant fut prévenu « de s'être à Bezons, du 1^{er} octobre 1990 au 30 avril 1992, frauduleusement soustrait à l'établissement et au paiement total ou partiel de l'impôt, en l'espèce la taxe sur la valeur ajoutée, en dissimulant volontairement une part des sommes sujettes à cet impôt, à savoir 9 073 333 FRF donnant droit à un montant de 1 212 596 FRF de TVA édulcée (...) ».

Devant le tribunal, le requérant sollicita le bénéfice du principe *non bis in idem* ; il soutenait que, ayant déjà fait l'objet de sanctions fiscales, il ne pouvait être poursuivi devant la juridiction pénale pour les mêmes faits.

Le 8 novembre 1995, le tribunal correctionnel rejeta cette exception de procédure par un jugement ainsi libellé :

« (...) Attendu qu'il est constant que l'autorité de la chose jugée fait obstacle à une nouvelle poursuite dès lors que celle-ci présente une identité de cause, d'objet et de parties avec une poursuite antérieure ayant abouti à une décision définitive ;

Qu'en l'espèce, à supposer même que la procédure fiscale aboutisse à une décision susceptible de revêtir un caractère pénal, la voie administrative procède de parties, d'objets et de causes différents ;

Attendu en effet que, en premier lieu, il n'existe aucune identité de parties entre les procédures fiscales et pénales dans la mesure où le ministère public, absent de la procédure administrative, intervient en qualité de partie poursuivante dans le cadre de la procédure judiciaire ;

Qu'en revanche lors de la procédure administrative, la partie poursuivante est l'administration des Impôts ;

Attendu également que les procédures fiscales et pénales correspondent à des objets et des causes différents ;

Que si la procédure administrative a pour objet la réparation du seul préjudice de l'administration fiscale caractérisé par les droits érudés, la procédure pénale a pour fonction de réparer le trouble social résultant de l'action du fraudeur ;

Qu'il existe, en effet, une différence radicale de nature entre les sanctions fiscales et pénales, les premières pouvant résulter d'une simple erreur non intentionnelle du contribuable sans trouble social additionnel ;

Qu'en revanche, le délit de fraude fiscale crée un préjudice supplémentaire qui touche l'ensemble du corps social et dont la réparation, sollicitée en son nom par le ministère public, confère à la procédure pénale un objet distinct de celui assigné à la procédure fiscale ;

Que cette différence de nature est également caractérisée par les fondements textuels distincts des sanctions fiscales et de l'incrimination pénale ; (...) »

Sur le fond, le jugement précise qu'« (...) en tout état de cause, les mises en demeure dont le prévenu a fait l'objet à compter du mois de mars 1991 permettent d'écarter tant l'argument tiré du défaut d'élément intentionnel que celui résultant d'un improbable accord tacite de l'administration des impôts (...) ».

Le tribunal déclara le requérant coupable des faits qui lui étaient reprochés et le condamna notamment à douze mois d'emprisonnement avec sursis et à une amende de 100 000 FRF.

Le requérant, ainsi que le ministère public et l'administration fiscale, interjetèrent appel de ce jugement. Se référant à la Convention européenne des Droits de l'Homme, il souleva à nouveau son moyen tiré du principe *non bis in idem*. Le 24 octobre 1996, la cour d'appel rejeta l'exception par un arrêt ainsi motivé :

« (...) la jurisprudence de la Cour européenne (...) n'a pas pour conséquence de faire considérer les sanctions administratives fiscales comme des sanctions pénales mais de faire rechercher si la sanction de droit interne (et quelle que soit la qualification donnée

en droit interne) sanctionnant une violation d'une règle générale concernant tout citoyen, a un but non de réparation d'un préjudice mais à la fois préventif ou dissuasif et punitif, et ce aux fins de l'article 6 § 1 de la [Convention] selon lequel toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal (...) qui décidera (...) du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ;

Qu'en application, [le requérant] pouvait faire état du caractère « pénal » des sanctions de pénalités assortissant les droits fraudés dans une contestation (inexistante en l'espèce) portée devant un tribunal le jugeant équitablement sur lesdites pénalités, c'est-à-dire par le juge administratif ; que c'est là la seule portée de la jurisprudence de la Cour européenne en l'état d'évolution de son interprétation de l'article 6 de la [Convention] ;

