

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



REPORTS
OF JUDGMENTS AND DECISIONS

RECUEIL
DES ARRÊTS ET DÉCISIONS

2000-II

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

2002 ISBN 3-452-25198-6
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>Subject matter/Objet des affaires</i>	VII
<i>Mazurek c. France</i> , n° 34406/97, arrêt du 1 ^{er} février 2000	1
<i>Mazurek v. France</i> , no. 34406/97, judgment of 1 February 2000 ...	23
<i>Caballero v. the United Kingdom</i> [GC], no. 32819/96, judgment of 8 February 2000	45
<i>Caballero c. Royaume-Uni</i> [GC], n° 32819/96, arrêt du 8 février 2000	77
<i>McGonnell v. the United Kingdom</i> , no. 28488/95, judgment of 8 February 2000	107
<i>McGonnell c. Royaume-Uni</i> , n° 28488/95, arrêt du 8 février 2000 ..	127
<i>Stefanelli c. Saint-Marin</i> , n° 35396/97, arrêt du 8 février 2000	149
<i>Stefanelli v. San Marino</i> , no. 35396/97, judgment of 8 February 2000	159
<i>García Manibardo c. Espagne</i> , n° 38695/97, arrêt du 15 février 2000	169
<i>García Manibardo v. Spain</i> , no. 38695/97, judgment of 15 February 2000	185
<i>Amann c. Suisse</i> [GC], n° 27798/95, arrêt du 16 février 2000	201
<i>Amann v. Switzerland</i> [GC], no. 27798/95, judgment of 16 February 2000	245
<i>Rowe and Davis v. the United Kingdom</i> [GC], no. 28901/95, judgment of 16 February 2000	287
<i>Rowe et Davis c. Royaume-Uni</i> [GC], n° 28901/95, arrêt du 16 février 2000	325
<i>Fitt v. the United Kingdom</i> [GC], no. 29777/96, judgment of 16 February 2000	367
<i>Fitt c. Royaume-Uni</i> [GC], n° 29777/96, arrêt du 16 février 2000 .	415
<i>Gast and Popp v. Germany</i> , no. 29357/95, judgment of 25 February 2000	467
<i>Gast et Popp c. Allemagne</i> , n° 29357/95, arrêt du 25 février 2000 ...	489

Subject matter/Objet des affaires

Article 5

Article 5 § 3

Detainee brought before judge without power to order release

Caballero v. the United Kingdom, p. 45

Détenu traduit devant un juge n'ayant pas le pouvoir d'ordonner sa libération

Caballero c. Royaume-Uni, p. 77

Article 6

Article 6 § 1

Refusal to exempt an appellant from an obligation to deposit monies as a condition precedent to lodging an appeal despite the fact that her application for legal aid, in which her financial difficulties were set out, had not been considered

García Manibardo v. Spain, p. 185

Refus de dispenser un appelant de l'obligation de consignation conditionnant la recevabilité de son appel alors que sa demande d'assistance judiciaire faisant état de ses difficultés financières n'avait pas été examinée

García Manibardo c. Espagne, p. 169

Impartiality of judge previously involved in the adoption of the regulations at issue

McGonnell v. the United Kingdom, p. 107

Impartialité d'un juge ayant participé antérieurement à l'adoption de la réglementation en litige

McGonnell c. Royaume-Uni, p. 127

Non-disclosure to the defence of evidence held by the prosecution, on grounds of public interest immunity

Rowe and Davis v. the United Kingdom, p. 287

Fitt v. the United Kingdom, p. 367

Non-divulgation à la défense, pour des motifs d'intérêt public, de preuves détenues par l'accusation

Rowe et Davis c. Royaume-Uni, p. 325

Fitt c. Royaume-Uni, p. 415

Lack of a hearing before the trial or appellate judge in criminal proceedings

Stefanelli v. San Marino, p. 159

Absence d'audience devant le magistrat appelé à statuer dans le cadre d'une procédure pénale

Stefanelli c. Saint-Marin, p. 149

Applicability of Article 6 to constitutional proceedings
Length of constitutional proceedings

Gast and Popp v. Germany, p. 467

Applicabilité de l'article 6 à une procédure constitutionnelle
Durée d'une procédure constitutionnelle

Gast et Popp c. Allemagne, p. 489

Article 8

Interception of a telephone call, creation and storing of a card in the card index kept by the Public Prosecutor's Office

Amann v. Switzerland, p. 245

Interception d'un appel téléphonique, établissement et conservation d'une fiche dans les fichiers du ministère public

Amann c. Suisse, p. 201

Article 13

Effective remedy: interception of a telephone call, creation and storing of a card in the card index kept by the Public Prosecutor's Office

Amann v. Switzerland, p. 245

Recours effectif : interception d'un appel téléphonique, établissement et conservation d'une fiche dans les fichiers du ministère public

Amann c. Suisse, p. 201

Article 14

Distinction in law between adulterine children and legitimate children with regard to inheritance rights

Mazurek v. France, p. 23

Distinction faite par la loi entre enfants adultérins et enfants légitimes dans l'accès à la succession

Mazurek c. France, p. 1

Article 1 of Protocol No. 1 taken in conjunction with Article 14 of the Convention/Article 1 du Protocole n° 1 combiné avec l'article 14 de la Convention

Distinction in law between adulterine children and legitimate children with regard to inheritance rights

Mazurek v. France, p. 23

Distinction faite par la loi entre enfants adultérins et enfants légitimes dans l'accès à la succession

Mazurek c. France, p. 1

MAZUREK c. FRANCE
(Requête n° 34406/97)

TROISIÈME SECTION

ARRÊT DU 1^{er} FÉVRIER 2000¹

1. Texte français original.

SOMMAIRE¹**Distinction faite par la loi entre enfants adultérins et enfants légitimes dans l'accès à la succession****Article 14**

Discrimination – Naissance – Distinction faite par la loi entre enfants adultérins et enfants légitimes dans l'accès à la succession – Filiation – Enfant légitime – Enfant adultérin – Justification objective et raisonnable – Proportionnalité – Protection de la famille – Interprétation dynamique de la Convention – Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant

Article 1 du Protocole n° 1 combiné avec l'article 14 de la Convention

Privation de propriété – Succession – Distinction faite par la loi entre enfants adultérins et enfants légitimes dans l'accès à la succession

*

* *

L'article 760 du code civil établit une distinction entre enfants légitimes et enfants adultérins. Ces derniers ne peuvent revendiquer que la moitié de la part d'héritage à laquelle ils auraient eu droit s'ils avaient été légitimes ou légitimés. La fraction de la succession qui leur est ainsi soustraite vient s'ajouter à la part destinée aux enfants légitimes. L'abrogation de cette disposition a été proposée à plusieurs reprises, notamment par un projet de loi déposé en 1991. En outre, deux rapports – élaborés l'un par le Conseil d'Etat, en 1990, et l'autre par une commission mise en place par le ministre de la Justice, en 1999 – soulignent que la discrimination opérée par l'article 760 est contraire au principe d'égalité des filiations consacré par le code civil ainsi que par la Convention européenne des Droits de l'Homme et par la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant. La mère du requérant eut, en 1936, un premier enfant qui fut légitimé par le mariage qu'elle contracta en 1937. Le requérant naquit en 1942. Il fut déclaré sous le seul nom de sa mère, les deux époux, bien que toujours mariés, vivant séparés. Le divorce fut prononcé en 1944. A la suite du décès de la mère, le fils aîné demanda, en 1991, au tribunal de grande instance d'ordonner le partage de la succession de cette dernière et de déclarer que le requérant, enfant adultérin, ne pouvait prétendre, en application de l'article 760 du code civil, qu'au quart de l'héritage. Le requérant demanda que lui soient reconnus les mêmes droits qu'à un enfant légitime. Le tribunal fit droit à la demande du fils aîné. Il considéra, en effet, que la discrimination opérée avait pour finalité d'assurer le respect minimal des engagements contractés par le mariage, et qu'elle était de ce fait nécessaire au

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

respect des droits d'autrui. Les recours intentés par le requérant contre cette décision n'aboutirent pas.

1. Article 1 du Protocole n° 1 combiné avec l'article 14 de la Convention : le décès de sa mère ayant conféré au requérant des droits sur la succession, le patrimoine était la propriété conjointe de ce dernier et de son demi-frère ; il y a donc lieu d'examiner la requête sous l'angle de l'article 1 du Protocole n° 1 en combinaison avec l'article 14 de la Convention. Si le requérant a été privé d'une part de la succession au profit de son frère, c'est en raison de son statut d'enfant adultérin. Le souci de protection de la famille traditionnelle, qui est à l'origine de la différence de traitement instaurée par la loi, peut être considéré comme un but légitime. Toutefois, la notion de famille est évolutive. Or les développements intervenus au plan international dans le droit de la famille, ainsi que les réflexions menées en France même, vont dans le sens d'une disparition des discriminations à l'égard des enfants adultérins. L'interprétation de la Convention étant nécessairement dynamique, elle doit prendre en compte ces évolutions. Concernant la dimension morale du problème posé, il convient de noter qu'existait, à l'époque des faits, un projet de loi préconisant la suppression de la différence de traitement litigieuse. En tout état de cause, l'enfant adultérin ne saurait se voir reprocher des faits qui ne lui sont pas imputables. Force est pourtant de constater que le requérant a été pénalisé dans le partage de la succession en raison de sa condition d'enfant adultérin. En conséquence, l'exigence de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé n'a pas été respectée.

Conclusion : violation (unanimité).

2. Articles 8 et 14 combinés : la Cour, par cinq voix contre deux, n'estime pas nécessaire d'examiner ce grief.

Article 41 : la Cour octroie une réparation au requérant au titre du préjudice matériel et moral. Elle lui accorde également une certaine somme pour les frais engagés devant les juridictions internes et devant les organes de la Convention.

Jurisprudence citée par la Cour

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

Johnston et autres c. Irlande, arrêt du 18 décembre 1986, série A n° 112

Inze c. Autriche, arrêt du 28 octobre 1987, série A n° 126

Hoffmann c. Autriche, arrêt du 23 juin 1993, série A n° 255-C

Karlheinz Schmidt c. Allemagne, arrêt du 18 juillet 1994, série A n° 291-B

En l'affaire Mazurek c. France,

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

Sir Nicolas BRATZA, *président*,

MM. J.-P. COSTA,

L. LOUCAIDES,

M^{me} F. TULKENS,

MM. W. FUHRMANN,

K. JUNGWIERT,

K. TRAJA, *juges*,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 12 octobre 1999 et
18 janvier 2000,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 34406/97) dirigée
contre la République française et dont un ressortissant, M. Claude
Mazurek (« le requérant »), avait saisi la Commission européenne des
Droits de l'Homme (« la Commission ») le 13 décembre 1996 en vertu de
l'ancien article 25 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme
et des Libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Le 20 octobre 1997, la Commission a décidé de porter la requête à la
connaissance du gouvernement français (« le Gouvernement »), en
l'invitant à présenter par écrit des observations sur sa recevabilité et son
bien-fondé. Le Gouvernement a présenté ses observations le 9 mars 1998,
après prorogation du délai imparti, et le requérant y a répondu le 22 avril
1998.

3. A la suite de l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 à la Convention
le 1^{er} novembre 1998, et conformément à l'article 5 § 2 dudit Protocole,
l'affaire a été examinée par la Cour.

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 troisième section. La chambre constituée au sein de ladite
section comprenait de plein droit M. J.-P. Costa, juge élu au titre de la
France (articles 27 § 2 de la Convention et 26 § 1 a) du règlement), et
Sir Nicolas Bratza, président de la section (article 26 § 1 a) du
règlement). Les autres membres désignés par ce dernier pour compléter
la chambre étaient M. L. Loucaides, M^{me} F. Tulkens, M. W. Fuhrmann,
M. K. Jungwiert et M. K. Traja (article 26 § 1 b) du règlement).

5. Le 4 mai 1999, la chambre a déclaré la requête recevable¹ et a décidé d'inviter les parties à lui présenter, au cours d'une audience, leurs observations sur le fond.

6. L'audience s'est déroulée en public le 12 octobre 1999, au Palais des Droits de l'Homme à Strasbourg.

Ont comparu :

- *pour le Gouvernement*
M^{mes} M. DUBROCARD, sous-directrice
des droits de l'homme
à la direction des affaires juridiques
du ministère des Affaires étrangères, *agent*,
L. DELAHAYE, magistrat détaché
à la sous-direction des droits de l'homme
de la direction des affaires juridiques
du ministère des Affaires étrangères,
M. FAUCHEUX-BUREAU, magistrat au bureau
du droit civil général, à la direction des affaires
civiles et du sceau du ministère de la Justice, *conseils*;
- *pour le requérant*
M^c A. OTTAN, avocat au barreau de Montpellier, *conseil*.

Le requérant était également présent à l'audience.

La Cour a entendu en leurs déclarations M^c Ottan et M^{me} Dubrocard.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

7. Le requérant, Claude Mazurek, est un ressortissant français né en 1942 à Avignon et domicilié à La Grande-Motte.

8. La mère du requérant décéda le 1^{er} août 1990 d'une encéphalopathie au virus de l'immunodéficience humaine, le mode de contamination retenu étant post-transfusionnel. Elle laissait deux enfants : un fils naturel, Alain, né en 1936 et légitimé par le mariage de sa mère en 1937, et le requérant, né en 1942, déclaré sous le seul nom de sa mère, celle-ci étant alors encore mariée bien que séparée de fait. Le divorce fut prononcé au mois de juillet 1944.

1. *Note du greffe* : la décision de la Cour est disponible au greffe.

9. Par un acte du 30 avril 1991, Alain fit assigner le requérant devant le tribunal de grande instance de Nîmes en demandant que soit ordonné le partage de la succession par notaire, qu'il soit jugé que le requérant, enfant adultérin, ne pouvait prétendre qu'à un quart de la succession, que soit ordonnée la consignation entre les mains du notaire d'une somme irrégulièrement retirée par le requérant sur le compte de sa mère et transférée sur un compte personnel alors que celle-ci était dans le coma.

10. Dans ses conclusions, le requérant acceptait la désignation du notaire pour liquider la succession, mais soutenait que l'article 760 du code civil qui limite les droits successoraux de l'enfant adultérin était discriminatoire et incompatible avec les articles 8 et 14 de la Convention, les dispositions de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant et l'article 334 du code civil posant le principe de l'égalité des filiations. Il demandait que lui soient reconnus des droits successoraux identiques à ceux d'un enfant légitime. Il soutenait par ailleurs que la somme dont la consignation était requise avait été virée à titre de libéralité non rapportable ainsi que le prouvaient un courrier de la défunte du 20 janvier 1988, un pouvoir général bancaire du 2 février 1988 et des témoignages.

11. Par un jugement du 21 janvier 1993, le tribunal ordonna le partage de la succession. Quant aux droits du requérant, il se référa à l'article 760 du code civil (paragraphe 17 ci-dessous).

En admettant que cette disposition était dérogatoire au principe d'égalité des filiations posé par l'article 334, alinéa 1^{er}, du code civil, le tribunal estima qu'elle ne visait pas à opérer une discrimination entre enfants en fonction de leur naissance, mais à assurer le respect minimal des engagements contractés par le fait du mariage par le parent marié qui donne naissance à un enfant naturel. Il en conclut que cette disposition était rendue nécessaire pour protéger les droits d'autrui et était un principe d'ordre public non contraire à la Convention.

Quant à la somme qui avait été retirée par le requérant et virée sur son propre compte, le tribunal estima que celui-ci n'avait fait qu'exécuter la volonté de sa mère de le gratifier par préciput et que, si cette libéralité devait être fictivement rapportée à la masse partageable pour le calcul de la quotité disponible, il n'y avait pas lieu en l'état d'ordonner la consignation de la somme entre les mains du notaire liquidateur.

12. Devant la cour d'appel, le requérant invoqua notamment l'incompatibilité de l'article 760 du code civil avec les articles 8 et 14 de la Convention et l'article 1 du Protocole n° 1.

13. Par un arrêt du 24 mars 1994, la cour d'appel de Nîmes confirma le jugement entrepris quant à l'ouverture de la succession et la détermination des droits successoraux du requérant. Elle estima toutefois que la somme virée sur le compte du requérant devait être rapportée à la succession car il n'avait pas apporté la preuve d'une libéralité voulue par sa mère.

14. Quant au grief tiré de l'incompatibilité de la discrimination entre enfant légitime et enfant adultérin avec les dispositions de la Convention, la cour d'appel considéra :

«Attendu en l'espèce que les dispositions de l'article 760 du code civil, qui limitent les droits successoraux de l'enfant adultérin, sont directement liées au principe d'ordre public de notre droit selon lequel le mariage a un caractère monogamique et selon lequel il est nécessaire de protéger le conjoint et les enfants victimes de l'adultère;

Attendu que les dispositions de cet article n'ont pas été édictées pour porter préjudice à l'enfant adultérin mais pour protéger le conjoint et les enfants victimes de l'adultère, qu'il ne s'agit donc pas d'une mesure volontairement discriminatoire à l'égard de l'enfant adultérin, qu'en l'espèce cet article assure la protection des enfants nés du mariage qui pourraient être défavorisés lorsque s'ouvre la succession de leurs parents par la présence d'un enfant adultérin qui, du fait du pré-décès du conjoint non adultère, et du régime matrimonial choisi par les conjoints, pourrait recueillir dans la succession de son auteur à la fois les biens provenant de celui-ci et les biens provenant du conjoint dont il n'est pas l'enfant ;

Attendu que c'est donc à bon droit que le tribunal a estimé que la volonté du législateur n'est pas de pratiquer une discrimination entre enfants en fonction de leur naissance, mais d'assurer le respect minimal des engagements contractés par le fait du mariage par le parent marié à l'égard de ses enfants légitimes, que le tribunal a estimé donc à bon droit également que l'article 760 du code civil est une disposition rendue nécessaire pour la protection des droits d'autrui, qu'il est un principe d'ordre public de notre droit et qu'il n'est pas contraire à la Convention européenne des Droits de l'Homme;»

15. Sur pourvoi du requérant, la Cour de cassation rendit son arrêt le 25 juin 1996.

Sur le moyen du requérant tiré d'une discrimination injustifiée entre les enfants naturels et légitimes fondée sur la naissance, et ce en violation des articles 8 et 14 de la Convention, elle considéra que la vocation successorale est étrangère au respect de la vie privée et familiale reconnu par l'article 8 de la Convention.

Quant au grief tiré du fait que la cour d'appel avait ordonné le rapport à la succession de la somme virée sur le compte du requérant, la Cour de cassation considéra que la cour d'appel avait souverainement estimé que les circonstances de la cause ne démontraient pas de la part de la défunte la volonté de faire bénéficier son fils d'une donation précipitaire.

16. Par ailleurs, le 14 janvier 1994, la commission du fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles attribua au requérant à titre personnel une indemnisation de 40 000 francs français (FRF) et évalua le préjudice de la défunte à 500 000 FRF devant être versés à sa succession. Cette somme fut donc versée entre les mains du notaire chargé de la succession et le requérant en perçut ultérieurement un quart.

II. LE DROIT INTERNE ET INTERNATIONAL PERTINENT

A. Le code civil

17. Les dispositions pertinentes du code civil, issues de la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972, se lisent comme suit :

Article 745

« Les enfants ou leurs descendants succèdent à leurs père et mère, aïeuls, aïeules, ou autres ascendants, sans distinction de sexe ni de primogéniture, et encore qu'ils soient issus de différents mariages.

Ils succèdent par égales portions et par tête, quand ils sont tous au premier degré et appelés de leur chef; ils succèdent par souche, lorsqu'ils viennent tous ou en partie par représentation. »

Article 757

« L'enfant naturel a, en général, dans la succession de ses père et mère et autres ascendants, ainsi que de ses frères et sœurs et autres collatéraux, les mêmes droits qu'un enfant légitime. »

Article 760

« Les enfants naturels dont le père ou la mère était, au temps de leur conception, engagé dans les liens d'un mariage d'où sont issus des enfants légitimes, sont appelés à la succession de leur auteur en concours avec ces enfants; mais chacun d'eux ne recevra que la moitié de la part à laquelle il aurait eu droit si tous les enfants du défunt, y compris lui-même, eussent été légitimes.

La fraction dont sa part héréditaire est ainsi diminuée accroîtra aux seuls enfants issus du mariage auquel l'adultère a porté atteinte; elle se divisera entre eux à proportion de leurs parts héréditaires. »

B. La Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant

18. Les dispositions pertinentes de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant, entrée en vigueur le 2 septembre 1990, se lisent comme suit :

Article 2

« 1. Les Etats parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation.

2. Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes les formes de discrimination ou de sanction

motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille.»

C. Les propositions et projets de réforme

19. Dans un rapport intitulé «Statut et protection de l'enfant», adopté en mai 1990, le Conseil d'Etat évoque la question de l'égalité dans les effets de la filiation dans les termes suivants :

«La réduction de la vocation successorale des enfants adultérins est très critiquée. Elle apparaît directement contraire à l'égalité des filiations et constitue une atteinte aux principes posés par le Code civil selon lesquels l'enfant naturel a en général les mêmes droits que l'enfant légitime. Cette discrimination fondée sur la filiation semble également contraire à la Convention européenne des droits de l'Homme et à la Convention relative aux droits de l'enfant. Elle devrait donc être supprimée.»

Le rapport du Conseil d'Etat livre également des données socio-démographiques. Il en ressort qu'au 1^{er} janvier 1990 un enfant sur dix était né hors mariage, la proportion dépassant un sur quatre pour les naissances de 1988. En outre, des modifications substantielles dans les comportements familiaux sont apparues pendant la seconde moitié de la décennie 1970, «avec une baisse du nombre annuel de mariages de 30 % entre 1975 et 1985, une multiplication par 2,5 du nombre des naissances illégitimes sur la même période, et un développement de la cohabitation hors mariage si rapide que c'est maintenant le type de première union pour deux Français sur trois (...) quant aux divorces, leur nombre annuel avait déjà presque doublé entre 1960 et 1975, et il a encore doublé au cours des dix années suivantes».

20. Un projet de loi, enregistré le 23 décembre 1991 (n° 2530), proposa d'aligner la situation successorale des enfants adultérins sur celle des autres enfants. Ce projet n'eut pas de suite.

21. Le 3 février 1998, le garde des Sceaux chargea M^{me} Irène Théry, sociologue, de prendre en compte les évolutions de la famille. Le rapport intitulé «Couple, filiation et parenté aujourd'hui» fut déposé le 14 mai 1998. Il releva l'absence de fracture sociologique entre les couples mariés ou non, et critiqua le statut inégalitaire des enfants adultérins.

22. En août 1998, un groupe de travail sur le droit de la famille fut mis en place par la ministre de la Justice afin, notamment, «de tenir juridiquement compte de l'évolution des faits», pour éviter «que ne se creuse un fossé entre les aspirations [des citoyens] et le droit». Présidée par le professeur Françoise Dekeuwer-Defossez, la commission rendit son rapport le 14 septembre 1999. Celui-ci contient un ensemble de propositions afin de «rénewer le droit de la famille». En particulier, la commission préconise de «parfaire l'égalité des filiations» dans les termes suivants :

« L'égalité des filiations a été l'un des deux principes directeurs de la loi du 3 janvier 1972. A l'époque, un compromis était cependant nécessaire et l'égalité parfaite n'a pas été atteinte. Aujourd'hui, il semble indispensable d'achever l'évolution et d'atteindre l'égalité des filiations. Pour réaliser cet objectif, il convient d'une part d'achever l'égalité des statuts et d'autre part d'unifier le droit à la filiation pour que l'établissement ou la contestation d'une filiation ne dépende plus du statut juridique des parents.

SSI. Achever l'égalité des statuts

Unanimentement et sans hésitation, le groupe de travail a jugé le moment venu d'abroger les restrictions légales aux droits successoraux des enfants adultérins. En effet, ceux-ci se trouvent diminués de moitié lorsque l'enfant adultérin vient en concours avec des demi-frères et sœurs ou avec le conjoint victime de l'adultère.

Plusieurs arguments militent fortement dans le sens d'une abrogation. Le premier est tout simplement chronologique. Les solutions adoptées par la loi du 3 janvier 1972 constituaient, selon les auteurs les plus autorisés « une transaction sans gloire », fruit d'une « loi de compromis ». Cette transaction, et ce compromis, étaient imposés par la nécessité de respecter une transition, permettant l'insertion progressive dans notre droit du principe d'égalité que la loi entendait promouvoir. Vingt-sept ans après, le temps des transitions est terminé. Un second argument tient à la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Il est prévisible que la règle française sera prochainement condamnée, et l'on peut préférer une modification de notre droit qui ne paraîtrait pas imposée de l'extérieur. Enfin, et surtout, le parti choisi par le groupe d'unifier le droit de la filiation en abrogeant les classifications qui le divisent rend de plus en plus difficile le maintien d'inégalités fondées sur les conditions de la naissance, sans encourir inévitablement le double grief d'injustice et de contradiction.

Faut-il craindre d'ébranler ainsi le sens du mariage, en portant atteinte à la foi que les époux se sont promis ? Le groupe ne le pense pas. L'adultère est évidemment une blessure grave infligée au conjoint qui en est victime, et par-delà les époux, aux enfants nés de leur union. En termes plus juridiques, l'adultère est toujours une faute et il peut être une faute grave, car le devoir de fidélité est inhérent à l'engagement conjugal. Mais cette faute, si elle doit être sanctionnée, ne peut l'être que dans la personne de ceux qui l'ont commise, et certainement pas à notre sens dans la personne de l'enfant qui en est issu. Il est contradictoire d'affirmer l'égalité des responsabilités des parents envers leurs enfants quelle que soit la manière dont ils choisissent de vivre leur vie de couple, et de faire supporter par un enfant, parce qu'il est adultérin, les conséquences de l'infidélité de son auteur.

Plus concrètement, situer sur le terrain successoral la sanction des devoirs acceptés dans le mariage ne paraît ni juste ni opportun. D'une part, les relations entre époux auront souvent été rompues bien avant la naissance de cet enfant, et il y a alors quelque hypocrisie à lui opposer les liens d'un engagement dont ceux qui l'avaient contracté se sont affranchis depuis longtemps. D'autre part, si même le lien conjugal a conservé jusqu'au bout sa réalité, n'est-il pas vain d'espérer qu'un avantage successoral pourra réparer une déchirure qui se situe par nature dans un tout autre plan ? Au demeurant, dans l'état actuel du droit, il est presque toujours possible à l'auteur de l'enfant de « gommer » cette réduction de droits au moyen d'une légitimation – après divorce et remariage, voire sans divorce par autorité de justice – ou même d'une adoption. Loin de rendre la règle plus aisément supportable, cette faculté a pour effet de laisser à la discrétion du parent adultère le sort final de l'enfant. Ainsi les dispositions actuelles aboutissent-elles à multiplier les inégalités, sans parvenir à affirmer de manière forte le sens de l'engagement conjugal.

Ajoutons que nous paraît devoir être écartée une solution intermédiaire par laquelle on abrogerait la protection que la loi actuelle assure aux enfants issus du mariage (notamment les articles 760 et 915) tout en maintenant celle dont bénéficie l'époux trompé, victime directe de l'adultère, à travers les articles 759 et 767 alinéa 2. On se conformerait ainsi «*a minima*» aux conventions internationales dont la seule préoccupation est celle de l'égalité entre enfants, tandis que les protections propres au conjoint ne trouvent, par hypothèse, à s'appliquer qu'en l'absence d'autres descendants du défunt. Cette solution hybride ne serait qu'une manière de ne pas trancher le débat. Ce qui est en cause, en effet, n'est pas seulement l'égalité concrète entre enfants issus de lits différents dans le partage de la succession de leur auteur commun, mais, de manière à la fois plus abstraite et plus forte, l'identité des droits attachés au lien de filiation.

Proposition :

- Abroger les limites aux droits successoraux de l'enfant adultérin.»

EN DROIT

23. Le requérant allègue être victime d'une violation des articles 8 et 14 de la Convention, ainsi que de l'article 1 du Protocole n° 1 en raison du fait que les dispositions applicables en droit civil français ont limité ses droits successoraux sur les biens de sa mère par rapport à ceux de son demi-frère.

24. La Cour estime que, la succession étant déjà ouverte lors de l'introduction de la requête, il convient d'examiner au premier chef la requête sous l'angle de l'atteinte alléguée au droit au respect des biens du requérant combiné avec le principe de non-discrimination (voir, *mutatis mutandis*, arrêt Inze c. Autriche du 28 octobre 1987, série A n° 126, p. 17, § 38).

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 1 DU PROTOCOLE N° 1 COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION

25. Le requérant se plaint que, du fait de l'application par les juridictions françaises de l'article 760 du code civil, il lui a été alloué une part de la succession de sa mère inférieure à celle qu'a obtenue son demi-frère et ce, parce qu'il était un enfant adultérin.

26. Les articles 1 du Protocole n° 1 et 14 de la Convention se lisent respectivement comme suit :

Article 1 du Protocole n° 1

«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.»

Article 14 de la Convention

«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.»

27. Le requérant rappelle que son demi-frère était un enfant naturel qui a été légitimé par le mariage de ses parents. Il estime que la différenciation, quant aux droits successoraux, entre enfant naturel légitimé par le mariage et enfant adultérin venant en concours ne répond pas à un but légitime. Il ajoute que, même en se plaçant sur le terrain de la défense de l'institution du mariage et de la famille traditionnelle, la différence de traitement réservée à l'enfant adultérin par rapport à l'enfant naturel légitimé est inacceptable puisque, dans les deux cas, l'enfant est conçu hors des liens du mariage. Ainsi, l'égalité de droit ne contreviendrait en rien au règlement d'une situation qui ne s'est pas édifiée sur la foi du mariage, mais en marge du mariage. En outre, il ne s'agissait pas en l'occurrence de protéger le conjoint victime de l'adultère, puisque le divorce avait été prononcé le 4 juillet 1944.

28. Le requérant fait encore observer que la méconnaissance par les juridictions internes de l'intention libérale de la défunte à son égard rend encore plus illégitime la différenciation de ses droits successoraux vis-à-vis de son demi-frère.

29. Le requérant considère que les moyens employés pour protéger la famille légitime étaient disproportionnés au but recherché.

30. Il rappelle que la Convention, qui a un caractère dynamique et entraîne des obligations positives de la part des Etats, est un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions actuelles, et que les Etats membres du Conseil de l'Europe attachent de nos jours de l'importance à l'égalité, en matière de droits de caractère civil, entre enfants issus du mariage et enfants nés hors mariage. Ainsi, seules de très fortes raisons pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur la naissance hors mariage.

31. En se fondant sur le droit comparé européen, le requérant relève, quant aux arguments avancés par le Gouvernement, que la France se singularise au sein du Conseil de l'Europe en maintenant une position excessivement restrictive et discriminatoire sur cette question.

32. Pour ce qui est de la marge d'appréciation de l'Etat, le requérant considère que l'on n'aperçoit ni la motivation ni la démonstration d'une

spécificité française sur le terrain de la morale, spécificité qui rendrait impossible la mise en œuvre du principe d'égalité constamment affirmé.

33. Le Gouvernement expose que les dispositions de l'article 760 du code civil reposent sur de très solides raisons qui répondent à un but légitime et respectent le rapport de proportionnalité exigé par la Cour. Il ajoute que, selon la jurisprudence, une distinction est discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable.

34. Pour ce qui est de la justification, le Gouvernement souligne que dans l'esprit de la loi du 3 janvier 1972 qui reconnaît l'égalité des filiations, l'article 760 du code civil est une exception introduite dans le but de protéger la famille légitime qui repose sur le mariage d'où découlent des droits et obligations, tel le devoir de fidélité.

35. Il ajoute qu'accorder à l'enfant adultérin une stricte égalité de droits avec l'enfant légitime reviendrait à ne tenir aucun compte de la situation qui est édictée sur la foi du mariage et que la protection de la famille légitime est ainsi assurée par une protection particulière des membres de celle-ci qui sont particulièrement touchés par l'adultère, à savoir le conjoint et les enfants légitimes.

36. Le Gouvernement conclut qu'un tel but est légitime.

37. Il expose encore que les moyens employés sont proportionnés au but visé et souligne que l'Etat dispose en la matière d'une marge d'appréciation.

38. Il ajoute qu'il n'existe pas d'approche commune des Etats membres du Conseil de l'Europe concernant les droits des enfants adultérins et que la Cour a pris ce fait en considération dans son arrêt *Rasmussen c. Danemark* (arrêt du 28 novembre 1984, série A n° 87).

39. Le Gouvernement estime *mutatis mutandis* que l'absence d'unité d'approche au sein du Conseil de l'Europe devrait conduire à reconnaître aux Etats une marge d'appréciation suffisante pour leur permettre de déterminer les mesures destinées à protéger les membres de la famille légitime, lorsqu'ils sont en concours avec des enfants adultérins pour la succession de leur auteur. Il souligne par ailleurs l'existence d'intérêts moraux qui entrent en jeu dans ce genre de situation.

40. En tout état de cause, le Gouvernement estime que les mesures prises ne sont pas disproportionnées au but poursuivi.

En effet, la restriction des droits de l'enfant adultérin n'est prévue que de manière exceptionnelle, lorsqu'il est en concours avec un enfant légitime ou avec un enfant naturel simple. Il ajoute que le conjoint adultère dispose de plusieurs moyens pour faire disparaître cette inégalité par la légitimation par mariage ou par autorité de justice.

41. La Cour rappelle tout d'abord que l'article 1 du Protocole n° 1 garantit en substance le droit de propriété (arrêt *Inze* précité, p. 17, § 38).

42. Dans la mesure où la mère du requérant était décédée au moment des faits, la Cour constate que le requérant avait automatiquement

acquis, en vertu des articles 745, 757 et 760 du code civil français, des droits héréditaires sur la succession. Le patrimoine était donc la propriété conjointe du requérant et de son demi-frère.

43. Dès lors les faits de la cause relèvent de l'article 1 du Protocole n° 1, et l'article 14 de la Convention peut s'appliquer en combinaison avec lui.

A. Sur l'existence d'une différence de traitement

44. La Cour relève d'emblée que le Gouvernement ne conteste pas le fait que, en application des articles pertinents du code civil, les deux demi-frères ne se trouvaient pas dans la même situation vis-à-vis de la succession de leur mère.

45. Elle constate que c'est en raison de sa condition d'enfant adultérin que le requérant a vu réduire de moitié, au profit de son demi-frère, la part de la succession à laquelle il aurait eu droit s'il avait été un enfant naturel ou légitime et que cette différence de traitement est expressément prévue par l'article 760 du code civil.

46. La Cour rappelle, sur ce point, que dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention, l'article 14 interdit de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables (arrêt Hoffmann c. Autriche du 23 juin 1993, série A n° 255-C, p. 58, § 31).

47. Il convient dès lors de déterminer si la différence de traitement alléguée était justifiée.

B. Sur la justification de la différence de traitement

48. Au regard de l'article 14 de la Convention, une distinction est discriminatoire si elle «manque de justification objective et raisonnable», c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un «but légitime» ou s'il n'y a pas de «rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé» (voir notamment les arrêts Inze précité, p. 18, § 41, et Karlheinz Schmidt c. Allemagne du 18 juillet 1994, série A n° 291-B, pp. 32-33, § 24).

49. La Cour rappelle à ce propos que la Convention est un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions actuelles (voir notamment l'arrêt Johnston et autres c. Irlande du 18 décembre 1986, série A n° 112, pp. 24-25, § 53). Or les Etats membres du Conseil de l'Europe attachent de nos jours de l'importance à l'égalité, en matière de droits de caractère civil, entre enfants issus du mariage et enfants nés hors mariage. En témoigne la Convention européenne de 1975 sur le statut juridique des enfants nés hors mariage, qui n'a pas été ratifiée par la France. Seules donc de très fortes raisons pourraient amener à estimer compatible avec

la Convention une distinction fondée sur la naissance hors mariage (voir, *mutatis mutandis*, les arrêts Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni du 28 mai 1985, série A n° 94, pp. 37-38, § 78, et Inze précité, p. 18, § 41).

50. La Cour estime qu'il ne peut être exclu que le but invoqué par le Gouvernement, à savoir la protection de la famille traditionnelle, puisse être considéré comme légitime.

51. Reste la question de savoir, pour ce qui est des moyens employés, si l'instauration d'une différence de traitement entre enfants adultérins et enfants légitimes ou naturels, quant à la succession de leur auteur, apparaît proportionnée et adéquate par rapport au but poursuivi.

52. La Cour note d'emblée que l'institution de la famille n'est pas figée, que ce soit sur le plan historique, sociologique ou encore juridique. Ainsi, la loi du 3 janvier 1972 a notamment constitué une avancée importante dans l'évolution du droit de la famille et de la situation des enfants non légitimes, réglant la question de l'établissement de la filiation pour tous les enfants. Le 20 novembre 1989, la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant, consacrant l'interdiction des discriminations fondées sur la naissance, a été adoptée (paragraphe 18 ci-dessus). A sa suite, en mai 1990, le Conseil d'Etat a publié un rapport préconisant, données sociodémographiques à l'appui, la suppression de la discrimination successorale affectant les enfants adultérins (paragraphe 19 ci-dessus). En décembre 1991, un projet de loi a proposé d'aligner la situation successorale des enfants adultérins sur celle des autres enfants (paragraphe 20 ci-dessus). En 1998, deux missions furent successivement lancées à l'initiative du garde des Sceaux pour, d'une part, prendre en compte les évolutions de la famille sur le plan sociologique et, d'autre part, tenir juridiquement compte de l'évolution des faits. Le premier rapport, déposé le 14 mai 1998, critiqua le statut inégalitaire des enfants adultérins (paragraphe 21 ci-dessus) tandis que le second rapport, déposé le 14 septembre 1999, préconisa d'abroger les limites aux droits successoraux de l'enfant adultérin (paragraphe 22 ci-dessus). Pour ce qui est de la situation dans les autres Etats membres du Conseil de l'Europe, la Cour note, contrairement aux affirmations du Gouvernement (paragraphe 38 ci-dessus), une nette tendance à la disparition des discriminations à l'égard des enfants adultérins. Elle ne saurait négliger une telle évolution dans son interprétation nécessairement dynamique des dispositions litigieuses de la Convention. A cet égard, la référence faite par le Gouvernement à l'arrêt Rasmussen (paragraphe 38 ci-dessus) n'est pas convaincante, les circonstances de fait et de temps n'étant pas les mêmes.

Quant à l'argument tiré de la dimension des intérêts moraux (paragraphe 39 ci-dessus), la Cour ne peut que relever la teneur des données sociodémographiques à l'époque des faits, de même que,

notamment, le projet de loi tendant, en 1991, à supprimer toute discrimination.

53. La Cour n'est pas appelée à se prononcer sur le point de savoir si la mère du requérant avait ou non contrevenu aux engagements découlant de son mariage, vis-à-vis de la cellule familiale légitime. Elle note simplement que la mère du requérant et son mari étaient séparés de fait lors de la naissance du premier, naissance qui fut rapidement suivie d'un divorce (paragraphe 8 ci-dessus).

54. Le seul problème soumis à la Cour concerne la question de la succession d'une mère par ses deux enfants, l'un naturel, l'autre adultérin. Or la Cour ne trouve, en l'espèce, aucun motif de nature à justifier une discrimination fondée sur la naissance hors mariage. En tout état de cause, l'enfant adultérin ne saurait se voir reprocher des faits qui ne lui sont pas imputables : il faut cependant constater que le requérant, de par son statut d'enfant adultérin, s'est trouvé pénalisé dans le partage de la masse successorale.

55. Eu égard à tous ces éléments, la Cour conclut qu'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

Partant, il y a eu violation de l'article 1 du Protocole n° 1 combiné avec l'article 14 de la Convention.

II. SUR LA VIOLATION DES ARTICLES 8 ET 14 COMBINÉS DE LA CONVENTION

56. Eu égard à la conclusion figurant au paragraphe précédent et compte tenu du fait que les arguments avancés par les parties sont les mêmes que ceux examinés dans le contexte de l'article 1 du Protocole n° 1 combiné avec l'article 14 de la Convention, la Cour n'estime pas nécessaire d'examiner ce grief.

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

57. 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. Dommages

58. Le requérant demande au titre du préjudice matériel la différence entre la somme qui lui a été allouée et celle qui lui serait revenue si un

partage par moitié avait été effectué. Le Gouvernement ne s'y oppose pas. Dans ces conditions, la Cour dit qu'il y a lieu d'allouer au requérant la somme de 376 034,61 francs français (FRF) au titre du préjudice matériel.

59. Le requérant demande également une indemnisation de son préjudice moral qu'il chiffre à 100 000 FRF. Le Gouvernement s'oppose à cette demande. Statuant en équité, la Cour décide d'allouer au requérant 20 000 FRF au titre du préjudice moral.

B. Frais et dépens

60. Le requérant demande le remboursement de la totalité des frais qu'il a engagés, tant devant les juridictions internes que devant les organes de la Convention, soit respectivement 55 322,69 FRF et 72 360 FRF.

61. Le Gouvernement estime que seuls les frais engagés dans la procédure européenne, et dûment justifiés, pourront être pris en compte.

62. La Cour est d'avis que les frais engagés, tant devant les juridictions internes que devant les organes de la Convention, visaient à voir redresser la violation alléguée de la Convention. En équité, elle alloue la somme globale de 100 000 FRF à ce titre.

C. Intérêts moratoires

63. Selon les informations dont dispose la Cour, le taux d'intérêt légal applicable en France à la date d'adoption du présent arrêt est de 3,47 % l'an.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 1 du Protocole n° 1 combiné avec l'article 14 de la Convention;
2. *Dit*, par cinq voix contre deux, qu'il n'est pas nécessaire d'examiner le grief tiré des articles 8 et 14 combinés de la Convention;
3. *Dit*, à l'unanimité,
 - a) que l'Etat défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt est devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, les sommes suivantes:
 - i. 376 034,61 FRF (trois cent soixante-seize mille trente-quatre francs français soixante et un centimes) pour dommage matériel;
 - ii. 20 000 FRF (vingt mille francs français) pour dommage moral;
 - iii. 100 000 FRF (cent mille francs français) pour frais et dépens;

- b) que ces montants seront à majorer d'un intérêt simple de 3,47 % l'an à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement ;
4. *Rejette*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 1^{er} février 2000, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

S. DOLLÉ
Greffière

N. BRATZA
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 commune à M. Loucaides et M^{mc} Tulkens.

N.B.
S.D.

OPINION EN PARTIE DISSIDENTE
COMMUNE À M. LOUCAIDES ET M^{me} TULKENS,
JUGES

Si nous avons voté pour la violation de l'article 1 du Protocole n^o 1, combiné avec l'article 14 de la Convention, en revanche nous ne partageons pas la décision de la majorité selon laquelle «il n'est pas nécessaire d'examiner le grief tiré des articles 8 et 14 combinés de la Convention». Cette décision nous surprend dans la mesure où l'instruction de cette affaire, ainsi que la question posée aux parties en vue de l'audience, portait principalement sur le grief du requérant tiré de l'article 8 de la Convention, combiné avec l'article 14. Contrairement à l'avis de la Cour tel qu'il est exprimé au paragraphe 56 de l'arrêt, nous pensons qu'il était nécessaire de statuer, en premier lieu, sur la question du droit au respect de la vie familiale, quitte à conclure qu'aucun problème distinct ne se posait sous l'angle de l'article 1 du Protocole n^o 1.

Nous nous limiterons à évoquer deux raisons qui, en l'espèce, se conjuguent et se prêtent un appui mutuel.

1. La première raison concerne le respect dû au requérant. Tout au long de cette affaire, aussi bien devant les juridictions internes que devant la Cour, le requérant n'a pas voulu réduire le litige à une seule question d'argent, mais il l'a soutenu comme une question de discrimination liée au statut des «enfants naturels dont le père ou la mère était, au temps de leur conception, engagé dans les liens du mariage avec une autre personne» et encore malheureusement qualifiés d'enfants naturels «adultérins». Telle est d'ailleurs la raison pour laquelle il a décliné une proposition de règlement amiable qui se limitait au seul aspect patrimonial du litige.

Le seul fait que la succession était déjà ouverte lors de l'introduction de la requête, ce qui justifie aux yeux de la Cour l'examen de celle-ci sous l'angle de l'atteinte alléguée au droit au respect des biens (paragraphe 24, 42 et 43 de l'arrêt), comme le demandait le Gouvernement, ne nous paraît pas décisif. La commission pour le droit de la famille instituée en 1998, notamment pour éviter «que ne se creuse un fossé entre les aspirations [des citoyens] et le droit», estime à juste titre, dans son rapport du 14 septembre 1999, que situer le problème sur le seul terrain successoral «ne paraît ni juste ni opportun», car «n'est-il pas vain d'espérer qu'un avantage successoral pourra réparer une déchirure qui se situe par nature dans un tout autre plan ?» (paragraphe 22 de l'arrêt).

2. La seconde raison concerne la limitation des droits successoraux telle qu'elle est prévue par l'article 760 du code civil. Cette limitation, jugée à juste titre par la Cour comme contraire à l'article 1 du Protocole n^o 1 combiné avec l'article 14 de la Convention, trouve sa cause dans le

statut d'infériorité de l'enfant «adultérin», lequel subsiste encore dans d'autres dispositions du code civil (articles 334-7, 759, 761, 762, 767, alinéa 3, 908, 915-2, 1097-1) à la suite de la réforme inachevée de la loi du 3 janvier 1972. C'est donc bien là, au niveau de la vie familiale, que le problème se pose: une discrimination fondée sur la filiation. Le même rapport de la commission sur le droit de la famille du 14 septembre 1999, que nous avons évoqué au point précédent, l'a bien perçu lorsqu'il préconise de «parfaire l'égalité des filiations» et, à cette fin, estime qu'il est nécessaire «d'achever l'égalité des statuts» (paragraphe 22 de l'arrêt). En se limitant à l'une des conséquences de ce statut, en l'espèce les restrictions aux droits successoraux des enfants «adultérins», sur l'abrogation desquelles il existe d'ailleurs un large consensus, la Cour ne pose peut-être pas le problème dans les termes où il est susceptible de trouver son sens, à savoir le maintien d'inégalités, dans le droit de la filiation, fondées sur les conditions de naissance. En l'espèce, le choix de la *lex specialis* risque de s'apparenter à une forme de «minimalisme» judiciaire ou, pour reprendre les termes du rapport de la commission présidée par le professeur Dekeuwer-Defossez, à une «solution hybride», car «ce qui est en cause, en effet, n'est pas seulement l'égalité concrète entre enfants issus de lits différents dans le partage de la succession de leur auteur commun, mais, de manière à la fois plus abstraite et plus forte, l'identité des droits attachés au lien de filiation» (paragraphe 22 *in fine* de l'arrêt). En outre, l'arrêt de la Cour laisse dans l'incertain la question de savoir si elle considère, comme le suggère le Gouvernement, que la vocation successorale est étrangère au respect de la vie privée et familiale reconnu par l'article 8 de la Convention, ce qui pourrait paraître comme une régression par rapport à des arrêts antérieurs.

A la lumière de l'importance que les Etats membres du Conseil de l'Europe attachent à l'égalité, en matière de droits civils, entre les enfants issus du mariage et les enfants nés hors mariage, la clarté de notre jurisprudence, essentielle pour l'exécution et la mise en œuvre des arrêts de la Cour ainsi que leur contribution à la garantie collective des droits de l'homme, nous paraît une exigence à rappeler. Nous espérons toutefois que le présent arrêt permettra d'achever une évolution qui est souhaitée depuis longtemps et d'atteindre ainsi l'égalité des filiations.

MAZUREK v. FRANCE
(Application no. 34406/97)

THIRD SECTION

JUDGMENT OF 1 FEBRUARY 2000¹

1. Translation; original French.

SUMMARY¹**Distinction in law between adulterine children and legitimate children with regard to inheritance rights****Article 14**

Discrimination – Birth – Distinction in law between adulterine children and legitimate children with regard to inheritance rights – Descent – Legitimate child – Adulterine child – Objective and reasonable justification – Proportionality – Protection of the family – Dynamic interpretation of the Convention – United Nations Convention on the Rights of the Child

Article I of Protocol No. I taken in conjunction with Article 14 of the Convention

Deprivation of property – Inheritance – Distinction in law between adulterine children and legitimate children with regard to inheritance rights

*
* *

Article 760 of the Civil Code establishes a distinction between legitimate children and adulterine children. The latter can claim only one half of the share in the estate to which they would have been entitled if they had been legitimate or legitimised. The portion of the estate of which they are thus deprived is added to the share devolving on the legitimate children. Proposals to repeal that provision were made on a number of occasions, including in a draft bill submitted in 1991. Besides that, two reports, one prepared by the *Conseil d'Etat* in 1990 and the other by a commission set up by the Minister of Justice in 1999, stress that the discrimination implemented by Article 760 is contrary to the principle of equal treatment regardless of descent laid down by the Civil Code, the European Convention on Human Rights and the United Nations Convention on the Rights of the Child. In 1936 the applicant's mother had her first child, who was legitimised by her marriage in 1937. The applicant was born in 1942. His mother's name alone was entered on his birth certificate because the husband and wife, although still married, were living apart. They divorced in 1944. Following his mother's death, the older son brought an action in the *tribunal de grande instance* in 1991 seeking an order that her estate be divided and that, under Article 760 of the Civil Code, the applicant, as an adulterine child, could lay claim to only a quarter of it. The applicant requested acknowledgment that he had the same rights as a legitimate child. The court upheld the older son's application. It held that the purpose of the discrimination was to ensure minimum compliance with marital commitments and that, accordingly, it was necessary in order to

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

protect the rights of others. The applicant's appeals against that decision were unsuccessful.