Considérant en deuxième lieu [quant à l'article 4 du Protocole n° 7] (...) que la France a émis la réserve suivante quant à l'application [de l'article 4 du Protocole n° 7] : « Seules les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens des articles 2 et 4 du présent Protocole » ;

Que les sanctions fiscales et les sanctions pénales sont de nature différente, même si les sanctions fiscales pécuniaires exclusivement, ont un caractère pénal aux fins de l'application de l'article 6 § 1 de la [Convention] ; qu'elles sont appliquées, pour les premières par l'administration sous le contrôle des tribunaux administratifs, pour les secondes prononcées par les tribunaux judiciaires qui peuvent être autres que pécuniaires, pouvant aller jusqu'à des peines de substitution à l'emprisonnement, et au prononcé de peines complémentaires, toutes inconnues à l'administration ;

Que la procédure tendant au recouvrement des droits et pénalités comme en l'espèce à la contestation des majorations ou pénalités fiscales n'est pas une procédure pénale, qu'il n'est pas statué « en matière pénale » au sens du droit interne, ni au sens de la Convention internationale ratifiée avec réserve par la France ;

Que la poursuite pénale pour fraude fiscale et la procédure administrative tendant à la fixation de l'assiette de l'impôt, assorti de majorations et de pénalités (et ce quelle que soit l'étape de la procédure envisagée jusqu'à l'étape contentieuse) sont par leur nature et par leur objet différentes et indépendantes l'une de l'autre ;

Qu'ainsi, au regard de l'article 4 du Protocole [n° 7], en l'espèce, ni par la procédure administrative non qualifiable de pénale, ni par la nature de la sanction pécuniaire administrative (dont le caractère préventif et répressif n'a d'intérêt que pour l'exigence de l'application des garanties essentielles de l'article 6 de la [Convention]) M. Chesnel ne peut prétendre avoir déjà été pénalement poursuivi, au seul motif qu'il s'est vu infliger des pénalités affectant les droits éludés en matière de TVA, par application de l'article 1728 du code général des impôts, fondement différent des poursuites pénales, fondées sur l'article 1741 et 1750 du code général des impôts ;

Que la règle *non bis in idem* était en l'espèce insusceptible de trouver application ; qu'en conséquence M. Chesnel ne peut prétendre qu'il serait poursuivi par deux fois sur le même fondement ; qu'il y a lieu de confirmer le rejet du moyen, prononcé par le premier juge, toutefois sur substitution de motifs ; (...) »

Sur le fond, la cour d'appel confirma le jugement entrepris en ce qu'il avait déclaré le requérant coupable du délit de fraude fiscale et maintint l'ensemble des peines infligées par le tribunal correctionnel.

Le requérant se pourvut en cassation en invoquant comme unique moyen celui tiré de la violation de l'article 4 du Protocole n° 7. Par un arrêt en date du 11 décembre 1997, la Cour de cassation rejeta le pourvoi au motif suivant :

« (...) Pour écarter les conclusions [du requérant] qui soutenait qu'ayant déjà été l'objet d'une sanction fiscale, il ne pouvait plus être poursuivi pour les mêmes faits, et le condamner à des peines d'emprisonnement et d'amende en application de l'article 1741 du code général des impôts, la cour d'appel énonce que la poursuite pénale pour fraude fiscale, visant un comportement délictueux, et la procédure administrative, tendant à la fixation de l'assiette de l'impôt, assorti de majorations et de pénalités, sont par leur nature et leur objet différentes et indépendantes l'une de l'autre ;

Attendu qu'en l'état de ces motifs, la cour d'appel a donné une base légale à sa décision ;

Qu'en effet, l'interdiction d'une double condamnation à raison des mêmes faits prévue par l'article 4 du Protocole n° 7 (...) ne trouve à s'appliquer, selon les réserves faites par la France en marge de ce Protocole, que pour les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale et n'interdit pas le prononcé de sanctions fiscales parallèlement aux peines infligées par le juge répressif ; (...) »

B. Le droit et la pratique internes pertinents

Les dispositions pertinentes du code général des impôts sont les suivantes :

Article 1728

« 1. Lorsqu'une personne physique ou morale ou une association tenue de souscrire une déclaration ou de présenter un acte comportant l'indication d'éléments à retenir pour l'assiette ou la liquidation de l'un des impôts, droits, taxes, redevances ou sommes établis ou recouverts par la direction générale des impôts s'abstient de souscrire cette déclaration ou de présenter un acte dans les délais, le montant des droits mis à la charge du contribuable ou résultant de la déclaration ou de l'acte déposé tardivement est assorti de l'intérêt de retard visé à l'article 1727 et d'une majoration de 10 %.