Held

(1) Article 1 of Protocol No. 1 taken in conjunction with Article 14 of the Convention: Since the death of the applicant's mother had conferred inheritance rights on him, the estate was the joint property of the applicant and his half-brother; the application therefore fell to be examined under Article 1 of Protocol No. 1 taken in conjunction with Article 14 of the Convention. It was on account of his status as an adulterine child that the applicant had been deprived, to the advantage of his brother, of a portion of the estate. The concern to protect the traditional family, which was the reason for the difference of treatment established by law, could be deemed to be a legitimate aim. However, the concept of the family was a changing one. The developments in family law internationally and the debates taking place in France itself tended towards an abolition of discrimination against adulterine children. Since the interpretation of the Convention was necessarily dynamic, it had to take account of those developments. With regard to the moral dimension of the problem, it had to be noted that at the material time a draft bill had been submitted recommending the abolition of the impugned difference in treatment. In any event, an adulterine child could not be blamed for circumstances for which he or she was not responsible. It was an inescapable finding that the applicant had been penalised in the division of the assets of the estate on account of his status as an adulterine child. Consequently, the requirement of proportionality between the means employed and the aim pursued had not been complied with.

Conclusion: violation (unanimously).

(2) Articles 8 and 14 taken together: The Court held, by five votes to two, that it was not necessary to examine that complaint.

Article 41: The Court awarded the applicant compensation for pecuniary and non-pecuniary damage. It also awarded him a certain amount for costs incurred in the domestic courts and before the Convention institutions.

Case-law cited by the Court

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

Johnston and Others v. Ireland, judgment of 18 December 1986, Series A no. 112

Inze v. Austria, judgment of 28 October 1987, Series A no. 126

Hoffmann v. Austria, judgment of 23 June 1993, Series A no. 255-C

Karlheinz Schmidt v. Germany, judgment of 18 July 1994, Series A no. 291-B

In the case of Mazurek v. France,

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

Sir Nicolas BRATZA, *President*,
Mr J.-P. COSTA
Mr L. LOUCAIDES,
Mrs F. TULKENS,
Mr W. FUHRMANN,
Mr K. JUNGWIERT,
Mr K. TRAJA, *judges*,

and Mrs S. DOLLÉ, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 12 October 1999 and 18 January 2000,
Delivers the following judgment, which was adopted on the last-mentioned date:

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 34406/97) against the French 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 a French national, Mr Claude Mazurek (“the applicant”), on 13 December 1996.

2. On 20 October 1997 the Commission decided to give notice of the application to the French Government (“the Government”) and to invite them to submit observations in writing on its admissibility and merits. The Government submitted their observations on 9 March 1998, after an extension of the time allowed, and the applicant replied on 22 April 1998.

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

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 Third Section. The Chamber constituted within that Section included *ex officio* Mr J.-P. Costa, the judge elected in respect of France (Article 27 § 2 of the Convention and Rule 26 § 1 (a)), and Sir Nicolas Bratza, President of the Section (Rule 26 § 1 (a)). The other members designated by the latter to complete the Chamber were Mr L. Loucaides, Mrs F. Tulkens, Mr W. Fuhrmann, Mr K. Jungwiert and Mr K. Traja (Rule 26 § 1 (b)).

5. On 4 May 1999 the Chamber declared the application admissible¹ and decided to invite the parties to submit their observations on the merits at a hearing.

1. *Note by the Registry.* The Court’s decision (in French) is obtainable from the Registry.

6. The hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 12 October 1999.

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mrs M. DUBROCARD, Deputy Director,
Human Rights Division,
Legal Affairs Department,
Ministry of Foreign Affairs, *Agent,*

Mrs L. DELAHAYE, *magistrat,*
seconded to the Human Rights Division,
Legal Affairs Department,
Ministry of Foreign Affairs,

Mrs M. FAUCHEUX-BUREAU, *magistrat,*
General Civil Law Office,
Civil Affairs Department,
Ministry of Justice, *Counsel;*

(b) *for the applicant*

Mr A. OTTAN, of the Montpellier Bar, *Counsel.*

The applicant also attended the hearing.

The Court heard addresses by Mr Ottan and Mrs Dubrocard.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

7. The applicant, Claude Mazurek, is a French national who was born in Avignon in 1942 and lives at La Grande-Motte.

8. The applicant's mother died on 1 August 1990 of HIV (human immunodeficiency virus) encephalopathy, having been infected after a blood transfusion. She left two children: a son, Alain, born out of wedlock in 1936 and legitimised by his mother's marriage in 1937, and the applicant, born in 1942, on whose birth certificate only his mother's name was entered as a parent, she being still married at the time of his birth, but living separately from her husband. They divorced in July 1944.

9. On 30 April 1991 Alain brought an action against the applicant in the Nîmes *tribunal de grande instance* seeking an order that his mother's estate be divided by a notary, that the applicant, as an adulterine child, could not lay claim to more than a quarter of it and that there be deposited with the notary a sum of money unlawfully withdrawn by the

applicant from his mother's account and transferred to a personal account while their mother was in a coma.

10. In his pleadings, the applicant agreed to the appointment of a notary to divide the estate, but submitted that Article 760 of the Civil Code, which restricts the inheritance rights of adulterine children, was discriminatory and incompatible with Articles 8 and 14 of the Convention, the provisions of the United Nations Convention on the Rights of the Child and Article 334 of the Civil Code, which enshrines the principle that children born in wedlock and children born out of wedlock have equal rights. He requested the court to hold that he had the same inheritance rights as a legitimate child. He also submitted that the amount which he had been requested to deposit with a notary had been transferred as a gift which he was not required to bring into account, as evidenced by a letter from the deceased of 20 January 1988, a general power of attorney for bank transactions, dated 2 February 1988, and witness statements.

11. In a judgment of 21 January 1993 the court ordered the estate to be divided. With regard to the applicant's rights, it referred to Article 760 of the Civil Code (see paragraph 17 below).

The court conceded that Article 760 of the Civil Code represented a derogation from the principle, enshrined in the first paragraph of Article 334 of the Civil Code, that children should be treated equally regardless of descent, but held that its purpose was not to discriminate between children on the grounds of their birth but to ensure minimum compliance with marital commitments on the part of the married parent who engenders an illegitimate child. It accordingly concluded that Article 760 was necessary in order to protect the rights of others and that it was a principle of public policy which was not contrary to the Convention.

In respect of the sum which had been withdrawn by the applicant and transferred to his own account, the court held that the applicant had merely executed his mother's intention to gift him a sum of money in addition to his share in the estate and that although that gift should notionally be brought into account in calculating the disposable portion of the estate, it was inappropriate as matters stood to order that the amount in question be deposited with the notary dividing the estate.

12. The applicant appealed, arguing, among other things, that Article 760 of the Civil Code was incompatible with Articles 8 and 14 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 1.

13. In a judgment of 24 March 1994, the Nîmes Court of Appeal upheld the provisions of the lower court's judgment ordering the estate to be divided and determining the applicant's inheritance rights. It considered, however, that the amount transferred to the applicant's account should be returned to the estate to be divided because he had not proved that his mother had intended it as a gift.

14. With regard to the complaint that the discrimination between legitimate children and adulterine children was incompatible with the provisions of the Convention, the Court of Appeal held:

“In the instant case the provisions of Article 760 of the Civil Code, which limit the inheritance rights of adulterine children, are directly linked to the French legal principle of public policy according to which marriage should be monogamous and the interests of the spouse and legitimate children of an adulterer protected.

Article 760 was not enacted in order to disadvantage adulterine children, but to protect the interests of the spouse and legitimate children of an adulterer; the provision does not therefore intentionally discriminate against adulterine children, but ensures the protection of children born of the marriage who might be disadvantaged on the division of their parents' estate by the presence of an adulterine child who, on account of the predecease of the non-adulterous spouse and the system of matrimonial property elected by the spouses, might otherwise inherit from his or her parent both the assets from that parent's estate and the assets from the estate of the spouse who is not his or her parent.

The court was thus properly entitled to hold that it was not the intention of the legislature to discriminate between children on the grounds of their birth, but to ensure minimum compliance with the marital obligations of a married parent with regard to his or her legitimate children; the court was also properly entitled to hold that Article 760 of the Civil Code was a provision necessary for the protection of the rights of others, that it was a French legal principle of public policy and that it was not contrary to the European Convention on Human Rights.”

15. The applicant appealed on points of law to the Court of Cassation, which delivered its judgment on 25 June 1996.

With regard to the applicant's complaint of unjustified discrimination on grounds of birth between children born in wedlock and children born out of wedlock, contrary to Articles 8 and 14 of the Convention, the Court of Cassation held that inheritance rights had nothing to do with respect for private and family life guaranteed by Article 8 of the Convention.

In respect of the complaint that the Court of Appeal had ordered the sum transferred to the applicant's account to be returned to the estate to be divided, the Court of Cassation held that in deciding that the facts of the case had not shown any intention on the part of the deceased to bestow a gift on her son in advance of the division of her estate the Court of Appeal had determined an issue which it alone had jurisdiction to determine.

16. On 14 January 1994 the Commission of the Compensation Fund for Transfusion Patients and Haemophiliacs awarded the applicant, in his personal capacity, compensation of 40,000 French francs (FRF) and assessed the deceased's loss at FRF 500,000, to be paid to her heirs. That amount was thus paid to the notary dealing with the estate and the applicant subsequently received one quarter of it.

II. RELEVANT DOMESTIC AND INTERNATIONAL LAW

A. The Civil Code

17. The relevant provisions of the Civil Code, introduced by Law no. 72-3 of 3 January 1972, provide:

Article 745

“Children or their issue shall inherit from their father and mother, grandfathers, grandmothers or other ancestors, irrespective of sex or primogeniture, and even if they are born of different marriages.

The estate shall devolve upon them in equal portions and *per capita* if they are all first degree issue and heirs in their own right; they shall inherit *per stirpes* if all or some of them inherit through their ascendants.”

Article 757

“Children born out of wedlock shall, in general, inherit from their father and mother or other ancestors, as well as from their brothers and sisters or other collateral relatives, on the same terms as legitimate children.”

Article 760

“Children born out of wedlock whose father or mother was, at the time of their conception, bound by a marriage of which legitimate children were born are entitled to inherit from that parent in competition with the legitimate children; however, they shall each receive only half of the share to which they would have been entitled if all the children of the deceased, including themselves, had been legitimate.

The children born of the marriage injured by the adultery shall inherit in addition the fraction by which the adulterine child’s share of the estate is thus reduced; it shall be divided between them in proportion to their share in the estate.”

B. The United Nations Convention on the Rights of the Child

18. The relevant provisions of the United Nations Convention on the Rights of the Child, which came into force on 2 September 1990, read as follows:

Article 2

“1. States Parties shall respect and ensure the rights set forth in the present Convention to each child within their jurisdiction without discrimination of any kind, irrespective of the child’s or his or her parent’s or legal guardian’s race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national, ethnic or social origin, property, disability, birth or other status.

2. States Parties shall take all appropriate measures to ensure that the child is protected against all forms of discrimination or punishment on the basis of the status,

activities, expressed opinions, or beliefs of the child's parents, legal guardians, or family members."

C. Suggestions and proposals for reform

19. In a report entitled "Status and Protection of Children", adopted in May 1990, the *Conseil d'Etat* referred to the issue of equal treatment of children regardless of descent in the following terms:

"The restriction of adulterine children's inheritance rights is the subject of much criticism. It appears to be in direct conflict with the principle that children should be treated equally regardless of descent and constitutes an infringement of the principles enshrined in the Civil Code according to which children born out of wedlock have, in general, the same rights as children born in wedlock. Such discrimination, based on descent, also appears to be contrary to the European Convention on Human Rights and to the Convention on the Rights of the Child. It should therefore be abolished."

The *Conseil d'Etat's* report also sets out socio-demographic data. It emerges from the report that as at 1 January 1990 one in ten children had been born out of wedlock, this being true of more than one in four births in 1988. In addition to that, major shifts in family models appeared during the second half of the 1970s, "with a 30% decrease in the annual number of marriages between 1975 and 1985, 2.5 times more births out of wedlock over the same period, and a rise in the number of cohabiting unmarried couples so sharp that it is now the typical first union for two in three French citizens ... as for divorces, the annual figure had already almost doubled between 1960 and 1975, and it doubled again during the next ten years".

20. A government bill, registered on 23 December 1991 (no. 2530), proposed bringing the inheritance rights of adulterine children into line with that of other children. It was subsequently abandoned.

21. On 3 February 1998 the Minister of Justice instructed Mrs Irène Théry, a sociologist, to study shifts in family models. The report, entitled "Couples, Descent and Kinship today" was submitted on 14 May 1998. It found that there was no sociological fracture according to whether couples were married or not, and criticised the inegalitarian status of adulterine children.

22. In August 1998 a working group on family law was set up by the Minister of Justice to consider, among other things, "possible changes to the law in the light of factual developments" in order to avoid "a gulf developing between [citizens'] aspirations and the law". Chaired by Professor Françoise Dekeuwer-Defossez, the commission submitted its report on 14 September 1999. It contained a set of proposals for "renovating family law". In particular, the commission recommended "giving full effect to the principle that children should be treated equally regardless of descent" as follows:

“The principle that children should be treated equally regardless of descent was one of the two guiding principles underlying the 3 January 1972 Act. At the time, a compromise had to be made, however, and full equality was not achieved. Today, it appears essential to complete the exercise and achieve full equal treatment of children regardless of descent. In order to attain that objective, full equality of status needs to be achieved and the right to affiliation made equal so that the possibility of establishing or contesting descent will no longer depend on the parents’ legal status.

SSI. *Achieving equality of status*

The working group considers, unanimously and unhesitatingly, that the time has come to abolish the legal restrictions on adulterine children’s inheritance rights. The current position is that their rights are halved where they are competing with half-brothers and sisters or with the adulterer’s spouse.

A number of arguments militate strongly in favour of abolition. The first is quite simply chronological. The solutions adopted by the 3 January 1972 Act constituted, according to the most eminent commentators, ‘an inglorious trade-off’, the fruit of a ‘Law of compromise’. That compromise was necessary as a transitional phase during which the principle of equality which the Act had intended to promote could be progressively inserted into our law. Twenty-seven years later, the transitional phase has come to an end. The second argument stems from the case-law of the European Court of Human Rights. It is likely that the Court will soon find that the French rule violates the Convention, and it would be preferable for an amendment of our law not to appear to be imposed from outside. Lastly, and above all, the solution favoured by the group of making the law of descent equal by abolishing divisive classifications makes it more and more difficult to maintain inequalities based on conditions of birth, without inevitably incurring the two-fold complaint of injustice and contradiction.

Is there a danger that the importance of marriage will be lessened by undermining the trust which husbands and wives have placed in each other? The group does not think so. Adultery is clearly a serious injury inflicted on the spouse who is the victim of it and, over and above the spouses, on the children born of their marriage. In more legal terms, adultery is always an instance of misconduct and can be serious misconduct, for the duty of fidelity is inherent in the marital commitment. If such misconduct must be punished, however, it is *only* those who have committed it who should be punished and certainly not, we feel, the child born as a result. It is contradictory to declare on the one hand that parents have equal responsibility for their children irrespective of how they choose to lead their life as a couple and, on the other hand, to impose on a child, on the grounds that he or she is adulterine, the consequences of the parent’s infidelity.

More specifically, to enforce marital duties through inheritance rights appears to be neither fair nor appropriate. For one thing, relations between husband and wife will often have been broken off well before the birth of the child, and there is therefore something hypocritical about imposing on that child the ties of a commitment from which those who entered into it have long since freed themselves. For another thing, even if the marital ties have remained intact until the end, is it not vain to hope that a hereditary advantage will succeed in healing a split which by its very nature belongs to a completely different realm? Moreover, as the law currently stands, it is almost always possible for the child’s parent to ‘erase’ this reduction in rights by legitimising – after divorcing and re-marrying, or, without divorcing, by seeking a court order – or even adopting the child. Far from making the rule more easily bearable, that option has the effect of leaving the child’s ultimate destiny to the

discretion of the adulterous parent. Thus the current provisions have the effect of multiplying inequalities, without succeeding in strongly affirming the importance of the marital commitment.

We add that we are not in favour of an intermediate solution whereby the current protection afforded by law to children born in wedlock (particularly Articles 760 and 915) would be abolished, while the protection afforded to the wronged spouse, the direct victim of the adultery, under Articles 759 and 767, second paragraph, would be maintained. The effect of that solution would be minimum compliance with the international conventions, whose sole concern is to secure equality between children, whereas the protective provisions specific to the spouse apply, by definition, only where the deceased leaves no other issue. Such a hybrid solution would merely be a means of failing to resolve the debate. What is actually at issue is not only material equality between children born of different partnerships in the division of their common parent's estate, but, in both more abstract and stronger terms, equality of the rights conferred by descent.

Proposal:

- Abolish the restrictions on adulterine children's inheritance rights."

THE LAW

23. The applicant alleged that he was a victim of a violation of Articles 8 and 14 of the Convention and of Article 1 of Protocol No. 1 because the provisions applicable in French civil law limited his inheritance rights over his mother's estate as compared to those of his half-brother.

24. The Court considers that since division of the estate had already begun when the application was lodged, the complaint should first be examined under the head of an alleged infringement of the applicant's right to the peaceful enjoyment of his possessions, in conjunction with the principle of non-discrimination (see, *mutatis mutandis*, the Inze v. Austria judgment of 28 October 1987, Series A no. 126, p. 17, § 38).

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 1 OF PROTOCOL No. 1 TAKEN IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 14 OF THE CONVENTION

25. The applicant complained that, owing to the application by the French courts of Article 760 of the Civil Code, he was awarded a smaller portion in his mother's estate than the portion awarded to his half-brother, by reason of his being an adulterine child.

26. Article 1 of Protocol No. 1 and Article 14 of the Convention provide:

Article 1 of Protocol No. 1

“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.”

Article 14 of the Convention

“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.”

27. The applicant stated that his half-brother was a child born out of wedlock who was subsequently legitimised by his parents’ marriage. He submitted that the distinction drawn, as regards inheritance rights, between a child born out of wedlock subsequently legitimised by marriage and a competing adulterine child did not pursue a legitimate aim. He added that, even if it were sought to defend the institution of marriage and the traditional family, the difference in treatment of an adulterine child as compared to a legitimised child born out of wedlock was unacceptable since, in both cases, the child had been conceived out of wedlock. Thus equality of rights would not impede in any way the resolution of a situation which had not arisen within marriage, but outside marriage. Furthermore, the protection of the non-adulterous spouse was an irrelevant issue here since the divorce had been pronounced on 4 July 1944.

28. The applicant went on to observe that the domestic courts’ disregard for the deceased’s intention to make him a gift made the differentiation between his inheritance rights and those of his half-brother even more illegitimate.

29. The applicant submitted that the means employed to protect the legitimate family were disproportionate to the aim pursued.

30. He pointed out that the Convention, which was a dynamic text and entailed positive obligations for States, was a living instrument, to be interpreted in the light of present-day conditions and that great importance was attached today in the member States of the Council of Europe to the question of equality between children born in and children born out of wedlock as regards their civil rights. Accordingly, very weighty reasons had to be advanced before a difference in treatment on the ground of birth out of wedlock could be regarded as compatible with the Convention.

31. Basing himself on European comparative law, the applicant submitted, in response to the Government's arguments, that France stood out in the Council of Europe by its maintenance of an excessively restrictive and discriminatory position on this question.

32. With regard to the State's margin of appreciation, the applicant argued that no grounds or evidence had been adduced to justify making a special case for France in the realm of morality such as to render implementation of the constantly reaffirmed principle of equality impossible.

33. The Government submitted that the provisions of Article 760 of the Civil Code were based on very solid reasons which pursued a legitimate aim and complied with the relationship of proportionality required by the Court. They added that, according to the case-law, a distinction was discriminatory if it had no objective and reasonable justification.

34. With regard to justification, the Government stressed that, in the spirit of the 3 January 1972 Act acknowledging equal treatment of children regardless of descent, Article 760 of the Civil Code had been introduced as an exception designed to protect the legitimate family, which was based on the institution of marriage from which flowed rights and obligations, such as the duty of fidelity.

35. They added that to grant an adulterine child exactly the same rights as a legitimate child would be tantamount to having no regard whatsoever to a situation established on the basis of marital trust, and that the protection of the legitimate family was thus ensured by affording special protection to the members of that family who were particularly affected by the adultery, that is, the spouse and the legitimate children.

36. The Government submitted that such an aim was legitimate.

37. They also submitted that the means employed were proportionate to the aim pursued and stressed that the State had a margin of appreciation in this field.

38. They added that the member States of the Council of Europe did not have a shared approach to the rights of adulterine children and that the Court had taken that factor into consideration in its judgment in the case of *Rasmussen v. Denmark* (judgment of 28 November 1984, Series A no. 87).

39. The Government considered, *mutatis mutandis*, that the lack of a shared approach within the Council of Europe should result in the States being permitted a margin of appreciation sufficient to allow them to determine measures to protect the members of a legitimate family where they were competing with adulterine children in their parent's estate. They also relied on the existence of moral interests which fell to be considered in this type of situation.

40. In any event, the Government considered that the measures taken were not disproportionate to the aim pursued.

Adulterine children's rights were restricted only in exceptional circumstances, that is, where they were competing with a child born in wedlock or one born out of wedlock but not of an adulterous relationship. They added that there were several ways in which an adulterous spouse could erase that inequality, such as legitimising the child through marriage or by a court order.

41. The Court points out first of all that Article 1 of Protocol No. 1 in substance guarantees the right of property (see the *Inze* judgment cited above, p. 17, § 38).

42. Since the applicant's mother had died at the material time, the Court notes that the applicant had automatically acquired hereditary rights over her estate under Articles 745, 757 and 760 of the French Civil Code. The estate was therefore the joint property of the applicant and his half-brother.

43. The facts of the case therefore attract Article 1 of Protocol No. 1, and Article 14 of the Convention can be applied in conjunction with that provision.

A. Whether there was a difference in treatment

44. The Court notes at the outset that the Government do not dispute the fact that, under the relevant Articles of the Civil Code, the two half-brothers were not in the same position with regard to their mother's estate.

45. The Court notes that it was on account of his status as an adulterine child that the applicant's share in the estate was reduced, in favour of his half-brother, by half of the portion to which he would have been entitled if he had been a child born in wedlock or one born out of wedlock but not of an adulterous relationship, and that such difference in treatment is expressly provided for in Article 760 of the Civil Code.

46. The Court reiterates on this point that in the enjoyment of the rights and freedoms guaranteed by the Convention, Article 14 affords protection against different treatment, without an objective and reasonable justification, of persons in similar situations (see the *Hoffmann v. Austria* judgment of 23 June 1993, Series A no. 255-C, p. 58, § 31).

47. It must therefore be determined whether the alleged difference in treatment was justified.

B. Justification for the difference in treatment

48. For the purposes of Article 14 of the Convention, a difference of treatment is discriminatory if it "has no objective and reasonable

justification”, that is, if it does not pursue a “legitimate aim” or if there is not a “reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised” (see, among other authorities, the Inze judgment cited above, p. 18 § 41, and the Karlheinz Schmidt v. Germany judgment of 18 July 1994, Series A no. 291-B, pp. 32-33, § 24).

49. The Court reiterates in this connection that the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions (see, among other authorities, the Johnston and Others v. Ireland judgment of 18 December 1986, Series A no. 112, pp. 24-25, § 53). Today the member States of the Council of Europe attach great importance to the question of equality between children born in and children born out of wedlock as regards their civil rights. This is shown by the 1975 European Convention on the Legal Status of Children born out of Wedlock, which has not been ratified by France. Very weighty reasons would accordingly have to be advanced before a difference of treatment on the ground of birth out of wedlock could be regarded as compatible with the Convention (see, *mutatis mutandis*, the Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom judgment of 28 May 1985, Series A no. 94, pp. 37-38, § 78, and the Inze judgment cited above, p. 18, § 41).

50. The Court considers that the aim relied on by the Government, that is, the protection of the traditional family, is arguably a legitimate one.

51. The question remains whether, regarding the means employed, the establishment of a difference of treatment between adulterine children and children born in wedlock or out of wedlock but not of an adulterous relationship, with regard to inheritance under their parent, appears proportionate and appropriate in relation to the aim pursued.

52. The Court notes at the outset that the institution of the family is not fixed, be it historically, sociologically or even legally. Thus the 3 January 1972 Act constituted, among other things, a major step forward in the development of family law and the position of children born out of wedlock, since it settled the question of establishing the descent of all children. The United Nations Convention on the Rights of the Child, which enshrined the prohibition on discrimination based on birth, was adopted on 20 November 1989 (see paragraph 18 above). Subsequently, in May 1990 the *Conseil d'Etat* published a report recommending, in the light of socio-demographic data, the abolition of discrimination against adulterine children in inheritance matters (see paragraph 19 above). In December 1991 a bill proposed bringing the inheritance rights of adulterine children into line with those of other children (see paragraph 20 above). In 1998 the Minister of Justice set up two projects, one designed to study shifts in family models from a sociological angle, and the other to consider possible changes to the law

in the light of factual developments. The first report, submitted on 14 May 1998, criticised the inegalitarian status of adulterine children (see paragraph 21 above) while the second report, submitted on 14 September 1999, recommended abolishing the restrictions on adulterine children's inheritance rights (see paragraph 22 above). With regard to the situation in other member States of the Council of Europe, the Court notes, contrary to the Government's assertions (see paragraph 38 above), a distinct tendency in favour of eradicating discrimination against adulterine children. It cannot ignore such a tendency in its – necessarily dynamic – interpretation of the relevant provisions of the Convention. In that connection, the reference made by the Government to the Rasmussen judgment (see paragraph 38 above) is not convincing, since the factual and temporal circumstances have now changed.

With regard to the argument based on the moral dimension of the case (see paragraph 39 above), the Court cannot but take account of the socio-demographic findings at the material time and, among other things, the 1991 bill recommending the abolition of all discrimination.

53. It is not the Court's task to rule on whether the applicant's mother had or had not breached the commitments entered into on her marriage with regard to the legitimate family unit. It merely notes that the applicant's mother and her husband were living apart when the applicant was born and that they divorced very soon thereafter (see paragraph 8 above).

54. The only issue submitted to the Court concerns the question of inheritance from the mother by her two children, one born out of wedlock and the other adulterine. The Court does not find any ground in the instant case on which to justify discrimination based on birth out of wedlock. In any event, an adulterine child cannot be blamed for circumstances for which he or she is not responsible. It is an inescapable finding that the applicant was penalised, on account of his status as an adulterine child, in the division of the assets of the estate.

55. Having regard to all the foregoing, the Court concludes that there was not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim pursued.

There has therefore been a violation of Article 1 of Protocol No. 1 taken in conjunction with Article 14 of the Convention.

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

56. Having regard to the conclusion set out in the previous paragraph and to the fact that the arguments advanced by the parties are the same as those examined in the context of Article 1 of Protocol No. 1 taken in

conjunction with Article 14 of the Convention, the Court does not consider it necessary to examine this complaint.

III. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

57. 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

58. The applicant claimed under the head of pecuniary damage the difference between the amount distributed to him and the amount he would have received if the estate had been halved. The Government did not contest that claim. In the circumstances, the Court holds that the applicant should be awarded 376,034.61 French francs (FRF) for pecuniary damage.

59. The applicant also claimed compensation for non-pecuniary damage in the sum of FRF 100,000. The Government disputed that claim. The Court decides, on an equitable basis, to award the applicant FRF 20,000 for non-pecuniary damage.

B. Costs and expenses

60. The applicant sought reimbursement of all the costs which he had incurred both in the domestic courts and before the Convention institutions, that is FRF 55,322.69 and FRF 72,360 respectively.

61. The Government argued that account should be taken only of the costs incurred in the European proceedings, on production of the relevant vouchers.

62. The Court considers that the costs incurred, both in the domestic courts and before the Convention institutions, were intended to remedy the alleged violation of the Convention. It awards, on an equitable basis, an aggregate sum of FRF 100,000 under that head.

C. Default interest

63. According to the information available to the Court, the statutory rate of interest applicable in France at the date of adoption of the present judgment is 3.47% per annum.

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Holds* unanimously that there has been a violation of Article 1 of Protocol No. 1 taken in conjunction with Article 14 of the Convention;
2. *Holds* by five votes to two that it is not necessary to examine the complaint based on Article 8 of the Convention taken in conjunction with Article 14;
3. *Holds* unanimously
 - (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months from the date on which the judgment becomes final according to Article 44 § 2 of the Convention, the following amounts:
 - (i) FRF 376,034.61 (three hundred and seventy-six thousand and thirty-four French francs sixty-one centimes) in respect of pecuniary damage;
 - (ii) FRF 20,000 (twenty thousand French francs) in respect of non-pecuniary damage;
 - (iii) FRF 100,000 (one hundred thousand French francs) in respect of costs and expenses;
 - (b) that simple interest at an annual rate of 3.47% shall be payable on these sums from the expiry of the above-mentioned three months until settlement;
4. *Dismisses* unanimously the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in French, and notified in writing on 1 February 2000, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

S. DOLLÉ
Registrar

N. BRATZA
President

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

N.B.
S.D.

JOINT PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGES LOUCAIDES AND TULKENS

(Translation)

Although we voted for finding a violation of Article 1 of Protocol No. 1 taken in conjunction with Article 14 of the Convention, we do not, however, agree with the decision of the majority that “it is not necessary to examine the complaint based on Article 8 of the Convention taken in conjunction with Article 14”. We are surprised by that decision to the extent that the examination of this case and the question put to the parties with a view to holding a hearing concerned mainly the applicant’s complaint based on Article 8 of the Convention taken in conjunction with Article 14. Contrary to the opinion of the Court as expressed in paragraph 56 of the judgment, we do think that the Court should have ruled, firstly, on the question of the right to respect for family life, although that would have meant concluding that no separate issue arose under Article 1 of Protocol No. 1.

We shall confine ourselves to mentioning two reasons which, in the instant case, are linked and mutually supportive.

1. The first reason concerns the respect due to the applicant. Throughout the case, both in the domestic courts and before this Court, the applicant did not wish to reduce the dispute to a merely pecuniary issue, but presented it as a matter of discrimination linked to the status of “children born out of wedlock whose father or mother was, at the time of their conception, bound to another person in wedlock” and still unfortunately labelled “adulterine” illegitimate children. That, moreover, was the reason why he declined a proposal for a friendly settlement limited to the financial aspect of the dispute alone.

The mere fact that the division of the estate had already begun to take effect when the application was lodged, which, in the Court’s view, justified examining it under the head of an alleged infringement of the right to the peaceful enjoyment of possessions (see paragraphs 24, 42 and 43 of the judgment), as the Government had requested, does not appear to us to be conclusive. The Family Law Commission set up in 1998 in order, among other things, to avoid “a gulf developing between [citizens’] aspirations and the law”, rightly considered, in its report of 14 September 1999, that dealing with the issue solely from the standpoint of inheritance rights “appears to be neither fair nor appropriate”, for “is it not vain to hope that a hereditary advantage will succeed in healing a split which by its very nature belongs to a completely different realm?” (see paragraph 22 of the judgment).

2. The second reason concerns the restriction of inheritance rights as provided for in Article 760 of the Civil Code. That restriction, which the Court rightly held to be contrary to Article 1 of Protocol No. 1 taken in conjunction with Article 14 of the Convention, stems from the inferior status of “adulterine” children, which still subsists in other provisions of the Civil Code (Articles 334-7, 759, 761, 762, 767, third paragraph, 908, 915-2, 1097-1) following the uncompleted reform of the 3 January 1972 Act. It is thus indeed here, in the realm of family life, that the problem arises, namely discrimination based on descent. The same Family Law Commission’s report of 14 September 1999, to which we referred in the previous point, pinpointed it when it recommended “giving full effect to the principle that children should be treated equally regardless of descent” and, to that end, considered it necessary “to achieve equality of status” (see paragraph 22 of the judgment). By confining itself to one of the consequences of that status, in this case the restrictions on “adulterine” children’s inheritance rights (in respect of which, moreover, there is a broad consensus in favour of abolition), the Court has perhaps not addressed the issue in its most meaningful terms, that is, the maintenance of inequalities, in the law of descent, based on conditions of birth. To apply a *lex specialis* in the instant case risks resembling a form of judicial “minimalism” or, to quote from the report of the Commission chaired by Professor Dekeuwer-Defossez, a “hybrid solution”, for “what is actually at issue is not only material equality between children born of different partnerships in the division of their common parent’s estate, but, in both more abstract and stronger terms, equality of the rights conferred by descent” (see paragraph 22 *in fine* of the judgment). Furthermore, the Court’s judgment leaves unresolved the question as to whether it considers, as the Government suggested, that inheritance rights fall outside the ambit of respect for private and family life guaranteed by Article 8 of the Convention, which may appear to be a regression compared with earlier judgments.

In the light of the importance which the member States of the Council of Europe attach to equality in respect of civil rights between children born in wedlock and children born out of wedlock, the clarity of our case-law, which is essential for the execution and enforcement of the Court’s judgments and their contribution to the collective guarantee of human rights, appears to us to be a requirement worth reiterating. We hope, however, that the present judgment will result in a long-awaited change and thus establish the principle that children should be treated equally regardless of descent.

CABALLERO v. THE UNITED KINGDOM
(Application no. 32819/96)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 8 FEBRUARY 2000

SUMMARY¹**Detainee brought before judge without power to order release****Article 5 § 3**

Judge or other officer exercising judicial power – Judge lacking power to order release – Automatic refusal of bail when person charged with certain serious offences has previously been convicted of one of those offences

*
* *

In 1987 the applicant was convicted of manslaughter and sentenced to four years' imprisonment. In 1996 he was arrested on suspicion of rape. No application for bail was made when he was brought before the magistrates' court, since under section 25 of the Criminal Justice and Public Order Act 1994 bail could not be granted to a person charged with homicide or rape if he had previously been convicted of such offences. The applicant was subsequently convicted and sentenced to life imprisonment for attempted rape. His appeal against sentence was rejected.

Held

(1) Article 5 §§ 3 and 5: The Court unanimously accepted the Government's concession that there had been a violation of Article 5 §§ 3 and 5, with the consequence that it was empowered to make an award of just satisfaction to the applicant, but it did not consider it necessary in the particular circumstances to examine the issues of interpretation of Article 5 §§ 3 and 5 raised by the applicant's complaint.

(2) The Court unanimously held that it was not necessary to consider whether there had been a violation of Article 13 or of Article 14 taken in conjunction with Article 5 § 3.

Article 41: The Court awarded the applicant a certain sum in respect of non-pecuniary damage. It also made an award in respect of costs.

Case-law cited by the Court

Van Droogenbroeck v. Belgium (*Article 50*), judgment of 25 April 1983, Series A no. 63

De Jong, Baljet and Van den Brink v. the Netherlands, judgment of 22 May 1984, Series A no. 77

Pauwels v. Belgium, judgment of 26 May 1988, Series A no. 135

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

Brogan and Others v. the United Kingdom (*Article 50*), judgment of 30 May 1989, Series A no. 152-B

Huber v. Switzerland, judgment of 23 October 1990, Series A no. 188

Toth v. Austria, judgment of 12 December 1991, Series A no. 224

Kampanis v. Greece, judgment of 13 July 1995, Series A no. 318-B

Hood v. the United Kingdom [GC], no. 27267/95, ECHR 1999-I

Nikolova v. Bulgaria [GC], no. 31195/96, ECHR 1999-II

In the case of Caballero v. the United Kingdom,

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,
 Mr A. PASTOR RIDRUEJO,
 Mr G. BONELLO,
 Mr J. MAKARCZYK,
 Mr P. KŪRIS,
 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,
 Mrs S. BOTOCHAROVA,
 Sir Robert CARNWATH, *ad hoc judge*,

and also of Mr P.J. MAHONEY, *Deputy Registrar*,

Having deliberated in private on 30 September 1999 and 10 January 2000,

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

PROCEDURE

1. The case was referred to the Court by the European Commission of Human Rights (“the Commission”) on 24 November 1998, within the three-month period laid down by former Articles 32 § 1 and 47 of the Convention. It originated in an application (no. 32819/96) against the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland lodged with the Commission under former Article 25 by a Jamaican citizen, Mr Clive Caballero, on 28 June 1996. The applicant was represented by Mr P. Leach and, subsequently, by Ms M. Cunneen, both lawyers with Liberty, a civil liberties non-governmental organisation based in London. The

1-2. *Note by the Registry.* Protocol No. 11 and the Rules of Court came into force on 1 November 1998.

Government of the United Kingdom (“the Government”) were represented by their Agent, Mr H. Llewellyn, of the Foreign and Commonwealth Office.

The Commission’s request referred to former Articles 44 and 48 and to the declaration whereby the United Kingdom recognised the compulsory jurisdiction of 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 5 §§ 3 and 5 of the Convention taken both alone and in conjunction with Article 13 and under Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 5 § 3.

2. Having been designated before the Commission by the initials C.C., the applicant subsequently agreed to the disclosure of his name by the Court.

3. In accordance with the provisions of Article 5 § 4 of Protocol No. 11 taken together with Rules 100 § 1 and 24 § 6 of the Rules of Court, a panel of the Grand Chamber decided on 14 January 1999 that the case would be examined by the Grand Chamber of the Court. The Grand Chamber included *ex officio* Sir Nicolas Bratza, the judge elected in respect of the United Kingdom (Article 27 § 2 of the Convention and Rule 24 § 4), 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 J. Makarczyk, Mr P. Kūris, Mr R. Türmen, Mrs F. Tulkens, Mrs V. Strážnická, Mr V. Butkevych, Mr J. Casadevall, Mrs H.S. Greve, Mr A.B. Baka, Mr R. Maruste and Mrs S. Botoucharova (Rule 24 § 3).

Subsequently Sir Nicolas Bratza, who had taken part in the Commission’s examination of the case, withdrew from sitting in the Grand Chamber (Rule 28). The Government accordingly appointed Sir Robert Carnwath to sit as an *ad hoc* judge (Article 27 § 2 of the Convention and Rule 29 § 1). Later Mr G. Bonello, substitute judge, replaced Mr Türmen, who was unable to take part in the further consideration of the case (Rule 24 § 5 (b)).

4. After consulting the Agent of the Government and the applicant’s representative, the Grand Chamber decided to dispense with a hearing in the case, being of the opinion that the discharging of its functions under Article 38 § 1 (a) of the Convention did not require one to be held (Rule 59 § 2).

5. On 17 May, 3 June, 19 August and 10 September 1999 the applicant and the Government variously produced a number of documents, either at the President’s request or of their own accord.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

6. In 1987 the applicant, who was born in 1926, was convicted of manslaughter by the Central Criminal Court, London. His record sheet read “manslaughter – heavy drinking session with female. In bed, during which he sexually interferes with her. Struggle ensues during which she dies”. The naked body of the victim, a neighbour of the applicant, was discovered outside the door of her flat wrapped in a bedspread. The applicant was sentenced to four years’ imprisonment. He was released in August 1988.

7. On 2 January 1996 the applicant was arrested by the police on suspicion of attempted rape of his next-door neighbour. He maintained that he had had sexual intercourse with the woman with her consent and the woman claimed that the incident had taken place after she had blacked out from drinking. He was brought before the Magistrates’ Court on 4 January 1996. While the applicant instructed his solicitor to apply for bail on his behalf, no bail application was or could have been made in view of section 25 of the Criminal Justice and Public Order Act 1994. The record of the hearing of 4 January 1996 refers to section 25 of the 1994 Act as the reason for the refusal of bail. The applicant was remanded in custody by the Magistrate on 4 and 11 January 1996, the second appearance being necessary in view of the possibility (later abandoned) of the prosecution amending the charge against the applicant.

8. The applicant was convicted of attempted rape and of assault occasioning actual bodily harm in October 1996. On 17 January 1997 he was sentenced to four years’ imprisonment for the assault conviction and to life imprisonment for the attempted rape conviction. The trial court deducted the period of his pre-trial detention from the sentence imposed pursuant to section 67 of the Criminal Justice Act 1967. On 11 July 1997 the Court of Appeal rejected his appeal against sentence.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW

9. Section 4 of the Bail Act 1976 as amended (“the 1976 Act”) provided that a person accused of a criminal offence should be granted bail except as stated in Schedule 1 to the Act. Paragraph 2 of Schedule 1 provided that a defendant need not be granted bail if the court was satisfied that there were substantial grounds for believing that the defendant, if released on bail, would fail to surrender to custody, commit an offence while on bail or interfere with witnesses or otherwise obstruct the course of justice, whether in relation to himself or any other person.

10. Under paragraph 9 of Schedule 1 to the 1976 Act, in taking the above decision, the court was to have regard to such of the following considerations, as well as to any other considerations, as appeared to that court to be relevant:

- the nature and seriousness of the offence or default (and the probable method of dealing with the defendant for it);
- the character, antecedents, associations and community ties of the defendant;
- the defendant’s record as regards the fulfilment of his obligations under previous grants of bail in criminal proceedings; and
- except in the case of a defendant whose case was adjourned for inquiries or a report, the strength of the evidence of his having committed the offence or having defaulted.

11. According to paragraph 9A of Schedule 1 to the 1976 Act, if a defendant (who had been charged with murder, manslaughter, rape, attempted murder or attempted rape) was granted bail and representations had been made as regards the matters mentioned in paragraph 2 of Schedule 1, the court had to state its reasons for granting bail and cause those reasons to be included in the record of the proceedings.

12. Section 25 of the Criminal Justice and Public Order Act 1994 (“the 1994 Act”) came into force on 10 April 1995 and provided as follows:

“(1) A person who in any proceedings has been charged with or convicted of an offence to which this section applies and in circumstances to which it applies shall not be granted bail in those proceedings.

(2) This section applies, subject to subsection (3) below, to the following offences, ... –

- (a) murder;
- (b) attempted murder;
- (c) manslaughter;
- (d) rape; or
- (e) attempted rape.

(3) This section applies to a person charged with or convicted of any such offence only if he has been previously convicted by or before a court in any part of the United Kingdom of any such offence or of culpable homicide and, in the case of a previous conviction of manslaughter or culpable homicide, if he was then sentenced to imprisonment or, if he was then a child or young person, to long-term detention under any of the relevant enactments.

...”

13. Section 25 of the 1994 Act has been amended by section 56 of the Crime and Disorder Act 1998, which entered into force on 30 September 1998. Section 56 of the 1998 Act reads as follows:

“In subsection (1) of section 25 of the 1994 Act (no bail for defendants charged with or convicted of homicide or rape after previous conviction of such offences), for the words ‘shall not be granted bail in those proceedings’ there shall be substituted the words ‘shall be granted bail in those proceedings only if the court or, as the case may be, the constable considering the grant of bail is satisfied that there are exceptional circumstances which justify it’.”

PROCEEDINGS BEFORE THE COMMISSION

14. Mr Caballero applied to the Commission on 28 June 1996. He alleged that the automatic denial of bail prior to his trial constituted a violation of Article 5 §§ 3 and 5 of the Convention both taken alone and in conjunction with Article 13. He also claimed that there had been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 5 § 3.

15. The Commission declared the application (no. 32819/96) admissible on 1 December 1997. In its report of 30 June 1998 (former Article 31 of the Convention), it expressed the opinion, by nineteen votes to twelve, that there had been a violation of Article 5 §§ 3 and 5 and that it was not necessary also to consider the complaint under Article 14 taken in conjunction with Article 5 § 3. It also expressed the unanimous opinion that there had been no violation of Article 13. The full text of the Commission’s opinion and of the two separate opinions contained in the report is reproduced as an annex to this judgment.

FINAL SUBMISSIONS TO THE COURT

16. The Government in their memorial conceded that there had been a violation of Article 5 §§ 3 and 5 of the Convention. The Government also submitted that, for the reasons set out in the Commission’s report, they considered that there had been no violation of Article 13 of the Convention and that no separate issue arose under Article 14.

17. The applicant maintained his complaints under Article 5 §§ 3 and 5 of the Convention and under Article 14 taken in conjunction with Article 5 § 3. He did not pursue his complaint under Article 13 before the Court.

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 5 §§ 3 AND 5 OF THE CONVENTION

18. The applicant claimed that the automatic denial of bail pending his trial pursuant to section 25 of the Criminal Justice and Public Order

Act 1994 (“the 1994 Act”) constituted a violation of Article 5 § 3 of the Convention. He also complained that he did not have an enforceable right to compensation in this respect within the meaning of Article 5 § 5 of the Convention.

19. The relevant parts of Article 5 of the Convention read as follows:

“3. Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1 (c) of this Article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.

...

5. Everyone who has been the victim of arrest or detention in contravention of the provisions of this Article shall have an enforceable right to compensation.”

20. The majority of the Commission was of the opinion that there had been a violation of Article 5 §§ 3 and 5 of the Convention. In their memorial to the Court, the Government conceded that there had been a violation of those provisions.

21. The Court accepts the Government’s concession that there has been a violation of Article 5 §§ 3 and 5 of the Convention in the present case, with the consequence that it is empowered to make an award of just satisfaction to the applicant under Article 41, but it does not consider it necessary in the particular circumstances to examine the issues of interpretation of Article 5 §§ 3 and 5 raised by the applicant’s complaint.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 13 OF THE CONVENTION

22. The applicant contended before the Commission that he did not have an effective domestic remedy in relation to the breaches of Article 5 §§ 3 and 5 of the Convention. Article 13 reads as follows:

“Everyone whose rights and freedoms as set forth in [the] Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity.”

23. The Commission was of the opinion that there had been no violation of Article 13 of the Convention. The Government supported this conclusion before the Court, relying on the reasons set out in the Commission’s report.

24. The applicant did not pursue this complaint at all before the Court, which sees no cause to examine it of its own motion.

III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 14 OF THE CONVENTION

25. The applicant further submitted that section 25 of the 1994 Act constituted a discriminatory difference in treatment contrary to Article 14

of the Convention when taken in conjunction with Article 5 § 3. 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.”

26. The Commission found no necessity in the circumstances to examine this complaint. Before the Court, the Government agreed with this conclusion, again relying on the reasons outlined by the Commission in its report.

27. The Court notes that section 25 of the 1994 Act operated by selecting certain accused persons to whom bail could not be granted prior to trial. In view of its acceptance of the Government’s concession in connection with Article 5 § 3 of the Convention (see paragraph 21 above), the Court does not find it necessary also to consider the applicant’s complaint about section 25 of the 1994 Act under Article 14.

IV. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

28. 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

29. The applicant did not allege any pecuniary damage. However, he sought an unspecified amount of compensation for non-pecuniary damage, arguing that a decision not to make such an award would strip Article 5 § 5 of any effectiveness. He also submitted an affidavit of a solicitor in the United Kingdom who has practised since 1985 exclusively in criminal law and advocacy in the criminal courts. The affidavit details why, according to the deponent, the applicant would have had a good chance of being granted bail prior to his trial had section 25 of the 1994 Act not been in force. The Government did not comment on this claim.

30. The Court recalls that in certain cases which concerned violations of Article 5 §§ 3 and 4 it has made relatively small awards in respect of non-pecuniary damage (see the *Van Droogenbroeck v. Belgium* judgment of 25 April 1983 (*Article 50*), Series A no. 63, p. 7, § 13, and the *De Jong, Baljet and Van den Brink v. the Netherlands* judgment of 22 May 1984, Series A no. 77, p. 29, § 65). However, in more recent cases, it has declined to make any such award (see the *Pauwels v. Belgium* judgment of

26 May 1988, Series A no. 135, p. 20, § 46; the *Brogan and Others v. the United Kingdom* judgment of 30 May 1989 (*Article 50*), Series A no. 152-B, pp. 44-45, § 9; the *Huber v. Switzerland* judgment of 23 October 1990, Series A no. 188, p. 19, § 46; the *Toth v. Austria* judgment of 12 December 1991, Series A no. 224, p. 24, § 91; the *Kampanis v. Greece* judgment of 13 July 1995, Series A no. 318-B, p. 49, § 66; *Hood v. the United Kingdom* [GC], no. 27267/95, §§ 84-87; ECHR 1999-I; and *Nikolova v. Bulgaria* [GC], no. 31195/96, § 76, ECHR 1999-II). In some of these judgments the Court stated that just satisfaction can be awarded only in respect of damage resulting from a deprivation of liberty that the applicant would not have suffered if he or she had had the benefit of the guarantees of Article 5 § 3 and concluded, according to the circumstances, that the finding of a violation constituted sufficient just satisfaction in respect of any non-pecuniary damage suffered.