(...)

3. La majoration visée au 1 est portée à :

- 40 % lorsque le document n'a pas été déposé dans les trente jours suivant la réception d'une mise en demeure notifiée par pli recommandé d'avoir à le produire dans ce délai ;
- 80 % lorsque le document n'a pas été déposé dans les trente jours suivant la réception d'une deuxième mise en demeure notifiée dans les mêmes formes que la première. »

Article 1741

« Sans préjudice des dispositions particulières (...), quiconque s'est frauduleusement soustrait ou a tenté de se soustraire frauduleusement à l'établissement ou au paiement

total ou partiel des impôts visés dans la présente codification, soit qu'il ait volontairement omis de faire sa déclaration dans les délais prescrits, soit qu'il ait volontairement dissimulé une part des sommes sujettes à l'impôt, soit qu'il ait organisé son insolvabilité ou mis obstacle par d'autres manœuvres au recouvrement de l'impôt, soit en agissant de toute autre manière frauduleuse, est passible, indépendamment des sanctions fiscales applicables, d'une amende de 250 000 F et d'un emprisonnement de cinq ans (...)

Il résulte de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation que le délit de soustraction frauduleuse ou de tentative de soustraction frauduleuse à l'établissement ou au paiement de l'impôt est caractérisé dès lors que le prévenu a volontairement omis de faire ses déclarations dans les délais prescrits et sans qu'il soit nécessaire que des manœuvres frauduleuses aient été employées (arrêt du 4 octobre 1974, *Gazette du palais* 1975.1 Somm. p. 150 ; arrêt du 2 mars 1976, *Recueil Dalloz Sirey*, 1976, 25^e cahier ; arrêt du 2 juillet 1998, *Recueil* n° 213). La seule constatation d'une dissimulation volontaire de sommes sujettes à l'impôt suffit à caractériser, « en tous ses éléments constitutifs », le délit fiscal sans qu'il soit nécessaire d'établir l'existence de manœuvres frauduleuses (arrêt du 2 juillet 1998 précité).

GRIEFS

Les requérants estiment que l'infliction à leur rencontre de pénalités fiscales par l'administration fiscale et leur condamnation pénale par les juridictions pénales s'analysent en deux condamnations pour les mêmes faits. Ils y voient une violation de l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention.

Les requérants soutiennent en outre que ces circonstances s'analysent aussi en une violation de leur droit à un procès équitable et invoquent à cet égard l'article 6 de la Convention.

PROCÉDURE

La requête n° 36855/97 (Ponsetti c. France) a été introduite devant la Commission européenne des Droits de l'Homme (« la Commission ») le 19 décembre 1996 et enregistrée le 11 juillet 1997. La requête n° 41731/98 (Chesnel c. France) a été introduite le 10 juin 1998 et enregistrée le 17 juin 1998.

Le 7 septembre 1998, la Commission a décidé de porter les requêtes à la connaissance du Gouvernement, en l'invitant à présenter par écrit ses observations sur leur recevabilité et leur bien-fondé.

A la suite de l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 à la Convention le 1^{er} novembre 1998, les requêtes sont examinées par la Cour, en application de l'article 5 § 2 dudit Protocole.

Le Gouvernement a présenté ses observations dans les deux affaires le 26 janvier 1999, après prorogation du délai imparti, et les requérants y ont répondu chacun le 30 mars 1999, également après prorogation du délai imparti. Le 18 mai 1999, le Gouvernement a déposé des observations complémentaires dans les deux affaires.

EN DROIT

1. La Cour, constatant que les requêtes n^{os} 36855/97 (Ponsetti c. France) et 41731/98 (Chesnel c. France) ont trait à des faits similaires et exposent les mêmes griefs, ordonne leur jonction en application de l'article 43 § 1 de son règlement.