31. In the present case affidavit evidence, which is not disputed by the Government, was submitted by the applicant to the effect that, had it not been for section 25 of the 1994 Act, he would have had a good chance of being released on bail prior to his trial. The applicant further argued that any such release on bail prior to his trial could have been his last days of liberty given his advanced age, his ill-health and the long sentence he was serving, a submission on which the Government also did not comment. The Court awards the applicant, on an equitable basis, 1,000 pounds sterling (GBP) compensation for non-pecuniary damage.

B. Costs and expenses

32. The applicant claimed a total of GBP 32,225.09 in legal costs and expenses (this is inclusive of value-added tax (VAT), as are all figures noted below). This claim comprised the costs and expenses of two different legal representatives. Dundons (a firm of solicitors) liaised between the applicant and Liberty, and the latter represented the applicant before the Court. The applicant sought reimbursement of costs and expenses in the amount of GBP 5,910.56 as regards Dundons' work on the case and in the sum of GBP 11,935.47 in respect of Liberty's work. His claim also included counsel's fees in the amount of GBP 14,379.06. In addition, all costs and expenses claimed embraced those which the applicant anticipated would be incurred by his legal advisers after the submission of his memorial to the Court and up to the conclusion of the present procedure. However, by letter dated 3 September 1999, the applicant clarified that, as the anticipated costs and expenses related to any future hearing before this Court, that element could be discounted since no such hearing had taken place.

The Government argued that they should not be required to pay costs and expenses of two representatives and that, accordingly, the claim in

respect of Dundons should be discounted. They also considered excessive the time for which counsel had billed. They further submitted that most of the anticipated costs and expenses requested should be discounted since, *inter alia*, the Government had conceded the violation of Article 5 of the Convention in their memorial and because no hearing had been held. The Government, accordingly, suggested a total award of GBP 12,000 in respect of costs and expenses.

33. The Court recalls that in order for costs and expenses to be recoverable under Article 41 of the Convention, it must be established that they were actually and necessarily incurred, and reasonable as to quantum (see, among other authorities, *Nikolova* cited above, § 79).

The Court finds that there was considerable duplication between the work carried out by the applicant's two representatives and would reduce the amount claimed in respect of Dundons accordingly. In addition, the number of hours for which counsel charged appears to be excessively high. Furthermore, given that little input was required of the applicant's representatives after the submission of his memorial, the remaining request for reimbursement for anticipated costs must be significantly reduced. Considering the above, and making its assessment on an equitable basis, the Court awards the applicant GBP 15,250 inclusive of VAT but less the amount received in legal aid from the Council of Europe (4,100 French francs).

C. Default interest

34. According to the information available to the Court, the statutory rate of interest applicable in the United Kingdom at the date of adoption of the present judgment is 7.5% per annum.

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Accepts* the Government's concession that there has been a violation of Article 5 §§ 3 and 5 of the Convention;
2. *Holds* that it is not necessary to consider whether there has been a violation of Article 13 of the Convention;
3. *Holds* that it is not necessary to consider whether there has been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 5 § 3;
4. *Holds*
 - (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months, the following amounts:

- (i) in compensation for non-pecuniary damage, GBP 1,000 (one thousand pounds sterling);
 - (ii) for costs and expenses, GBP 15,250 (fifteen thousand two hundred and fifty pounds sterling) inclusive of value-added tax, less the amount received in legal aid from the Council of Europe;
 - (b) that simple interest at an annual rate of 7.5% shall be payable on those sums from the expiry of the above-mentioned three months until settlement;
5. *Dismisses* the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in English and in French, and notified in writing on 8 February 2000, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Luzius WILDHABER
President

Paul MAHONEY
Deputy Registrar

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the following opinions are annexed to this judgment:

- (a) concurring opinion of Mrs Palm joined by Mr Bonello, Mrs Tulkens and Sir Robert Carnwath;
- (b) separate opinion of Mr Casadevall joined by Mrs Greve.

L.W.
P.J.M.

CONCURRING OPINION OF JUDGE PALM
JOINED BY JUDGES BONELLO, TULKENS
AND Sir Robert CARNWATH

1. In paragraph 21 of the judgment the Court “accepts the Government’s concession that there has been a violation of Article 5 §§ 3 and 5 of the Convention in the present case, with the consequence that it is empowered to make an award of just satisfaction to the applicant under Article 41, but it does not consider it necessary in the particular circumstances to examine the issues of interpretation of Article 5 §§ 3 and 5 raised by the applicant’s complaint”.

2. I agree that in a case like the present one where the respondent State concedes that there has been a violation and where the national legislation or practice has been changed accordingly, and where in addition the Court is satisfied that there is no reason of public policy to fix the case-law for the future and for all Contracting States, the Court may discharge the duty conferred on it by Article 19 of the Convention – namely “[t]o ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties in the Convention and the Protocols thereto” – by accepting the Government’s concession without itself going into any undecided general issues of interpretation raised by the case. Such an approach is in the interest of procedural economy as, in my view, it enables the Court to proceed, without further reasoning, to rule on the applicant’s contested claims for just satisfaction under Article 41 of the Convention.

3. To be able to make an award of just satisfaction, the Court must, under the terms of Article 41, find a violation of at least one substantive Article and it must, in accordance with Article 45, give reasons for its judgment.

4. In the present case, the Court’s reasons for finding a violation are precisely that the Government have conceded a violation, having moreover already amended the legislation at the root of the applicant’s complaint, and that in the particular circumstances there is no call to examine the interpretative question of general application raised by the case.

5. The operative part of the judgment, however, appears to leave it open whether there was a violation in the present case, the Court merely holding that it “accepts the Government’s concession that there has been a violation of Article 5 §§ 3 and 5 of the Convention”. I find this formulation unfortunate as it makes the judgment unclear as to the Court’s position. In so far as this formulation is not tantamount to a finding of a violation, it introduces a new form of judgment which rules in favour neither of a violation nor of a non-violation and which yet

makes an award of just satisfaction under the Article 41. This must be seen as an extension of the Court's competence according to the Convention.

6. The logic of accepting the Government's concession of a violation while refraining from settling an unresolved issue of interpretation must, to my mind, be that the Court also accepts that there *was* a violation in, and for the purposes of, the particular case. The operative part ought to have spelt this out explicitly. In short, in my view, when minded to accept a concession by a respondent State of a violation and to make an award of just satisfaction under Article 41, the Court may leave open for resolution another day a general question of interpretation of the Convention – provided of course that there are no reasons of public policy dictating otherwise – but it may not leave open whether there was a violation of the relevant substantive Article(s) in the particular case.

SEPARATE OPINION OF JUDGE CASADEVALL
JOINED BY JUDGE GREVE

(Translation)

1. I share the view put forward by the Government in their memorial that there has been a violation of Article 5 §§ 3 and 5 of the Convention, and the applicant should consequently be awarded just satisfaction. However, I must in this instance express my strong reservations about the new approach adopted by the Court in this judgment in paragraph 21 and in the first point of the operative provisions.

2. If it was not going to strike the case out of its list on account of a friendly settlement or for any other reason provided for in Article 37, the Court had a duty, in the exercise of its jurisdiction “concerning the interpretation and application of the Convention”, in the words of Article 32, to rule on the merits and hold that there had been – or had not been – a violation of the provisions in question. In my view, those are the only two options available to the Court under the Convention.

3. It is apparent from Article 41 that an award of just satisfaction is subject to a prior finding that there has been a violation of the Convention or its Protocols. That being so, even allowing the Court a wide discretion to interpret that provision, I am not persuaded that the fact that the Court has accepted the Government’s concession enables it, in itself, to award such satisfaction.

4. Even if the State conceded that there had been a violation of Article 5 §§ 3 and 5, the applicant (the only master of the litigation) maintained his complaint in the absence of a friendly settlement. He was accordingly entitled to a reasoned judgment on the merits (as required by Article 45) and not merely an acceptance of the Government’s concession, and the Court, in my opinion, should have determined the questions before it.

5. Although the precedent dates from 1978 and is admittedly not binding on the new Court, I prefer the point of view expressed in the *Ireland v. the United Kingdom* judgment (18 January 1978, Series A no. 25) inasmuch as the Court “consider[ed] that the responsibilities assigned to it within the framework of the system under the Convention extend[ed] to pronouncing on the non-contested allegations of [a] violation ...” (p. 62, § 154) and “Accordingly, that part of the present case which concerns the said allegations cannot be said to have become without object; the Court considers that it should rule thereon, notwithstanding the initiatives taken by the respondent State” (p. 62, § 155).

6. Although it can be argued that the Court always retains the right to continue the examination of a case, even if there is a friendly settlement or the applicant withdraws his complaints (Article 37), the opening up of this

“new third way”, confined to a mere acceptance of a concession by the respondent State, does not seem to me to be satisfactory in either spirit or letter, in the light of the wording of the Convention.

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. DANELIUS,
Mrs G.H. THUNE,
Mr F. MARTINEZ,
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. BIRSAN,
Mr P. LORENZEN,
Mr K. HERNDL,
Mr E. BIELIŪNAS,
Mr E.A. ALKEMA,
Mr M. VILA AMIGO,
Mrs M. HION,
Mr R. NICOLINI,
Mr A. ARABADJEV,
and Mr M. DE SALMA, *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

25. The Commission has declared admissible the applicant's complaints:

- that the judge before whom he was brought did not have the power to release him pending trial;
- that he had no right to compensation in that respect;
- that he had no effective domestic remedy in these respects; and
- that the choice of persons to whom section 25 of the 1994 Act applies is discriminatory.

B. Points at issue

26. Accordingly, the points at issue are:

- whether there has been a violation of Article 5 § 3 of the Convention as regards the applicant's automatic pre-trial detention;
- whether there has been a violation of Article 5 § 5 of the Convention as regards the right to compensation;
- whether there has been a violation of Article 13 of the Convention as regards the availability of an effective domestic remedy; and
- whether there has been a violation of Article 14 of the Convention as regards the alleged discrimination against him.

C. As regards Article 5 § 3 of the Convention

27. Article 5 § 3 reads as follows:

“Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1 (c) of this Article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.”

28. The applicant considers that his automatic exclusion from bail by section 25 of the 1994 Act deprived him of the protection guaranteed by Article 5 § 3 of the Convention and outlined in detail in the jurisprudence of the Court (see, *inter alia*, Eur. Court HR, *De Jong, Baljet and Van den Brink v. the Netherlands* judgment of 22 May 1984, Series A no. 77; *Schiesser v. Switzerland* judgment of 4 December 1979, Series A no. 34; *Letellier v. France* judgment of 26 June 1991, Series A no. 207; and *Clooth v. Belgium* judgment of 12 December 1991, Series A no. 225).

29. The Government, in the first place, submit that, prior to section 25 of the 1994 Act coming into force, the courts only rarely granted bail to a person accused of a serious crime who had a previous conviction for an earlier serious crime. However, the Government point out that the purpose of section 25 is to avoid the unacceptable risk of an error of

judgment on the part of the courts in section 25 cases with the serious consequences for the alleged victims or for the proper administration of justice that would entail.

30. Secondly, the Government also argue that “trial within a reasonable time” and “release pending trial” are alternatives. It is submitted that nothing in Article 5 § 3 prohibits a State from deciding that, in particular circumstances, it would be an unacceptable risk to release such a defendant as long as that person receives a speedy trial, it being noted that the applicant does not contest that he was tried within a reasonable time.

31. Thirdly, the Government further consider that the magistrates’ court remains the “judge or other officer authorised by law to exercise judicial power” within the meaning of Article 5 § 3 in view of the remaining powers of those courts including the power to consider at committal hearings whether there was sufficient evidence to continue the proceedings and, if not, to dismiss the case; the power to consider whether the accused has been properly charged and treated and, if not, to consider whether to dismiss the case for abuse of process and to order the accused’s release; and the power to ensure that the trial takes place “speedily” (the “remaining powers” of the magistrates’ court). When Parliament can require the magistrates’ court to have regard to specified substantive criteria when considering bail (and thereby significantly reduce its discretion), it is consistent for Parliament to determine that, in a limited category of cases, bail is inappropriate as long as the accused retains the protection of the remaining powers of the magistrates’ court.

32. The Government argue that, in any event, the parliament of the United Kingdom is entitled to conclude that it is appropriate to deny bail to a person accused of a certain serious offence who has been previously convicted of such a serious offence and who, in such circumstances, presents too substantial a risk of reoffending, absconding, interfering with witnesses or otherwise obstructing justice and so causing serious harm to others or to the proper administration of justice.

33. As to the jurisprudence upon which the applicant relies, the Government submit, in particular, that those cases concerned defendants who did not have access to a court with a power to order release in any circumstances or with the power to ensure a speedy trial. Neither case was concerned with whether a State is entitled to deny bail to persons in the circumstances outlined in section 25 where the defendant has the right of access to a magistrates’ court with the remaining powers outlined above.

34. Finally, the previous judgments of the Court on Article 5 § 3 of the Convention were concerned with examples of arbitrary detention and there is nothing arbitrary about section 25 of the 1994 Act, it being a carefully considered and rational scheme advancing the purposes of

section 25 outlined above. Even if it were possible to argue that the application of section 25 may be unfair in some circumstances, there was nothing arbitrary in the present case and it is not the function of the Convention organs to consider section 25 in the abstract.

35. The applicant responded to the Government's observations by commenting, in the first place, on the Government's submissions as regards domestic law and practice. He considers that the Government's reference to the practice of the courts before section 25 of the 1994 Act came into force implies that the courts did occasionally grant bail to persons now falling within the scope of section 25. As to the Government's outline of the purpose of section 25 (the avoidance of judicial error in serious cases), the applicant points out that the Government give no examples of such error, do not submit that such errors were made in the past, conducted no relevant study in that respect prior to the enactment of section 25 and could not give any examples of judicial error when so requested during the debate on section 25 in the House of Lords. Accordingly, the risk of judicial error to which the Government refer is hypothetical and not a real risk. Neither is there any analysis disclosed by the Government which would indicate that those categories of offenders included within section 25 are more likely, for example, to abscond. This renders section 25, in addition to being hypothetical, arbitrary.

36. The Government's assertion that States are entitled to decide that the release on bail of a certain category of persons would present an unjustifiable risk to the public is, according to the applicant, also illogical and indefensible. The Government appear to consider that a previous serious conviction and a subsequent charge of a similar offence is sufficient justification for section 25 of the 1994 Act but the applicant points out that this assertion is made without any research, evidence or any regard to the individual facts of the case. It is a blanket approach that is indefensible when the fundamental right to liberty is involved and where there exists a well-established procedure by which courts assess the facts of each case in order to decide to release on bail or not. Moreover, the Government imply, without any evidence, that there is a causal link between section 25 defendants and a substantial risk on release.

37. The applicant also considers the Government's reference to time-limits as regards pre-trial detention misleading. The time-limits are easily and often extended, the arraignment is deemed to be the start of the trial even though the trial proper may not take place for weeks or months thereafter, bail cannot be granted in section 25 cases and even where there is a clear breach of custody time-limits no claim for unlawful imprisonment or release can be brought (*Olotu v. Home Office* 1996 no. 0117).

38. Secondly, and as to the Government's observations on the admissibility and merits of his complaints, the applicant points out, *inter*

alia, that the Government's submission that trial within a reasonable time or release are alternatives is not sustainable in view of the Wemhoff judgment (see Eur. Court HR, Wemhoff v. Germany judgment of 27 June 1968, Series A no. 7). On the contrary, the accused has the right to a trial within a reasonable time *and* to a judicial determination of the question of pre-trial detention. Furthermore, the Government's suggestion that the remaining powers of the magistrates' court suffice for the purposes of Article 5 § 3 ignores the requirements of that Article outlined in the Schiesser judgment cited above. The remaining powers are also not relevant to the question at issue, namely the right to a judicial determination of the necessity of pre-trial detention.

39. The applicant also takes issue with the Government's attempts to distinguish the cases of the European Court of Human Rights upon which he relies, noting that the Court has never approved automatic pre-trial detention for a category of accused persons without any regard to their particular circumstances. Moreover, in the absence of any research prior to its enactment and of any examples of judicial error, the Government's assertion that section 25 is "carefully considered and rational" requires further explanation. As to the Government's submission about not considering the case in the abstract, the applicant points out that his case is not about an abstract point – he had certain rights under Article 5 § 3 as to a judicial consideration of the need for his being detained pre-trial and he was not afforded this possibility. It is therefore inappropriate for the Government now to seek to second-guess what a court's decision would have been had it not deprived the applicant of that judicial determination and decision. In any event, the applicant submits that he had a realistic chance of being granted bail.

40. The Commission recalls that judicial control of interference by the executive with the individual's right to liberty is an essential feature of the guarantee embodied in Article 5 § 3, the purpose being to minimise the risk of arbitrariness as regards the pre-trial detention of accused persons. Judicial control is implied by the rule of law, one of the fundamental principles of a democratic society, which is expressly referred to in the Preamble to the Convention and from which the whole Convention draws its inspiration (see Eur. Court HR, Brogan and Others v. the United Kingdom judgment of 29 November 1988, Series A no. 145-B, pp. 31-32, § 58).

41. The jurisprudence of the Convention organs has, accordingly, outlined certain procedural and substantive guarantees by which that judicial control is provided.

42. In the first place, the judicial officer before whom the accused is "brought promptly" must be seen to be independent of the executive and of the parties to the proceedings because otherwise his impartiality could be capable of appearing open to doubt (see the Schiesser judgment cited

above, pp. 13-14, § 31; Eur. Court HR, Huber v. Switzerland judgment of 23 October 1990, Series A no. 188, p. 18, §§ 42-43; and Brincat v. Italy judgment of 26 November 1992, Series A no. 249-A, pp. 11-12, §§ 20-21).

43. Secondly, that judge, having heard the accused himself, must examine all the facts arguing for or against the existence of a genuine requirement of public interest justifying, with due regard to the presumption of innocence, a departure from the rule of respect for the accused's liberty. Those facts must be set out in the decision on the application for release (see the Schiesser judgment, *loc. cit.*, and the Letellier judgment cited above, p. 18, § 35). For example, the danger of an accused's absconding cannot be gauged solely on the basis of the severity of the sentence risked (see Eur. Court HR, Yağcı and Sargin v. Turkey judgment of 8 June 1995, Series A no. 319-A, p. 19, § 52). As far as the danger of reoffending is concerned, a reference to a person's antecedents cannot suffice to justify refusing release (see Eur. Court HR, Muller v. France judgment of 17 March 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-II, p. 390, § 44).

44. Thirdly, the judge must have the power to order an accused's release (see Eur. Court HR, Ireland v. the United Kingdom judgment of 18 January 1978, Series A no. 25, pp. 75-76, § 199, and the De Jong, Baljet and Van den Brink judgment cited above, pp. 23-24, § 48).

45. In the present case, the Commission notes that the applicant had been previously convicted of manslaughter and was then charged with attempted rape in January 1996. Therefore, and it is not disputed, the applicant fell within the scope of section 25 of the 1994 Act which had come into effect in April 1995. Accordingly, the Commission observes that, while the applicant was brought before a magistrate whose independence the Commission has no reason to doubt, the possibility of any consideration by a judge of the pre-trial release of the applicant and of, accordingly, his release on bail had been excluded in advance by the legislature.

46. The Government rely on the remaining powers of the magistrates' court. The Commission notes the powers to dismiss the proceedings against the applicant on the basis of insufficient evidence and on the basis that there has been an abuse of process if the accused has not been properly charged together with the power to release an applicant pursuant to successful habeas corpus proceedings based on the lack of a reasonable basis for arrest. However, and while these are important controls on the reasonableness of an accused's arrest, the Commission considers that they do not amount to the guarantee under Article 5 § 3 of a judicial consideration of all the particular facts of a case which militate for or against the continuation of pre-trial detention (see Eur. Court HR, Stögmüller v. Austria judgment of 10 November 1969, Series A no. 9, pp. 39-41, §§ 4-5).

47. In any event, the Commission considers that any application based on insufficient evidence, which application the Government submit can be made at the committal hearing, would fall foul of the “promptly” requirement of Article 5 § 3 of the Convention. A habeas corpus action challenging the reasonableness of the suspicion upon which the arrest was made could be brought immediately on arrest but would not comply with the principle that the Article 5 § 3 hearing must take place at the initiative of the State (see *McGoff v. Sweden*, application no. 9017/80, Commission decision of 13 October 1982, Decisions and Reports 31, p. 72). In view of the preparation necessary for an abuse of process claim and its non-automatic nature, such a remedy would fall foul of both such requirements of Article 5 § 3 of the Convention.

48. Moreover, any power of the magistrate in relation to the applicant’s treatment while in custody is not relevant to the facts of the present case and the power to ensure a speedy trial (even in cases where section 25 applies) is not relevant either, since release prior to trial (if need be, with guarantees that will ensure appearance at trial) and an early trial are not alternative guarantees of Article 5 § 3 (see the *Wemhoff* judgment cited above, pp. 22-23, §§ 5-8, and p. 25, § 15).

49. The Government further submit that section 25 of the 1994 Act itself contains a carefully considered and rational risk assessment which means that it is not arbitrary. However, the Commission considers that the exclusion from the risk assessment of a consideration of all of the particular circumstances and facts of each accused’s case (other than the two facts contained in section 25) exposes, of itself, accused persons to an arbitrary deprivation of liberty. By way of illustration, the Commission refers to the situation where, for example, an accused is totally paralysed (see *A.V. v. Austria*, application no. 4465/70, Commission decision of 31 October 1971, unreported).

50. The Commission therefore considers that the effect of section 25 of the 1994 Act was to remove the judicial control required by Article 5 § 3 of the applicant’s pre-trial detention.

Conclusion

51. The Commission concludes, by nineteen votes to twelve, that in the present case there has been a violation of Article 5 § 3 of the Convention.

D. As regards Article 5 § 5 of the Convention

52. Article 5 § 5 reads as follows:

“Everyone who has been the victim of arrest or detention in contravention of the provisions of this Article shall have an enforceable right to compensation.”

53. The Government maintain that there has been no breach of Article 5 § 3 and, consequently, no breach of Article 5 § 5. In the alternative, the Government argue that, since the period of pre-trial detention was deducted from the applicant's sentence, he has no right to compensation.

54. The Commission recalls that, while the Contracting States can make the award of compensation dependent upon the ability of the individual to show damage (pecuniary or non-pecuniary) resulting from the breach, it must be possible to apply for compensation in respect of a deprivation of liberty in violation of, *inter alia*, Article 5 § 3 of the Convention (see Eur. Court HR, *Wassink v. the Netherlands* judgment of 27 September 1990, Series A no. 185-A, p. 14, § 38). The Commission notes that it is not disputed that the applicant's pre-trial detention complied with domestic law and that the applicant did not have a remedy in domestic law for detention giving rise to a violation of Article 5 § 3 of the Convention.

55. Accordingly, the Commission considers that there has been a breach of Article 5 § 5 of the Convention in view of the absence of an enforceable right to compensation in domestic law for the breach of Article 5 § 3 of the Convention.

Conclusion

56. The Commission concludes, by nineteen votes to twelve, that in the present case there has been a violation of Article 5 § 5 of the Convention.

E. As regards Article 13 of the Convention

57. Article 13 reads as follows:

“Everyone whose rights and freedoms as set forth in [the] Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity.”

58. The applicant maintains that there has been a breach of his rights guaranteed by Article 5 of the Convention for which breach he had no domestic remedy.

59. The Government submit that Article 13 is not applicable since the application does not involve any arguable complaints of breaches of the Convention (see Eur. Court HR, *Boyle and Rice v. the United Kingdom* judgment of 27 April 1988, Series A no. 131). It is also argued that, in any event, Article 13 does not go as far as to guarantee a remedy allowing a State's laws, as such, to be challenged before a national authority on the grounds of being contrary to the Convention, the Government citing the *James and Others* together with the *Lithgow and Others* judgments (see Eur. Court HR, *James and Others v. the United Kingdom* judgment of

21 February 1986, Series A no. 98, and *Lithgow and Others v. the United Kingdom* judgment of 8 July 1986, Series A no. 102).

60. The Commission notes that the applicant has not invoked Article 5 § 4 of the Convention which must be regarded as the *lex specialis* in respect of complaints about detention which was unlawful in domestic law and in terms of the Convention (see the *Brogan and Others* judgment cited above, p. 65, § 121). The Commission has also concluded above as to a violation of Article 5 § 5 of the Convention.

61. Accordingly, the Commission considers that this complaint under Article 13 amounts to a complaint about the lack of a remedy to challenge domestic legislation (section 25 of the 1994 Act) before a national authority on the basis that it is contrary to the Convention. However, Article 13 of the Convention does not guarantee such a remedy (see the *James and Others* and *Lithgow and Others* judgments cited above).

Conclusion

62. The Commission concludes, unanimously, that in the present case there has been no violation of Article 13 of the Convention.

F. As regards Article 14 of the Convention

63. The applicant further complains that section 25 of the 1994 Act constitutes a discriminatory difference in treatment contrary to Article 14 of the Convention, which Article the Commission considers has been raised in conjunction with Article 5 § 3 of the Convention. 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.”

64. The Government refer to the *Stubbings* judgment (see Eur. Court HR, *Stubbings and Others v. the United Kingdom* judgment of 22 October 1996, *Reports* 1996-IV, pp. 1506-07, § 70), arguing that it is well within the State’s margin of appreciation to conclude that persons who have been previously convicted of a serious offence should be differently treated for the purposes of bail once they are accused of having committed another such offence and that it would be inappropriate to grant bail in view of the risks involved for the public and the proper administration of justice.

65. The Commission observes that the essential purpose of section 25 is to select those accused persons to whom bail cannot be granted in view of their past conviction or convictions and current charge or charges. Since the Commission has already considered the compliance of section 25 of

the 1994 Act with Article 5 § 3 of the Convention above, it is of the view that it is not necessary also to consider section 25 under Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 5 § 3.

Conclusion

66. The Commission concludes, by nineteen votes to twelve, that in the present case it is not necessary to consider the applicant's complaint under Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 5 § 3.

G. Recapitulation

67. The Commission concludes, by nineteen votes to twelve, that in the present case there has been a violation of Article 5 § 3 of the Convention (paragraph 51).

68. The Commission concludes, by nineteen votes to twelve, that in the present case there has been a violation of Article 5 § 5 of the Convention (paragraph 56).

69. The Commission concludes, unanimously, that in the present case there has been no violation of Article 13 of the Convention (paragraph 62).

70. The Commission concludes, by nineteen votes to twelve, that in the present case it is not necessary to consider the applicant's complaint under Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 5 § 3 (paragraph 66).

M. DE SALVIA
Secretary to the Commission

S. TRECHSEL
President of the Commission

CONCURRING OPINION OF Mr LOUCAIDES

I agree with the conclusions of the majority in this case. However, as regards Article 5 § 3 of the Convention, my reasoning leading to a violation is as follows.

It seems that there is no express provision in Article 5 guaranteeing the exercise of a discretion by judicial authorities in determining a pre-trial detention. But I cannot accept that the provisions of Article 5 were intended to confine the judicial task, in such an important subject as the liberty of the person, to simply deciding whether certain basic general conditions regarding the legality of detention were satisfied.

I believe that the conditions set out in that Article were the minimum requirements for the legality of detention. There remained an area of judicial discretion and control in the determination of whether the detention of a person was justified in the interests of justice on the basis of the facts and circumstances of a particular case. A judge had the power to order the detention of a person from the provisions of Article 5 §§ 1 (c) and 3 of the Convention if the conditions prescribed therein were satisfied. But the judge was not obliged to order such detention automatically in any case where these conditions were met. The existence of a residue of judicial discretion is clearly implied from the provisions of Article 5 of the Convention. A law which deprives the judge of such a judicial discretion, as in the present case, amounts, in my opinion, to a violation of the provisions at issue of Article 5 of the Convention.

PARTLY DISSENTING OPINION OF Mr PELLONPÄÄ
JOINED BY Mr TRECHSEL, Mr GAUKUR JÖRUNDSSON,
Mr GÖZÜBÜYÜK, Mr SOYER, Mr DANELIUS,
Mrs THUNE, Mr CONFORTI, Mr RESS AND Mr HERNDL

We disagree with the conclusion that there has been a violation of Article 5 § 3 of the Convention.

According to this provision, a person “arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1 (c) of this Article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or release pending trial...”

It is undisputed that the applicant was brought promptly before a magistrate fulfilling the basic requirements of “a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power”. The question is whether the fact that, by virtue of section 25 of the 1994 Act, the judge lacked power to release the applicant on bail is, in the circumstances of the case, compatible with Article 5 § 3.

The provision on the right to release must be read in conjunction with paragraph 1 of Article 5. As a point of departure, no right to release for a person brought promptly before a judge can be inferred from paragraph 3 if the deprivation of liberty is in conformity with paragraph 1.

Paragraph 1 firstly requires that any deprivation of liberty take place only “in accordance with a procedure prescribed by law”, i.e. in accordance with both the substantive and procedural requirements of domestic law. Secondly, the kind of deprivation of liberty at issue here must be based “on reasonable suspicion of [the person in question] having committed an offence” (paragraph 1 (c)).

It is not contested that the deprivation of liberty took place “in accordance with a procedure prescribed by law”. Nor is there any dispute that, when brought before the judge, the applicant was under “reasonable suspicion of having committed an offence” within the meaning of paragraph 1 (c) which does not, for example, require the deprivation of liberty to be “necessary in a democratic society” (see, for example, Article 8 § 2).

In view of this, when brought before the judge on 4 January 1996 the applicant could derive from Article 5 § 3 no right to be released. That the release, according to the last sentence of paragraph 3, “may be conditioned by guarantees to appear for trial” does not create any obligation to provide for an alternative of release on bail at the “first stage” of a deprivation of liberty, if that deprivation of liberty is in conformity with Article 5 § 1 (c). Therefore the fact that the judge

deciding on the detention on remand had no option of granting the applicant bail, i.e. he lacked the power to do something that the Convention in any case did not oblige him to do, does not violate Article 5 § 3.

It is true that while reasonable suspicion that the person arrested has committed an offence within the meaning of Article 5 § 1 (c) is a sufficient condition for detention at the early stages of the deprivation of liberty, after a certain lapse of time such a suspicion no longer suffices alone but the supervisory organs must examine “the grounds which persuaded the judicial authorities to decide” that the detention should be continued (see Eur. Court HR, *B. v. Austria* judgment of 28 March 1990, Series A no. 175, p. 16, § 42). At this “second stage” of the detention the kind of considerations put forward in paragraph 43 of the report become relevant. For example, “the possibility of a severe sentence is not sufficient after a certain lapse of time to justify the length of detention” (*ibid.*, pp. 16-17, § 44). It is not excluded that at such a later stage the application of section 25 of the 1994 Act could lead to situations incompatible with Article 5 § 3 as it has been interpreted by the Court.

However, it is not necessary to take a stand on the question as to when such a stage might have been reached, as in the circumstances of this case it was in any event not reached by the time the applicant’s detention on remand came to an end in October 1996. Until then it was enough, from the point of view of Article 5, that he was under a “reasonable suspicion of having committed an offence”. That during this period the English courts lacked the power of doing what they in any case were not obliged to do under the Convention cannot in our view constitute a violation of Article 5 § 3. In reaching this conclusion we note also the guarantees mentioned in paragraph 31 of the report.

It follows that there has been no violation of Article 5 § 5 of the Convention either.

CABALLERO c. ROYAUME-UNI
(Requête n° 32819/96)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 8 FÉVRIER 2000

SOMMAIRE¹**Détenu traduit devant un juge n'ayant pas le pouvoir d'ordonner sa libération****Article 5 § 3**

Juge ou autre magistrat exerçant des fonctions judiciaires – Juge n'ayant pas le pouvoir d'ordonner la libération – Refus automatique de libérer sous caution une personne accusée de certaines infractions graves lorsqu'elle a déjà été condamnée pour l'une d'entre elles

*
* *

En 1987, le requérant fut reconnu coupable d'homicide involontaire et condamné à quatre ans d'emprisonnement. En 1996, il fut arrêté car il était soupçonné de viol. Aucune demande de libération sous caution ne fut soumise à la *Magistrates' Court* devant laquelle il comparut, car, aux termes de l'article 25 de la loi de 1994 sur la justice pénale et l'ordre public, une personne accusée d'homicide ou de viol ne pouvait être libérée sous caution si elle avait auparavant été condamnée pour une telle infraction. Le requérant fut par la suite condamné à la réclusion criminelle à perpétuité pour tentative de viol. Il fut débouté de son recours contre sa peine.

1. Article 5 §§ 3 et 5: la Cour accepte à l'unanimité la concession du Gouvernement selon laquelle il y a eu violation de l'article 5 §§ 3 et 5, ce qui l'habilite à octroyer une satisfaction équitable au requérant, mais elle ne juge pas nécessaire, eu égard aux circonstances de la cause, d'examiner les questions d'interprétation de l'article 5 §§ 3 et 5 que soulève le grief du requérant.

2. La Cour dit à l'unanimité qu'il n'y a pas lieu de rechercher s'il y a eu violation des articles 13 ou 14 combinés avec l'article 5 § 3.

Article 41: la Cour octroie au requérant certaines sommes pour dommage moral ainsi que pour frais et dépens.

Jurisprudence citée par la Cour

Van Droogenbroeck c. Belgique, arrêt du 25 avril 1983 (*article 50*), série A n° 63
 De Jong, Baljet et Van den Brink c. Pays-Bas, arrêt du 22 mai 1984, série A n° 77
 Pauwels c. Belgique, arrêt du 26 mai 1988, série A n° 135
 Brogan et autres c. Royaume-Uni, arrêt du 30 mai 1989 (*article 50*), série A n° 152-B
 Huber c. Suisse, arrêt du 23 octobre 1990, série A n° 188
 Toth c. Autriche, arrêt du 12 décembre 1991, série A n° 224
 Kampanis c. Grèce, arrêt du 13 juillet 1995, série A n° 318-B
Hood c. Royaume-Uni [GC], n° 27267/95, CEDH 1999-I
Nikolova c. Bulgarie [GC], n° 31195/96, CEDH 1999-II

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

En l'affaire Caballero c. Royaume-Uni,

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,

MM. A. PASTOR RIDRUEJO,

G. BONELLO,

J. MAKARCZYK,

P. KÛRIS,

J.-P. COSTA,

M^{mcs} F. TULKENS,

V. STRÁŽNICKÁ,

MM. M. FISCHBACH,

V. BUTKEVYCH,

J. CASADEVALL,

M^{mc} H.S. GREVE,

MM. A.B. BAKA,

R. MARUSTE,

M^{mc} S. BOTOCHAROVA,

Sir Robert CARNWATH, *juge ad hoc*,

ainsi que de M. P.J. MAHONEY, *greffier adjoint*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 30 septembre 1999 et 10 janvier 2000,

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

PROCÉDURE

1. L'affaire a été déférée à la Cour le 24 novembre 1998 par la Commission européenne des Droits de l'Homme («la Commission») 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° 32819/96) dirigée contre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et dont un ressortissant jamaïcain, M. Clive Caballero, avait saisi

1-2. *Note du greffe* : entré en vigueur le 1^{er} novembre 1998.

la Commission le 28 juin 1996 en vertu de l'ancien article 25. Le requérant a été représenté par M. P. Leach puis par M^{me} M. Cunneen, tous deux avocats auprès de Liberty, organisation non gouvernementale de défense des libertés civiles ayant son siège à Londres. Le gouvernement britannique («le Gouvernement») est représenté par son agent, M. H. Llewellyn, du ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth.

La demande de la Commission renvoie aux anciens articles 44 et 48 ainsi qu'à la déclaration britannique 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 5 §§ 3 et 5 de la Convention pris séparément et combiné avec l'article 13, et de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 5 § 3.

2. D'abord désigné devant la Commission par les initiales C.C., le requérant a accepté que la Cour révèle son identité.

3. Conformément à l'article 5 § 4 du Protocole n^o 11, lu en combinaison avec les articles 100 § 1 et 24 § 6 du règlement, un collège de la Grande Chambre a décidé, le 14 janvier 1999, que l'affaire serait examinée par la Grande Chambre de la Cour. Cette Grande Chambre comprenait de plein droit Sir Nicolas Bratza, juge élu au titre du Royaume-Uni (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 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. J. Makarczyk, M. P. Kūris, M. R. Türmen, M^{me} F. Tulkens, M^{me} V. Strážnická, M. V. Butkevych, M. J. Casadevall, M^{me} H.S. Greve, M. A.B. Baka, M. R. Maruste et M^{me} S. Botoucharova (article 24 § 3 du règlement).

Ultérieurement, Sir Nicolas Bratza, qui avait participé à l'examen de l'affaire par la Commission, s'est déporté de la Grande Chambre (article 28 du règlement). En conséquence, le Gouvernement a désigné Sir Robert Carnwath pour siéger en qualité de juge *ad hoc* (articles 27 § 2 de la Convention et 29 § 1 du règlement). Par la suite, M. G. Bonello, juge suppléant, a remplacé M. Türmen, empêché (article 24 § 5 b)).

4. Après avoir consulté l'agent du Gouvernement et le conseil du requérant, la Grande Chambre a décidé qu'il n'y avait pas lieu de tenir une audience, estimant qu'elle n'en avait pas besoin pour s'acquitter des fonctions qui lui incombent en vertu de l'article 38 § 1 a) de la Convention (article 59 § 2 du règlement).

5. Les 17 mai, 3 juin, 19 août et 10 septembre 1999, le requérant et le Gouvernement ont produit divers documents, soit à la demande du président soit de leur propre initiative.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

6. En 1987, le requérant, né en 1926, fut reconnu coupable d'homicide involontaire par la *Central Criminal Court* de Londres. Son casier judiciaire porte la mention suivante: «Homicide involontaire – alors qu'il s'enivrait au lit avec une femme, il l'agresse sexuellement – s'ensuit une lutte au cours de laquelle elle trouve la mort». Le corps nu de la victime, une voisine de l'intéressé, fut retrouvé devant la porte de l'appartement de celle-ci, enroulé dans un dessus-de-lit. M. Caballero fut condamné à une peine d'emprisonnement de quatre ans, puis libéré en août 1988.

7. Le 2 janvier 1996, la police arrêta le requérant, le soupçonnant de tentative de viol sur la personne de sa voisine de palier. Il affirma qu'il avait eu des rapports sexuels avec cette femme alors qu'elle était consentante, tandis qu'elle soutint que l'incident avait eu lieu alors qu'elle s'était évanouie après avoir consommé de l'alcool. L'intéressé fut traduit devant la *Magistrates' Court* le 4 janvier 1996. Il donna pour instruction à son *solicitor* de présenter en son nom une demande de libération sous caution, ce qui ne put se faire compte tenu de l'article 25 de la loi de 1994 sur la justice pénale et l'ordre public. Selon le compte rendu de l'audience du 4 janvier 1996, la libération sous caution a été refusée à cause de cette disposition. La *Magistrates' Court* décida de placer le requérant en détention provisoire les 4 et 11 janvier 1996, la seconde comparution ayant été rendue nécessaire par la possibilité (abandonnée par la suite) que le ministère public modifie les chefs d'inculpation retenus contre le requérant.

8. M. Caballero fut condamné en octobre 1996 pour tentative de viol et coups et blessures. Le 17 janvier 1997, il fut condamné à quatre ans d'emprisonnement sur le chef de coups et blessures et à l'emprisonnement à perpétuité sur le chef de tentative de viol. Le tribunal déduisit la durée de sa détention provisoire de la peine infligée en vertu de l'article 67 de la loi de 1967 sur la justice pénale. Le 11 juillet 1997, la Cour d'appel débouta l'intéressé de son recours contre sa peine.

II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

9. L'article 4 de la loi de 1976 sur la liberté sous caution dans sa version amendée («la loi de 1976») dispose qu'une personne accusée d'une infraction pénale doit être libérée sous caution sauf dans les cas indiqués à l'annexe 1 à ladite loi. Aux termes du paragraphe 2 de l'annexe 1, il n'y a pas lieu de libérer un accusé sous caution lorsque le tribunal est convaincu qu'il existe des motifs sérieux de croire que si tel était le cas, l'intéressé ne comparaitrait pas devant le tribunal, commettrait une infraction pendant

sa liberté, ferait pression sur les témoins ou entraverait de quelque autre manière le cours de la justice, que ce soit à l'égard de lui-même ou d'autrui.

10. Pour prendre sa décision, le tribunal doit, conformément au paragraphe 9 de l'annexe 1 à la loi de 1976, tenir notamment compte de telle ou telle des considérations suivantes ainsi que de toute autre considération qui lui paraît pertinente :

- nature et gravité de l'infraction ou du manquement (et méthode probable à suivre à l'égard de l'accusé) ;
- personnalité, antécédents, environnement social et fréquentations de l'accusé ;
- antécédents de l'accusé s'agissant du respect de ses obligations dans le cadre d'une liberté provisoire antérieurement accordée dans une procédure pénale ; et
- sauf dans le cas où il y a sursis à l'examen de l'affaire aux fins d'enquête ou de rapport, force des preuves quant à l'infraction ou au manquement.

11. Conformément au paragraphe 9A de ladite annexe, le tribunal doit motiver sa décision d'accorder la liberté sous caution et faire inscrire ses motifs au procès-verbal de l'audience pour les personnes (accusées d'assassinat, d'homicide involontaire, de viol, de tentative d'assassinat ou de tentative de viol) au sujet desquelles ont été avancés des arguments relatifs aux points mentionnés au paragraphe 2 de l'annexe 1 à la loi de 1976.

12. L'article 25 de la loi de 1994 sur la justice pénale et l'ordre public (« la loi de 1994 »), entrée en vigueur le 10 avril 1995, disposait :

« 1. Une personne qui, au cours d'une procédure, a été accusée ou reconnue coupable d'une des infractions relevant du présent article dans les circonstances qui y sont décrites, ne pourra se voir libérée sous caution dans le cadre de cette procédure.

2. Relèvent du présent article, sous réserve des dispositions du paragraphe 3 ci-dessous, les infractions suivantes (...)

- a) assassinat,
- b) tentative d'assassinat,
- c) homicide involontaire,
- d) viol, et
- e) tentative de viol.

3. Le présent article s'applique à toute personne accusée ou reconnue coupable d'une des infractions précitées seulement lorsqu'elle a été précédemment condamnée par ou devant un tribunal du Royaume-Uni pour une telle infraction ou pour meurtre et, en cas de condamnation antérieure pour homicide involontaire ou meurtre, si elle a ensuite été condamnée à une peine d'emprisonnement ou, pour un enfant ou mineur, à une détention de longue durée en vertu de l'une quelconque des dispositions en vigueur.

(...)»

13. L'article 25 de la loi de 1994 a été amendé par l'article 56 de la loi de 1998 sur les infractions pénales et les troubles de l'ordre public, entré en vigueur le 30 septembre 1998. Cet article est ainsi libellé :

« Au paragraphe 1 de l'article 25 de la loi de 1994 (pas de libération sous caution pour les personnes accusées ou reconnues coupables d'homicide ou de viol avec récidive), les termes « ne pourra se voir libérée sous caution dans le cadre de cette procédure » sont remplacés par « pourra se voir libérée sous caution dans le cadre de cette procédure seulement si le tribunal ou, le cas échéant, le policier examinant la demande de libération sous caution, est convaincu que des circonstances exceptionnelles l'exigent ». »

PROCÉDURE DEVANT LA COMMISSION

14. M. Caballero a saisi la Commission le 28 juin 1996. Il alléguait que le refus automatique de le libérer sous caution avant son procès a emporté violation de l'article 5 §§ 3 et 5 de la Convention pris séparément et combiné avec l'article 13. Il se plaignait en outre d'une violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 5 § 3.

15. La Commission a retenu la requête (n° 32819/96) le 1^{er} décembre 1997. Dans son rapport du 30 juin 1998 (ancien article 31 de la Convention), elle conclut qu'il y a eu violation de l'article 5 §§ 3 et 5 et qu'il n'y a pas lieu d'examiner le grief tiré de l'article 14 combiné avec l'article 5 § 3 (dix-neuf voix contre douze) et qu'il n'y a pas eu violation de l'article 13 (unanimité). Le texte intégral de son avis et des deux opinions séparées dont il s'accompagne figure en annexe au présent arrêt.

CONCLUSIONS PRÉSENTÉES À LA COUR

16. Dans son mémoire, le Gouvernement admet qu'il y a eu violation de l'article 5 §§ 3 et 5 de la Convention. Il affirme également que, pour les raisons exposées dans le rapport de la Commission, il n'y a selon lui pas eu violation de l'article 13 de la Convention et qu'aucune question distincte ne se pose sous l'angle de l'article 14.

17. Le requérant maintient les griefs qu'il tire de l'article 5 §§ 3 et 5 de la Convention et de l'article 14 combiné avec l'article 5 § 3, mais non sa plainte relative à l'article 13.

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 5 §§ 3 ET 5 DE LA CONVENTION

18. Le requérant affirme que le refus automatique de le libérer sous caution dans l'attente de son procès, conformément à l'article 25 de la loi

de 1994 sur la justice pénale et l'ordre public («la loi de 1994»), emporte violation de l'article 5 § 3 de la Convention. Il se plaint aussi de ne pas avoir bénéficié à cet égard d'un droit à réparation au sens de l'article 5 § 5 de la Convention.

19. L'article 5 de la Convention dispose, en ses passages pertinents :

«3. Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1 c) du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et 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.

(...)

5. Toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux dispositions de cet article a droit à réparation.»

20. La majorité de la Commission a estimé qu'il y avait eu violation de l'article 5 §§ 3 et 5 de la Convention. Dans son mémoire à la Cour, le Gouvernement a admis que ces dispositions avaient été méconnues.

21. La Cour accepte la concession du Gouvernement selon laquelle il y a eu violation de l'article 5 §§ 3 et 5 de la Convention en l'espèce, ce qui l'habilite à octroyer une satisfaction équitable au requérant en vertu de l'article 41, mais elle ne juge pas nécessaire, eu égard aux circonstances de la cause, d'examiner les questions d'interprétation de l'article 5 §§ 3 et 5 que soulève le grief du requérant.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 13 DE LA CONVENTION

22. Devant la Commission, le requérant a fait valoir qu'il n'avait pas disposé d'un recours interne effectif au sujet des violations de l'article 5 §§ 3 et 5 de la Convention. L'article 13 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, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles.»

23. La Commission a exprimé l'avis qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 13 de la Convention. Devant la Cour, le Gouvernement s'est rallié à cette conclusion en s'appuyant sur les raisons exposées dans le rapport de la Commission.

24. Le requérant ne maintient nullement son grief devant la Cour, qui ne voit pas de raison de l'examiner de son propre chef.

III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION

25. Le requérant affirme en outre que l'article 25 de la loi de 1994 emporte traitement discriminatoire contraire à l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 5 § 3. L'article 14 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.»

26. La Commission a considéré qu'il n'était pas nécessaire d'étudier ce grief, eu égard aux circonstances de la cause. Devant la Cour, le Gouvernement a approuvé cette conclusion, se fondant une fois de plus sur les motifs invoqués par la Commission dans son rapport.

27. La Cour relève que l'article 25 de la loi de 1994 désignait certaines catégories d'accusés qui ne pouvaient être libérés sous caution avant leur procès. Ayant accepté la concession du Gouvernement quant à l'article 5 § 3 de la Convention (paragraphe 21 ci-dessus), la Cour ne juge pas nécessaire d'examiner aussi le grief du requérant concernant l'article 25 de la loi de 1994 sous l'angle de l'article 14 de la Convention.

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

28. 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

29. Le requérant n'allègue aucun dommage matériel. En revanche, il réclame une somme non spécifiée au titre du dommage moral, faisant valoir que la décision de ne pas lui octroyer de réparation à ce titre priverait l'article 5 § 5 de toute effectivité. Il présente aussi la déclaration sous serment émanant d'un *solicitor* britannique ayant exercé depuis 1985 exclusivement dans le domaine pénal et plaidé devant les juridictions pénales. L'auteur de cette déclaration y explique pourquoi le requérant aurait eu de bonnes chances de se voir libérer sous caution dans l'attente de son procès si l'article 25 de la loi de 1994 n'avait pas été en vigueur. Le Gouvernement ne s'est pas prononcé sur cette prétention.