I. ARTICLE 4 DU PROTOCOLE N^o 7 À LA CONVENTION

A. Thèses défendues devant la Cour

2. Les requérants estiment que l'infliction à leur encontre de pénalités fiscales par l'administration fiscale et leur condamnation pénale par les juridictions pénales s'analysent en deux condamnations pour les mêmes faits. Ils y voient une violation de l'article 4 du Protocole n^o 7 à la Convention, aux termes duquel :

« 1. Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat.

2. Les dispositions du paragraphe précédent n'empêchent pas la réouverture du procès, conformément à la loi et à la procédure pénale de l'Etat concerné, si des faits nouveaux ou nouvellement révélés ou un vice fondamental dans la procédure précédente sont de nature à affecter le jugement intervenu.

(...) »

3. Le Gouvernement plaide à titre principal que les requêtes sont incompatibles *ratione materiae* avec les dispositions de l'article 4 du Protocole n^o 7. Se fondant sur le rapport explicatif relatif audit Protocole, il affirme que, pour être applicable, l'article 4 exige la réunion des conditions suivantes : premièrement, deux instances juridictionnelles doivent s'être déroulées devant les tribunaux d'un même Etat et la première doit être close par une décision juridictionnelle devenue définitive ; deuxièmement, la première desdites décisions doit avoir été rendue par une juridiction répressive appliquant les lois de procédure qualifiées de pénales en droit interne (rien ne permettrait d'affirmer que la disposition litigieuse est applicable *ipso facto* à toutes les infractions entrant dans le champ de la « matière pénale » au sens de l'article 6 de la Convention) ;

troisièmement, il faut que, postérieurement à cette première décision juridictionnelle, une seconde procédure soit engagée pour la même infraction alors qu'aucun élément nouveau substantiel n'est apparu. Bref, au sens de l'article 4 du Protocole n° 7, le principe *non bis in idem* se limiterait à interdire, dans un Etat donné, de nouvelles poursuites ou une nouvelle condamnation pénales d'une personne pour une infraction, quand cette personne a déjà été définitivement jugée pour ces faits par une juridiction pénale. Or MM. Ponsetti et Chesnel n'auraient pas fait l'objet, dans le cadre des procédures fiscales litigieuses, d'une décision définitive émanant d'une juridiction : ils n'auraient exercé aucun recours devant le juge administratif contre la majoration dont ils firent l'objet, de sorte que celle-ci résulterait d'un acte administratif et non d'une décision juridictionnelle. De plus, en tout état de cause, la décision fiscale prise à leur rencontre ne pourrait être assimilée à une décision pénale : les majorations de retard prévues à l'article 1728 du code général des impôts ne viseraient pas tant à punir les contribuables négligents qu'à compenser le préjudice subi par le Trésor – d'ailleurs l'administration fiscale ne serait pas en droit de solliciter des dommages et intérêts à ce titre devant la juridiction pénale – et les pénalités imposées à M. Ponsetti seraient plutôt modérées.

Subsidiairement, le Gouvernement plaide que la réserve émise par la France sur les articles 2 à 4 du Protocole n° 7 fait obstacle à l'application de cette disposition aux présentes espèces. Il souligne que cette réserve est conforme à l'article 57 de la Convention, sa formulation étant dépourvue d'ambiguïté ou d'imprécision et affirme que dans le cas où la Cour la déclarerait invalide, la France ne serait plus liée par ces dispositions.

Enfin, le Gouvernement soutient qu'en tout état de cause les requêtes sont manifestement mal fondées dans la mesure où les sanctions fiscales et pénales infligées aux requérants n'auraient pas trait à la même « infraction » : la première répondrait au défaut de déclaration dans les délais légaux et la seconde, à une fraude constituée de la soustraction délibérée au paiement de l'impôt. Il s'agirait, comme dans l'affaire Oliveira c. Suisse (arrêt du 30 juillet 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-V) d'un cas de « concours idéal d'infractions », caractérisé par la circonstance qu'un fait unique se décompose en deux infractions distinctes.