30. La Cour rappelle que, dans certaines affaires se rapportant à des violations de l'article 5 §§ 3 et 4, elle a accordé des sommes relativement modestes au titre du dommage moral (arrêts *Van Droogenbroeck c. Belgique* du 25 avril 1983 (*article 50*), série A n° 63, p. 7, § 13, et *De Jong, Baljet et Van den Brink c. Pays-Bas* du 22 mai 1984, série A n° 77, p. 29, § 65). Dans des affaires plus récentes, elle n'a cependant alloué aucune réparation à ce titre (arrêts *Pauwels c. Belgique* du 26 mai 1988, série A n° 135, p. 20, § 46, *Brogan et autres c. Royaume-Uni* du 30 mai 1989 (*article 50*), série A n° 152-B, pp. 44-45, § 9, *Huber c. Suisse* du 23 octobre 1990, série A n° 188, p. 19, § 46, *Toth c. Autriche* du 12 décembre 1991, série A n° 224, p. 24, § 91, *Kampanis c. Grèce* du 13 juillet 1995, série A n° 318-B, p. 49, § 66, *Hood c. Royaume-Uni* [GC], n° 27267/95, §§ 84-87, CEDH 1999-I, et *Nikolova c. Bulgarie* [GC], n° 31195/96, § 76, CEDH 1999-II). Dans certains de ces arrêts, la Cour estime qu'il n'y a lieu d'octroyer une satisfaction équitable que lorsque le dommage découle d'une privation de liberté que le requérant n'aurait pas connue s'il avait bénéficié des garanties prévues à l'article 5 § 3, et conclut, en fonction des circonstances, que le constat de violation représente une satisfaction équitable suffisante quant au dommage moral éventuellement subi.

31. En l'espèce, le requérant a soumis la déclaration sous serment en question, dont la teneur n'est pas contestée par le Gouvernement, pour prouver que, si l'article 25 de la loi de 1994 n'avait pas été en vigueur, il aurait eu de bonnes chances d'être libéré sous caution dans l'attente de son procès. L'intéressé fait en outre valoir que pareille libération sous caution aurait pu lui octroyer ses derniers jours de liberté compte tenu de son âge avancé, de sa santé chancelante et de la longueur de la peine à purger. Le Gouvernement ne s'est pas non plus prononcé à ce sujet. Statuant en équité, la Cour octroie en conséquence au requérant la somme de 1 000 livres sterling (GBP) à titre de réparation du dommage moral.

B. Frais et dépens

32. Le requérant réclame au total 32 225,09 GBP pour frais et dépens (taxe sur la valeur ajoutée (TVA) comprise, comme pour tous les autres montants cités ci-dessous). Cette somme correspond aux frais de deux représentants en justice. Dundons, un cabinet de *solicitors*, a effectué la liaison entre le requérant et Liberty, tandis que cette organisation a représenté le requérant devant la Cour. Celui-ci demande le remboursement de 5 910,56 GBP pour le travail effectué par Dundons et 11 935,47 GBP pour celui de Liberty ainsi que 14 379,06 GBP d'honoraires d'avocat. Le requérant avait aussi réclamé les frais et dépens que, d'après

lui, ses conseillers juridiques allaient encourir après le dépôt de son mémoire à la Cour et jusqu'à la fin de la procédure. Par une lettre du 3 septembre 1999, toutefois, le requérant a précisé que ces frais et dépens se rapportaient à la préparation de l'audience devant la Cour et pouvaient donc être déduits du total, puisqu'il n'y a pas eu d'audience.

Le Gouvernement fait valoir qu'il ne devrait pas être tenu de payer les frais et dépens de deux représentants, raison pour laquelle ceux réclamés pour Dundons devraient être déduits. Il considère aussi que le temps facturé par le conseil est excessif. Selon lui, la plupart des frais et dépens qui avaient été prévus devraient être supprimés, notamment parce que le Gouvernement a reconnu dans son mémoire qu'il y avait eu violation de l'article 5 de la Convention et qu'il n'y a pas eu d'audience. Il propose donc d'allouer au total 12 000 GBP pour frais et dépens.

33. La Cour rappelle qu'au titre de l'article 41 de la Convention, elle rembourse les frais dont il est établi qu'ils ont été réellement et nécessairement exposés et qu'ils sont d'un montant raisonnable (voir notamment l'arrêt *Nikolova* précité, § 79).

La Cour estime que les travaux effectués par les deux représentants du requérant font dans une large mesure double emploi et réduit en conséquence la somme réclamée pour Dundons. En outre, le nombre d'heures facturé par le conseil semble excessif. Par ailleurs, étant donné que les représentants du requérant n'ont fourni qu'une faible contribution après la soumission de son mémoire, la demande de remboursement des frais prévus pour l'avenir doit être sensiblement réduite. Compte tenu de ce qui précède et statuant en équité, la Cour alloue au requérant la somme de 15 250 GBP, TVA comprise, moins la somme versée par le Conseil de l'Europe au titre de l'assistance judiciaire (+ 100 francs français).

C. Intérêts moratoires

34. Selon les informations dont dispose la Cour, le taux d'intérêt légal applicable au Royaume-Uni à la date d'adoption du présent arrêt est de 7,5 % l'an.

PAR CES MOTIFS, LA COUR, À L'UNANIMITÉ,

1. *Accepte* la concession du Gouvernement selon laquelle il y a eu violation de l'article 5 §§ 3 et 5 de la Convention ;
2. *Dit* qu'il n'y a pas lieu de rechercher s'il y a eu violation de l'article 13 de la Convention ;

3. *Dit* qu'il n'y a pas lieu de rechercher s'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 5 § 3;
4. *Dit*
 - a) que l'Etat défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois, les sommes suivantes:
 - i. 1 000 GBP (mille livres sterling) pour dommage moral;
 - ii. 15 250 GBP (quinze mille deux cent cinquante livres sterling), taxe sur la valeur ajoutée comprise, pour frais et dépens, moins la somme versée par le Conseil de l'Europe au titre de l'assistance judiciaire;
 - b) que ces montants seront à majorer d'un intérêt simple de 7,5 % l'an à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement;
5. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français et en anglais, puis communiqué par écrit le 8 février 2000 en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Luzius WILDHABER
Président

Paul MAHONEY
Greffier adjoint

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé des opinions suivantes :

- opinion concordante de M^{mc} Palm, à laquelle se rallient M. Bonello, M^{mc} Tulkens et Sir Robert Carnwath;
- opinion séparée de M. Casadevall, à laquelle se rallie M^{mc} Greve.

L.W.
P.J.M.

OPINION CONCORDANTE DE M^{me} LA JUGE PALM,
À LAQUELLE SE RALLIENT M. BONELLO, M^{me} TULKENS
ET Sir Robert CARNWATH, JUGES

(Traduction)

1. Au paragraphe 21 de l'arrêt, la Cour « accepte la concession du Gouvernement selon laquelle il y a eu violation de l'article 5 §§ 3 et 5 de la Convention en l'espèce, ce qui l'habilite à octroyer une satisfaction équitable au requérant en vertu de l'article 41, mais elle ne juge pas nécessaire, eu égard aux circonstances de la cause, d'examiner les questions d'interprétation de l'article 5 §§ 3 et 5 que soulève le grief du requérant ».

2. Je conviens que, dans une affaire comme celle-ci, où l'Etat défendeur admet qu'il y a eu violation, où la législation ou la pratique internes ont été amendées en conséquence, et où la Cour est de plus convaincue qu'il n'existe aucun motif d'intérêt général de fixer la jurisprudence pour l'avenir et pour tous les Etats contractants, la Cour peut s'acquitter de la tâche qui lui incombe en vertu de l'article 19 de la Convention – à savoir « assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la (...) Convention et de ses Protocoles » – en acceptant la concession du Gouvernement sans examiner par elle-même les questions d'interprétation d'ordre général non résolues que soulève l'affaire. Cette méthode sert l'économie de la procédure car, à mon avis, elle permet à la Cour de se prononcer sans autre forme de motivation sur les prétentions contestées du requérant à une satisfaction équitable au titre de l'article 41 de la Convention.

3. Aux termes de l'article 41, pour être en mesure d'accorder une satisfaction équitable, la Cour doit déclarer qu'il y a eu violation d'une clause normative au moins. De plus, conformément à l'article 45, ses arrêts sont motivés.

4. En l'espèce, la Cour a précisément conclu à la violation au motif que le Gouvernement avait reconnu la violation – il avait d'ailleurs déjà amendé la législation à l'origine de la plainte du requérant – et que, dans les circonstances de la cause, il n'y avait pas lieu d'examiner la question d'interprétation de caractère général que soulevait l'affaire.

5. Le dispositif de l'arrêt, toutefois, ne paraît pas trancher la question de savoir s'il y a eu violation en l'espèce, puisque la Cour se contente d'« accepte[r] la concession du Gouvernement selon laquelle il y a eu violation de l'article 5 §§ 3 et 5 de la Convention ». Je trouve cette formule malheureuse car elle n'exprime pas clairement la position de la Cour. Dans la mesure où elle n'équivaut pas à un constat de violation, elle

crée une nouvelle catégorie d'arrêt ne concluant ni à la violation ni à la non-violation tout en accordant une satisfaction équitable au titre de l'article 41. Force est de considérer cela comme une extension de la compétence de la Cour au titre de la Convention.

6. Accepter la concession du Gouvernement selon laquelle il y a eu violation sans trancher une question générale d'interprétation non résolue signifie en bonne logique, à mon avis, que la Cour admet elle aussi qu'il y a bien eu violation dans et aux fins de cette affaire. Le dispositif aurait dû énoncer cela clairement. Selon moi, en bref, lorsqu'elle entend accepter la concession d'un Etat défendeur selon laquelle il y a eu violation et octroyer une satisfaction équitable en vertu de l'article 41, la Cour peut remettre à plus tard la résolution de la question générale d'interprétation de la Convention – à condition bien sûr qu'aucun motif d'intérêt général n'exige le contraire – mais elle ne peut pas ne pas trancher celle de savoir s'il y a eu violation des clauses normatives en jeu dans l'affaire considérée.

OPINION SÉPARÉE DE M. LE JUGE CASADEVALL, À LAQUELLE SE RALLIE M^{me} LA JUGE GREVE

1. Je partage le point de vue, exprimé par le Gouvernement dans son mémoire, selon lequel l'article 5 §§ 3 et 5 de la Convention a été violé et, par voie de conséquence, le requérant doit se voir octroyer une satisfaction équitable. Cependant, je me dois, en l'espèce, d'exprimer tous mes doutes sur la nouvelle approche que la Cour a adoptée dans le présent arrêt, au paragraphe 21 et au premier point de son dispositif.

2. Faute de rayer l'affaire du rôle à la suite d'un règlement amiable ou pour toute autre raison prévue à l'article 37, la Cour se devait, dans l'exercice de sa compétence «concernant l'interprétation et l'application de la Convention» aux termes de son article 32, de statuer sur le fond, en retenant que les dispositions en cause avaient – ou n'avaient pas – été méconnues. Ce sont, à mon avis, les deux seules options qu'offre la Convention pour les arrêts de la Cour.

3. Il ressort de l'article 41 que l'octroi d'une satisfaction équitable reste assujéti au constat préalable d'une violation de la Convention ou de ses Protocoles. Dès lors, même en reconnaissant à la Cour une grande latitude d'interprétation, je ne suis pas persuadé que le fait que la Cour accepte la concession du Gouvernement lui permette, en soi, d'allouer une telle satisfaction.

4. D'autre part, même si l'Etat a admis la violation de l'article 5 §§ 3 et 5, le requérant (seul «*dominus litis*») a maintenu ses griefs faute d'un règlement amiable. Partant, il avait le droit de recevoir un arrêt motivé sur le fond (comme le veut l'article 45), autre qu'une simple acceptation de la concession du Gouvernement, et la Cour, à mon avis, devait trancher les questions dont elle était saisie.

5. Bien qu'il s'agisse d'une jurisprudence datant de 1978 et certes non contraignante pour la nouvelle Cour, je préfère le point de vue exprimé dans l'arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978 (série A n° 25) dans le sens où la Cour «estime (...) qu'il entre dans les responsabilités lui incombant dans le cadre du système de la Convention de connaître des allégations non contestées de violation (...)» (p. 62, § 154) et «Dès lors, on ne saurait considérer que la présente instance ait perdu son objet pour lesdites allégations; la Cour croit devoir se prononcer sur le bien-fondé de celles-ci nonobstant les initiatives de l'Etat défendeur» (p. 62, § 155).

6. Bien qu'on puisse faire valoir que la Cour conserve toujours la faculté de poursuivre l'examen d'une affaire, même en cas de règlement amiable ou de retrait des griefs par le requérant (article 37), l'ouverture de cette «troisième et nouvelle voie», se limitant à l'acceptation pure et simple de la concession de l'Etat défendeur, ne me paraît pas satisfaisante, ni dans l'esprit ni dans la lettre, à la lumière du texte de la Convention.

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. BUSUTIL,
 GAUKUR JÖRUNDSSON,
 A.Ş. GÖZÜBÜYÜK,
 A. WEITZEL,
 J.-C. SOYER,
 H. DANELIUS,
 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. PERENČI,
 C. BÍRSAN,
 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. 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

25. La Commission a retenu les griefs suivants formulés par le requérant :

- le juge devant lequel il a été traduit n'avait pas le pouvoir d'ordonner sa libération pendant la procédure ;
- il n'a pas eu droit à réparation à cet égard ;
- il n'a pas bénéficié d'un recours interne effectif à cet égard ; et
- le choix des personnes auxquelles s'applique l'article 25 de la loi de 1994 constitue une discrimination.

B. Points en litige

26. Les points en litige en l'espèce sont les suivants :

- la mise automatique en détention provisoire du requérant emporte-t-elle violation de l'article 5 § 3 de la Convention ?
- l'absence alléguée de droit à indemnisation du requérant emporte-t-elle violation de l'article 5 § 5 de la Convention ?
- l'absence alléguée de recours interne effectif emporte-t-elle violation de l'article 13 de la Convention ?
- la discrimination alléguée à l'encontre du requérant emporte-t-elle violation de l'article 14 de la Convention ?

C. Quant à l'article 5 § 3 de la Convention

27. L'article 5 § 3 est ainsi libellé :

« Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1 c) du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et 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. »

28. Le requérant estime que son exclusion automatique du bénéfice de la liberté sous caution au titre de l'article 25 de la loi de 1994 l'a privé de la protection prévue à l'article 5 § 3 de la Convention, exposée en détail dans la jurisprudence de la Cour (voir notamment Cour eur. DH, arrêts De Jong, Baljet et Van den Brink c. Pays-Bas du 22 mai 1984, série A n° 77, Schiesser c. Suisse du 4 décembre 1979, série A n° 34, Letellier c. France du 26 juin 1991, série A n° 207, et Clooth c. Belgique du 12 décembre 1991, série A n° 225).

29. Le Gouvernement fait valoir en premier lieu qu'avant l'entrée en vigueur de l'article 25 de la loi de 1994, les tribunaux accordaient rarement la liberté sous caution à une personne accusée d'une infraction majeure déjà condamnée pour une telle infraction. Le Gouvernement

signale cependant que l'article 25 vise à éviter tout risque inacceptable d'erreur de jugement de la part des tribunaux dans les affaires relevant de l'article 25, eu égard aux conséquences graves qui en résulteraient pour les victimes alléguées ou pour une bonne administration de la justice.

30. En deuxième lieu, le Gouvernement arguë que le droit « d'être jugé dans un délai raisonnable » et celui d'être « libéré pendant la procédure » forment une alternative. Il affirme que rien dans l'article 5 § 3 n'empêche un Etat de décider que, dans certaines circonstances, la libération d'un tel défendeur constituerait un risque inacceptable, dans la mesure où il est jugé promptement, rappelant que le requérant ne conteste pas avoir en l'espèce été jugé dans un délai raisonnable.

31. En troisième lieu, le Gouvernement soutient que la *magistrates' court* est bien le « juge ou autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires » au sens de l'article 5 § 3, étant donné que cette juridiction jouit notamment des pouvoirs suivants : décider lors de l'audience de mise en accusation s'il existe suffisamment de preuves pour poursuivre la procédure et, si tel n'est pas le cas, y mettre un terme, contrôler que l'accusé a été inculpé et traité dans les règles et, faute de cela, envisager la possibilité de rejeter l'affaire pour abus de procédure et d'ordonner la libération de l'accusé, et veiller à ce que le procès ait lieu « promptement » (les « compétences résiduelles » de la *magistrates' court*). Dans la mesure où le Parlement peut obliger la *magistrates' court* à tenir compte de certains critères de fond lorsqu'elle examine les demandes de liberté sous caution (réduisant par là considérablement sa marge de manœuvre), il est logique que le Parlement décrète qu'il ne convient pas d'accorder la liberté sous caution pour une certaine catégorie limitée d'affaires tant que l'accusé continue à bénéficier de la protection des compétences résiduelles de la *magistrates' court*.

32. Le Gouvernement fait valoir qu'en tout état de cause, le Parlement britannique est habilité à décider qu'il y a lieu de refuser la liberté sous caution à une personne accusée d'une certaine infraction majeure et déjà condamnée pour la même infraction majeure, au motif qu'il y a de trop grands risques qu'elle ne récidive, ne se soustraie à la justice, ne suborne les témoins ou n'entrave autrement le cours de la justice, portant ainsi gravement préjudice à autrui ou à la bonne administration de la justice.

33. S'agissant de la jurisprudence invoquée par le requérant, le Gouvernement fait tout d'abord valoir que ces affaires se rapportent à des défendeurs n'ayant pas eu accès à un tribunal doté du pouvoir d'ordonner une mise en liberté ou d'assurer un procès à brève échéance. Aucune d'entre elles ne portait sur la question de savoir si l'Etat est habilité à refuser la mise en liberté dans les circonstances définies à l'article 25, où le défendeur peut comparaître devant une *magistrates' court* jouissant des compétences résiduelles définies plus haut.

34. Enfin, les arrêts antérieurs de la Cour consacrés à l'article 5 § 3 de la Convention traitaient de détention arbitraire; or l'article 25 de la loi de 1994 n'a rien d'arbitraire, puisqu'il s'agit d'une disposition rationnelle rédigée avec soin visant les buts définis plus haut. Même en admettant que l'on puisse considérer que l'application de l'article 25 est dans certains cas injuste, la présente espèce n'a rien d'arbitraire et il n'appartient pas aux organes de la Convention d'examiner l'article 25 dans l'abstrait.

35. Le requérant commence par répondre aux observations du Gouvernement relatives au droit et à la pratique internes. Selon lui, le fait que le Gouvernement évoque la pratique des tribunaux avant l'entrée en vigueur de l'article 25 de la loi de 1994 implique qu'il leur arrivait d'accorder la liberté sous caution à des personnes qui relèveraient maintenant de cette clause. Quant au but que le Gouvernement considère être celui de l'article 25 (éviter les erreurs judiciaires dans les affaires les plus graves), le requérant souligne que celui-ci n'en a pas cité d'exemple, n'affirme pas que pareille erreur se soit produite par le passé, n'a mené aucune enquête significative dans ce domaine avant l'entrée en vigueur de l'article 25 et n'a pas été en mesure de donner un tel exemple d'erreur judiciaire lorsque cela lui a été demandé au cours du débat sur l'article 25 devant la Chambre des lords. En conséquence, le risque cité par le Gouvernement est purement théorique et non réel. Le Gouvernement n'a d'ailleurs pas cité la moindre étude montrant que les catégories de contrevenants prévues à l'article 25 sont plus susceptibles que d'autres de se soustraire à la justice, par exemple. L'article 25 est donc non seulement théorique, mais aussi arbitraire.

36. Pour le requérant, l'affirmation du Gouvernement selon laquelle les Etats sont habilités à décider que la mise en liberté sous caution d'une certaine catégorie de personnes entraînerait un risque injustifiable pour le public est aussi illogique qu'indéfendable. Le Gouvernement semble estimer qu'une condamnation pour une infraction majeure suivie d'une inculpation du chef d'une infraction comparable suffit à justifier l'application de l'article 25 de la loi de 1994; le requérant fait toutefois observer que cette affirmation ne s'appuie sur aucune recherche ou preuve ni sur les circonstances de l'espèce. Il s'agit d'une position de principe indéfendable lorsque le droit à la liberté, droit fondamental, entre en jeu et lorsqu'existe une procédure bien établie par laquelle les tribunaux évaluent les faits de chaque cause afin de décider ou non d'accorder la liberté sous caution. En outre, le Gouvernement affirme sans preuve qu'il existe un lien de causalité entre les défendeurs relevant de l'article 25 et un risque important lors de la mise en liberté.

37. Le requérant estime aussi que la référence du Gouvernement aux délais applicables à la détention provisoire est trompeuse. Ces délais sont

facilement et souvent prolongés, la mise en accusation est considérée comme le point de départ du procès même si celui-ci ne s'ouvre réellement que des semaines, voire des mois plus tard, la liberté sous caution n'est pas accordée dans les affaires relevant de l'article 25 et, même en cas de dépassement flagrant du délai fixé pour la garde à vue, il est impossible de dénoncer l'irrégularité de la détention ou de solliciter une mise en liberté sous caution (*Olotu v. Home Office* 1996 n° 0117).

38. Par ailleurs, au sujet des observations du Gouvernement sur la recevabilité et le bien-fondé de ses griefs, le requérant relève notamment que l'argument selon lequel le droit d'être jugé dans un délai raisonnable et celui d'être libéré pendant la procédure forment une alternative qui ne tient pas au regard de l'arrêt *Wemhoff* (Cour eur. DH, arrêt *Wemhoff c. Allemagne* du 27 juin 1968, série A n° 7). Bien au contraire, l'accusé a le droit d'être jugé dans un délai raisonnable *ainsi que* celui d'obtenir un contrôle juridictionnel de sa détention provisoire. Enfin, en laissant entendre que les compétences résiduelles de la *magistrates' court* sont suffisantes aux fins de l'article 5 § 3, le Gouvernement ignore les exigences de cet article telles que définies dans l'arrêt *Schiesser* précité. Les compétences résiduelles n'entrent d'ailleurs pas en ligne de compte en l'espèce, qui porte sur le droit à obtenir qu'une juridiction statue sur la nécessité de la détention provisoire.

39. Le requérant s'élève également contre les tentatives que fait le Gouvernement pour établir une distinction entre les affaires que lui-même invoque, constatant que la Cour n'a jamais approuvé la mise automatique en détention provisoire d'une catégorie d'accusés sans tenir compte des circonstances particulières à chaque cas. En outre, aucune recherche n'ayant été effectuée avant son entrée en vigueur et en l'absence d'exemple d'erreur judiciaire, l'affirmation du Gouvernement selon laquelle l'article 25 est « une disposition rationnelle rédigée avec soin » appelle quelques explications. Quant à celle voulant que la question ne soit pas examinée dans l'abstrait, le requérant souligne que son affaire n'a rien d'abstrait : l'article 5 § 3 lui garantissait le droit à un contrôle juridictionnel de la nécessité de sa détention provisoire, qu'il n'a pu exercer. Il est donc déplacé que le Gouvernement tente maintenant de deviner quelle aurait été la décision d'un tribunal s'il n'avait privé le requérant de la possibilité d'obtenir un contrôle et une décision d'une juridiction. En tout état de cause, le requérant soutient qu'il avait de réelles chances d'obtenir une libération sous caution.

40. La Commission rappelle que le contrôle juridictionnel des ingérences commises par l'exécutif dans le droit d'un individu à la liberté constitue un élément essentiel de la garantie énoncée à l'article 5 § 3, conçue pour réduire au minimum le risque d'arbitraire s'agissant de la détention provisoire d'accusés. Pareil contrôle va de pair avec la prééminence du droit, l'un des principes fondamentaux d'une société

démocratique, auquel se réfère expressément le préambule de la Convention et dont s'inspire la Convention tout entière (Cour eur. DH, arrêt Brogan et autres c. Royaume-Uni du 29 novembre 1988, série A n° 145-B, pp. 31-32, § 58).

41. Dans leur jurisprudence, les organes de la Convention ont donc défini certaines dispositions procédurales et normatives garantissant un tel contrôle juridictionnel.