4. Les requérants rétorquent que le principe *non bis in idem* s'impose dès lors qu'un individu a été condamné à l'issue de poursuites « pénales » au sens de la Convention. Ils ajoutent que la réserve de la France sur l'article 4 du Protocole n° 7 est contraire à l'ancien article 64 de la Convention et se réfèrent à cet égard aux conclusions de la Cour dans l'affaire Gradinger c. Autriche (arrêt du 23 octobre 1995, série A n° 328-C). Enfin, ils plaident que les éléments constitutifs de l'infraction fiscale de l'article 1728 du code général des impôts sont les mêmes que ceux réprimés par l'article 1741 dudit code. Pour que le délit prévu par cette dernière disposition soit constitué, il suffirait que le prévenu se soit soustrait à l'éta-

blissement de l'impôt « frauduleusement », c'est-à-dire en connaissance de cause : la Cour de cassation jugerait constamment qu'il n'est pas nécessaire que l'intéressé se soit rendu coupable de manœuvre frauduleuse.

B. L'appréciation de la Cour

5. Le premier paragraphe de l'article 4 du Protocole n° 7 consacre le principe selon lequel une personne ne peut être poursuivie ou punie pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle elle a déjà été acquittée ou condamnée par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat.

La Cour observe que, les requérants ayant omis de déposer leurs déclarations, l'administration fiscale procéda à une vérification de leur comptabilité ; à la suite de cette vérification, ils firent l'objet d'un redressement fiscal et les droits rappelés furent majorés des pénalités prévues par l'article 1728 du code général des impôts.

Cette disposition autorise l'administration fiscale, lorsqu'un contribuable tenu de souscrire une déclaration omet de le faire dans les délais, à assortir le montant des droits à la charge de l'intéressé d'une majoration de 10 %, 40 % ou 80 % selon les cas. Les majorations ainsi imposées à M. Ponsetti se portèrent à 80 % du montant dû au titre de 1988 (soit 76 658 FRF) et à 40 % de ceux dus au titre de 1990 et 1991 (soit 104 352 FRF et 155 395 FRF). Quant à M. Chesnel, il se vit infliger une pénalité de 1 021 894 FRF.

Par la suite, les requérants furent condamnés par les juridictions judiciaires sur le fondement de l'article 1741 du code général des impôts, aux termes duquel « (...) quiconque s'est frauduleusement soustrait ou a tenté de se soustraire frauduleusement à l'établissement ou au paiement total ou partiel des impôts visés dans la présente codification, [notamment en ayant] volontairement omis de faire sa déclaration dans les délais prescrits, (...) est passible, indépendamment des sanctions fiscales applicables, d'une amende de 250 000 F et d'un emprisonnement de cinq ans (...) ».

Il résulte de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation que, s'il n'est pas nécessaire que des manœuvres frauduleuses aient été employées pour que le délit de l'article 1741 du code général des impôts soit caractérisé, il faut néanmoins que le prévenu ait « volontairement » omis de faire ses déclarations dans les délais prescrits. Ainsi, les éléments constitutifs de ce délit diffèrent de ceux de l'« infraction fiscale » de l'article 1728 du code général des impôts, laquelle est constituée par le seul défaut de déclaration dans lesdits délais. En d'autres termes, les articles 1741 et 1728 du code général des impôts n'ont pas trait à la même

infraction, de sorte qu'aucune question ne saurait se poser en l'espèce sous l'angle de l'article 4 du Protocole n° 7.

Partant, en tout état de cause, cette partie de la requête est manifestement mal fondée et doit être rejetée en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

II. ARTICLE 6 DE LA CONVENTION

6. Les requérants soutiennent que le non-respect à leur égard du principe *non bis in idem* s'analyse aussi en une violation de leur droit à un procès équitable et invoquent à cet égard l'article 6 de la Convention.

La Cour souligne que ledit principe est consacré par le seul article 4 du Protocole n° 7 ; les autres dispositions de la Convention n'en garantissent le respect ni explicitement ni implicitement. En conséquence, en tout état de cause, cette partie de la requête est incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention, et doit être rejetée, en application de l'article 35 §§ 3 et 4.

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

Décide de joindre les requêtes n^{os} 36855/97 et 41731/98 ;

Déclare les requêtes irrecevables.