42. En premier lieu, le magistrat devant lequel l'accusé est « aussitôt traduit » doit être considéré comme indépendant de l'exécutif et des parties à la procédure, faute de quoi son impartialité pourrait paraître sujette à caution (arrêt Schiesser précité, pp. 13-14, § 31, Cour eur. DH, arrêts Huber c. Suisse du 23 octobre 1990, série A n° 188, p. 18, §§ 42-43, et Brincat c. Italie du 26 novembre 1992, série A n° 249-A, pp. 11-12, §§ 20-21).

43. En deuxième lieu, ce juge, ayant entendu l'accusé en personne, doit examiner toutes les circonstances de nature à confirmer ou infirmer 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 de l'accusé. Il doit en rendre compte dans sa décision relative à la demande d'élargissement (arrêts Schiesser, *loc. cit.*, et Letellier précité, p. 18, § 35). Par exemple, le danger de fuite ne peut s'apprécier uniquement sur la base de la gravité de la peine encourue (Cour eur. DH, arrêt Yağcı et Sargın c. Turquie du 8 juin 1995, série A n° 319-A, p. 19, § 52). En ce qui concerne le risque de récidive, la référence aux antécédents ne peut suffire à justifier le refus de mise en liberté (Cour eur. DH, arrêt Muller c. France du 17 mars 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-II, p. 390, § 44).

44. Troisièmement, le juge doit pouvoir ordonner la mise en liberté de l'accusé (Cour eur. DH, arrêts Irlande c. Royaume-Uni du 18 janvier 1978, série A n° 25, pp. 75-76, § 199, et De Jong, Baljet et Van den Brink précité, pp. 23-24, § 48).

45. En l'occurrence, la Commission constate que le requérant avait déjà été condamné pour homicide involontaire avant d'être accusé de tentative de viol en janvier 1996. Il relève donc, ce que nul ne conteste, de l'article 25 de la loi de 1994, entrée en vigueur en avril 1995. Dès lors, la Commission observe que, si le requérant a été traduit devant un magistrat dont elle ne voit aucune raison de critiquer l'impartialité, le législateur avait exclu par avance la possibilité qu'un juge contrôle sa détention provisoire et, partant, le mette en liberté sous caution.

46. Le Gouvernement s'appuie sur les compétences résiduelles de la *magistrates' court*. La Commission note que celle-ci a effectivement le pouvoir de clore la procédure pour insuffisance de preuves ou pour abus de procédure si l'acte d'accusation n'a pas été correctement établi, ainsi que celui de libérer une personne par suite d'une procédure d'*habeas corpus*

fondée sur l'absence de motif raisonnable justifiant l'arrestation. Toutefois, même s'il s'agit là de contrôles importants du caractère raisonnable de l'arrestation, la Commission considère qu'ils ne répondent pas aux exigences de l'article 5 § 3, qui demande un contrôle juridictionnel de toutes les circonstances d'une affaire, tant favorables que défavorables au maintien en détention provisoire (Cour eur. DH, arrêt Stögmüller c. Autriche du 10 novembre 1969, série A n° 9, pp. 39-41, §§ 4-5).

47. En tout état de cause, la Commission estime qu'aucune demande fondée sur l'insuffisance des preuves qui, selon le Gouvernement, peut être présentée lors de l'audience de mise en accusation, ne peut satisfaire au critère de promptitude (« aussitôt traduite ») exprimé à l'article 5 § 3 de la Convention. Une procédure d'*habeas corpus* visant à contester le caractère raisonnable des soupçons ayant conduit à l'arrestation peut être entamée dès l'arrestation mais ne satisfait pas au principe de l'article 5 § 3, selon lequel le procès doit avoir lieu à l'initiative de l'Etat (McGoff c. Suède, requête n° 9017/80, décision de la Commission du 13 octobre 1982, Décisions et rapports 31, p. 72). Eu égard aux préparatifs nécessaires pour tenter une action en abus de procédure et au caractère non automatique de celle-ci, cette voie ne répond pas aux exigences de l'article 5 § 3 de la Convention.

48. En outre, les pouvoirs de la *magistrates' court* quant au traitement du requérant pendant sa garde à vue sont sans rapport avec les faits de la cause ; le pouvoir d'assurer un procès à bref délai (même dans les cas où s'applique l'article 25) n'est pas non plus pertinent, car la libération avant le procès (assortie si nécessaire de garanties assurant la comparution) et un procès rapide ne constituent pas une alternative (arrêt Wemhoff précité, pp. 22-23, §§ 5-8, et p. 25, § 15).

49. Le Gouvernement affirme enfin que l'article 25 de la loi de 1994 lui-même contient une appréciation du risque réfléchi et rationnelle, ce qui veut dire qu'il n'est pas arbitraire. La Commission estime toutefois que le fait de ne pas prendre en compte dans l'évaluation du risque l'ensemble des circonstances d'une cause (autres que les deux critères mentionnés à l'article 25) suffit à exposer l'accusé à une privation arbitraire de liberté. A titre d'exemple, la Commission cite le cas d'un accusé totalement paralysé (A.V. c. Autriche, requête n° 4465/70, décision de la Commission du 31 octobre 1971, non publiée).

50. C'est pourquoi la Commission estime que l'article 25 de la loi de 1994 a eu pour effet de supprimer le contrôle juridictionnel de la détention provisoire du requérant qu'exige l'article 5 § 3 de la Convention.

Conclusion

51. La Commission conclut, par dix-neuf voix contre douze, qu'il y a eu en l'espèce violation de l'article 5 § 3 de la Convention.

D. Quant à l'article 5 § 5 de la Convention

52. L'article 5 § 5 est libellé en ces termes :

« Toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux dispositions de cet article a droit à réparation. »

53. Le Gouvernement affirme qu'il n'y a pas eu violation de l'article 5 § 3 ni, de ce fait, de l'article 5 § 5. A titre subsidiaire, il fait valoir que, la période de détention provisoire ayant été déduite de la peine infligée au requérant, celui-ci n'a aucun droit à réparation.

54. La Commission rappelle que, si les Etats contractants peuvent subordonner l'octroi d'une indemnité à l'établissement, par l'intéressé, d'un dommage (matériel ou moral) résultant du manquement, il doit être possible de demander réparation du chef d'une privation de liberté violant notamment l'article 5 § 3 de la Convention (Cour eur. DH, arrêt *Wassink c. Pays-Bas* du 27 septembre 1990, série A n° 185-A, p. 14, § 38). La Commission relève que nul ne conteste que la détention provisoire du requérant était conforme au droit interne et que celui-ci n'a pas bénéficié d'un recours interne contre sa détention méconnaissant l'article 5 § 3 de la Convention.

55. En conséquence, la Commission estime qu'il y a eu violation de l'article 5 § 5 de la Convention du fait que le système interne ne prévoit pas de droit exécutoire à réparation de la violation de l'article 5 § 3 de la Convention.

Conclusion

56. La Commission conclut, par dix-neuf voix contre douze, qu'il y a eu en l'espèce violation de l'article 5 § 5 de la Convention.

E. Quant à l'article 13 de la Convention

57. L'article 13 est libellé en ces termes :

« 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, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. »

58. Le requérant affirme n'avoir pas eu de recours interne pour faire redresser la violation en son chef des droits garantis par l'article 5 de la Convention.

59. Le Gouvernement estime que l'article 13 ne trouve pas à s'appliquer car la requête ne contient aucun grief défendable de violation de la Convention (Cour eur. DH, arrêt *Boyle et Rice c. Royaume-Uni* du 27 avril 1988, série A n° 131). Il ajoute que, quoi qu'il en soit, l'article 13 ne

va pas jusqu'à garantir un recours permettant de contester en tant que telles les lois d'un Etat devant une autorité nationale au motif qu'elles sont contraires à la Convention. Il s'appuie à cet égard sur les arrêts *James et autres c. Royaume-Uni* du 21 février 1986, série A n° 98, et *Lithgow et autres c. Royaume-Uni* du 8 juillet 1986, série A n° 102.

60. La Commission relève que le requérant n'a pas invoqué l'article 5 § 4 de la Convention, qui constitue la *lex specialis* applicable aux griefs selon lesquels une détention serait contraire au droit interne et à la Convention (arrêt *Brogan et autres* précité, p. 65, § 121). Elle rappelle qu'elle vient de conclure à la violation de l'article 5 § 5 de la Convention.

61. La Commission considère donc que le grief tiré de l'article 13 s'analyse en une dénonciation de l'absence de recours pour contester la législation interne (à savoir l'article 25 de la loi de 1994) devant une autorité nationale en arguant de son non-respect des exigences de la Convention. Cependant, l'article 13 de la Convention ne garantit aucun recours de ce type (arrêts *James et autres* et *Lithgow et autres* précités).

Conclusion

62. La Commission conclut, à l'unanimité, à la non-violation de l'article 13 de la Convention en l'espèce.

F. Quant à l'article 14 de la Convention

63. Le requérant se plaint en outre de ce que l'article 25 de la loi de 1994 emporte une discrimination contraire à l'article 14 de la Convention, que la Commission considère comme combiné avec l'article 5 § 3 de la Convention. L'article 14 est libellé en ces termes :

«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.»

64. Invoquant l'arrêt *Stubbings et autres c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1996, *Recueil* 1996-IV, pp. 1506-1507, § 70, le Gouvernement fait valoir que, dans le cadre de leur marge d'appréciation, les Etats peuvent conclure que des personnes déjà condamnées pour une infraction majeure doivent subir un traitement différent s'agissant de la liberté sous caution dès lors qu'elles sont accusées d'avoir commis une nouvelle infraction de même type et qu'il ne conviendrait pas de les libérer en raison des risques que cela entraînerait pour autrui et pour une bonne administration de la justice.

65. La Commission relève que l'article 25 de la loi de 1994 a essentiellement pour but de trier les accusés qu'il est impossible de libérer sous caution en raison de leur(s) condamnation(s) antérieure(s) et de la ou des infractions dont ils sont accusés. Ayant déjà examiné ci-dessus la question de la conformité de l'article 25 avec l'article 5 § 3 de la Convention, il n'y a pas lieu de rechercher si cette clause satisfait également aux exigences de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 5 § 3.

Conclusion

66. La Commission conclut, par dix-neuf voix contre douze, qu'il n'y a pas lieu d'examiner le grief du requérant tiré de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 5 § 3.

G. Récapitulation

67. La Commission conclut, par dix-neuf voix contre douze, qu'il y a eu en l'espèce violation de l'article 5 § 3 de la Convention (paragraphe 51).

68. La Commission conclut, par dix-neuf voix contre douze, qu'il y a eu en l'espèce violation de l'article 5 § 5 de la Convention (paragraphe 56).

69. La Commission conclut, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu en l'espèce violation de l'article 13 de la Convention (paragraphe 62).

70. La Commission conclut, par dix-neuf voix contre douze, qu'il n'y a pas lieu d'examiner le grief du requérant tiré de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 5 § 3 (paragraphe 66).

M. DE SALVIA
Secrétaire de la Commission

S. TRECHSEL
Président de la Commission

OPINION CONCORDANTE DE M. LOUCAIDES

(Traduction)

Je souscris en cette affaire aux conclusions de la majorité. Je parviens toutefois à un constat de violation de l'article 5 § 3 de la Convention par le raisonnement ci-dessous.

Il me semble que l'article 5 ne contient aucune disposition garantissant expressément aux autorités judiciaires un pouvoir discrétionnaire en matière de détention provisoire. Je ne saurais admettre que l'article 5 ait été conçu pour limiter la tâche du juge, dans un domaine aussi important que la liberté de la personne, à vérifier le respect de certaines conditions générales relatives à la légalité de la détention.

Je pense que les critères exposés dans cet article constituent les conditions minimales requises pour que la détention soit légale. Les tribunaux conservent une certaine latitude pour juger si, eu égard aux circonstances de l'espèce, la détention était justifiée au sens où elle servait les intérêts de la justice. Un juge a le pouvoir d'ordonner la mise en détention pour les motifs indiqués à l'article 5 §§ 1 c) et 3 de la Convention sous réserve que les conditions qui y sont prescrites soient respectées, mais n'est pas tenu d'ordonner automatiquement la détention dès lors que ces conditions sont réunies. Le libellé de l'article 5 de la Convention laisse clairement entendre que les tribunaux conservent un certain pouvoir discrétionnaire. Une loi privant le juge de pareil pouvoir, comme c'est le cas en l'espèce, emporte à mon sens violation des dispositions de l'article 5 de la Convention.

OPINION EN PARTIE DISSIDENTE
DE M. PELLONPÄÄ, À LAQUELLE M. TRECHSEL,
M. GAUKUR JÖRUNDSSON, M. GÖZÜBÜYÜK, M. SOYER,
M. DANELIUS, M^{me} THUNE, M. CONFORTI, M. RESS
ET M. HERNDL DÉCLARENT SE RALLIER

(Traduction)

Nous ne souscrivons pas au constat de violation de l'article 5 § 3 de la Convention.

Aux termes de cette disposition, une personne «arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1 c) du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure (...)».

Nul ne conteste que le requérant ait été traduit aussitôt devant un «magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires», comme l'exige l'article 5 § 3. La question qui se pose est celle de savoir si le fait que l'article 25 de la loi de 1994 ait ôté au juge le pouvoir de libérer le requérant sous caution est compatible avec l'article 5 § 3 vu les circonstances de l'espèce.

Cette clause consacrée notamment au droit d'être libéré doit se lire avec le paragraphe 1 de l'article 5. Pour commencer, on ne saurait déduire du paragraphe 3 qu'une personne traduite aussitôt devant un juge a le droit d'être libérée si elle a été privée de sa liberté dans les conditions prévues au paragraphe 1.

Ledit paragraphe 1 exige tout d'abord que la privation de liberté soit «selon les voies légales», c'est-à-dire conforme aux exigences tant normatives que procédurales du droit interne. De plus, la privation de liberté dont il est question doit se fonder sur «des raisons plausibles de soupçonner [que la personne en question] a commis une infraction» (paragraphe 1 c)).

Nul ne conteste que la privation de liberté a respecté «les voies légales» ni que, lorsque le requérant fut traduit devant un juge, il y avait «des raisons plausibles de soupçonner qu'il [avait] commis une infraction» au sens du paragraphe 1 c) ce qui, par exemple, n'implique pas que la privation de liberté soit «nécessaire dans une société démocratique» (voir par exemple l'article 8 § 2).

Dans ces conditions, lorsqu'il a été traduit devant un juge le 4 janvier 1996, le requérant ne pouvait se prévaloir du droit d'être libéré en se fondant sur l'article 5 § 3. Le fait que la mise en liberté puisse «être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à

l'audience», selon les termes de la dernière phrase du paragraphe 3, n'oblige pas à prévoir une alternative de la mise en liberté sous caution lors du «premier stade» de la privation de liberté, si celle-ci est conforme à l'article 5 § 1 c). C'est pourquoi le fait que le juge statuant sur la détention provisoire n'ait pas eu la possibilité de mettre le requérant en liberté sous caution, c'est-à-dire n'ait pas eu le pouvoir de prendre une mesure que la Convention ne l'obligeait de toute façon pas à prendre, n'emporte pas violation de l'article 5 § 3.

Il est vrai que si l'existence de raisons plausibles de soupçonner que la personne arrêtée a commis une infraction au sens de l'article 5 § 1 c) constitue une condition suffisante pour la détention au tout début de la privation de liberté, au bout d'un certain temps, ces raisons ne suffisent plus; les organes de contrôle doivent examiner «les motifs qui ont déterminé les autorités judiciaires à décider» le maintien en détention (Cour eur. DH, arrêt B. c. Autriche du 28 mars 1990, série A n° 175, p. 16, § 42). C'est à ce «deuxième stade» de la détention qu'interviennent les considérations présentées au paragraphe 43 du rapport. Par exemple, «l'éventualité d'une condamnation sévère ne suffit pas, après un certain temps, à justifier la longueur d'une détention» (*ibidem*, pp. 16-17, § 44). Il n'est pas impossible qu'à un tel stade avancé, l'application de l'article 25 de la loi de 1994 conduise à des situations incompatibles avec l'article 5 § 3 tel qu'interprété par la Cour.

Toutefois, il n'y a pas lieu de se prononcer sur le moment où pareil stade aurait pu démarrer car, en l'espèce, il n'avait en tout état de cause pas été atteint lorsque la détention provisoire du requérant prit fin en octobre 1996. Jusque-là, il suffisait, sous l'angle de l'article 5, qu'il y ait «des raisons plausibles de soupçonner qu'il a[vait] commis une infraction». Le fait que, pendant cette période, les tribunaux anglais n'aient pas eu compétence pour prendre une mesure qu'ils n'étaient de toute façon pas tenus de prendre en vertu de la Convention ne saurait selon nous emporter violation de l'article 5 § 3. La présente conclusion prend également en compte les garanties mentionnées au paragraphe 31 du rapport.

Il s'ensuit qu'il n'y a pas eu non plus violation de l'article 5 § 5 de la Convention.

McGONNELL v. THE UNITED KINGDOM
(Application no. 28488/95)

THIRD SECTION

JUDGMENT OF 8 FEBRUARY 2000¹

1. English original.

SUMMARY¹**Impartiality of judge previously involved in the adoption of the regulations at issue****Article 6 § 1**

Independent tribunal – Impartial tribunal – Administrative proceedings – Exercise by the same individual of judicial and non-judicial functions – Impartiality of judge previously involved in the adoption of the regulations at issue – Role of the Bailiff in Guernsey – Waiver of Convention right

*
* * *

In 1982 the applicant acquired a vineyard on the island of Guernsey. He made several unsuccessful applications for permission to make residential use of the land. He later moved into a converted packing shed on the land. In 1990 the planning authorities submitted a draft Detailed Development Plan to the States of Deliberation (the island's legislature) for adoption. The States of Deliberation, presided by the Deputy Bailiff, adopted the plan, which maintained the prohibition on residential development on the applicant's land. The applicant was subsequently convicted of having changed the use of the packing shed without permission. In 1993 he made a formal application for a change of use, which was rejected by the planning authorities. He appealed to the Royal Court, which was composed of the Bailiff and seven Jurats. The Bailiff, the only professional judge in the Royal Court, was the Deputy Bailiff who had presided over the States of Deliberation when the Detailed Development Plan was adopted. The applicant's appeal was dismissed.

Held

(1) Government's preliminary objection: The Government were estopped from relying on their submissions to the effect that the applicant had failed to exhaust domestic remedies, since these submissions were not raised at the admissibility stage.

(2) Article 6 § 1: As to the Government's contention that the applicant had waived his right to object to the independence and impartiality of the Royal Court by failing to challenge the Bailiff, a waiver had to be made in an unequivocal manner and not run counter to any important public interest. As the applicant had made no express waiver, it remained to be established whether there was a tacit one. However, given that the Court of Appeal had found in another case that there was no structural conflict between the Bailiff's duties in the Royal Court and in the States of Deliberation and that the Government had only raised the issue late in the Convention proceedings, the applicant's failure to challenge the

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

Bailiff could not be said to have been unreasonable and could not amount to a tacit waiver of his right to an independent and impartial tribunal.

The concepts of independence and objective impartiality were closely linked and to be examined together. The applicant had not contended that the Bailiff was subjectively prejudiced or biased. Neither Article 6 nor any other provision of the Convention required States to comply with any theoretical constitutional concepts as such; the question was whether the Bailiff had the required "appearance" of independence or "objective" impartiality. In that connection, the Bailiff had both judicial and non-judicial functions, the latter of which could not be regarded as being merely ceremonial. Any direct involvement in the passage of legislation, or of executive rules, was likely to be sufficient to cast doubt on the judicial impartiality of a person subsequently called on to determine a dispute over whether reasons existed to permit a variation from the wording of the legislation or rules in issue. In the present case, the Bailiff had, as Deputy Bailiff, presided over the States of Deliberation at the adoption of the development plan and had had a casting vote which he was not obliged to exercise against a proposition where that vote impinged on his conscience. Consequently, the mere fact that the Deputy Bailiff had presided over the States of Deliberation when the plan was adopted was capable of casting doubt on his impartiality when he subsequently determined the applicant's appeal. The applicant had legitimate grounds for fearing that the Bailiff might have been influenced by his prior participation in the adoption of the plan and that doubt was sufficient to vitiate the impartiality of the Royal Court.

Conclusion: violation (unanimously).

Article 41: The Court considered that the finding of a violation constituted in itself sufficient just satisfaction for any non-pecuniary damage which the applicant might have suffered. It made an award in respect of costs and expenses.

Case-law cited by the Court

Håkansson and Sturesson v. Sweden, judgment of 21 February 1990, Series A no. 171-A

Procola v. Luxembourg, judgment of 28 September 1995, Series A no. 326

Findlay v. the United Kingdom, judgment of 25 February 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I

De Haan v. the Netherlands, judgment of 26 August 1997, *Reports* 1997-IV

Vasilescu v. Romania, judgment of 22 May 1998, *Reports* 1998-III

In the case of McGonnell v. the United Kingdom,

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

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

Mr P. KÜRIS,

Mrs F. TULKENS,

Mr W. FUHRMANN,

Mr K. JUNGWIERT,

Mrs H.S. GREVE, *judges*,

Sir John LAWS, *ad hoc judge*,

and Mrs S. DOLLÉ, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 28 September 1999, 25 January and 1 February 2000,

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

PROCEDURE

1. The case was referred to the Court by the European Commission of Human Rights (“the Commission”) on 4 December 1998, within the three-month period laid down by former Articles 32 § 1 and 47 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”).

2. The case originated in an application (no. 28488/95) against the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland lodged with the Commission under former Article 25 by a British national, Mr Richard James Joseph McGonnell (“the applicant”), on 29 June 1995.

3. The Commission’s request referred to former Articles 44 and 48 and to the declaration whereby the United Kingdom recognised the compulsory jurisdiction of 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 6 of the Convention.

4. 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 § 4 thereof read in conjunction with Rule 100 § 1 and Rule 24 § 6 of the Rules of Court, a panel of the Grand Chamber decided on 14 January 1999 that the case would be examined by a Chamber constituted within one of the Sections of the Court.

5. In accordance with Rule 52 § 1, 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 (Articles 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 to complete the Chamber were Mr P. Kūris, Mrs F. Tulkens, Mr W. Fuhrmann, Mr K. Jungwiert and Mrs H.S. Greve (Article 26 § 1 (b)).

Subsequently Sir Nicolas Bratza, who had taken part in the Commission's examination of the case, withdrew from sitting in the Chamber (Rule 28). The United Kingdom Government ("the Government") accordingly appointed Sir John Laws to sit as an *ad hoc* judge (Article 27 § 2 of the Convention and Rule 29 § 1).

6. In accordance with Rule 59 § 2, the Chamber decided, on 8 June 1999, to hold a hearing which took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 28 September 1999.

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mrs S. LANGRISH, Foreign and Commonwealth Office	<i>Agent,</i>
Sir Sidney KENTRIDGE QC,	
Mr D. ANDERSON QC,	<i>Counsel,</i>
Mr G. ROWLAND QC, Attorney-General for Guernsey,	
Mr R. CLAYTON, Home Office,	
Mr P. JENKINS, Lord Chancellor's Department,	
Mrs C. DAVIDSON, Lord Chancellor's Department,	
Mr M. BIRT QC, Attorney-General for Jersey,	
Ms M. GRAY,	<i>Advisers;</i>

(b) *for the applicant*

Mr B. EMMERSON,	
Ms J. SIMOR,	<i>Counsel,</i>
Mr R.A. PERROT,	<i>Advocate.</i>

The Court heard addresses by Mr Emmerson and Sir Sidney Kentridge.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

A. The planning background

7. The applicant bought the Calais Vinery, Calais Lane, St Martin's in 1982. A number of planning applications were made to permit residential use of the land in the ensuing years. The applications were all refused, an appeal being dismissed by the Royal Court in July 1984. In 1986 or 1987 the applicant moved into a converted packing shed on his land.

8. In 1988 the applicant, through an advocate, made representations to a planning inquiry which was considering the draft Detailed Development Plan no. 6 (DDP6). In his report to the President of the Island Development Committee (IDC), the inspector set out the arguments led by the applicant's advocate and by the advocate for the IDC, and concluded that a dwelling on the applicant's site would be an intrusion into the agricultural/horticultural hinterland. He supported the IDC's proposed zoning of the land as an area reserved for agricultural purposes and in which development was generally prohibited.

9. The President of the IDC submitted DDP6, in draft, to the President of the States of Deliberation on 22 May 1990.

10. The States of Deliberation, presided over by Mr Graham Dorey, the Deputy Bailiff, debated and adopted DDP6 on 27 and 28 June 1990. The zoning of the applicant's land was not changed.

11. A retrospective application for planning permission to convert the packing shed into a dwelling was rejected by the IDC on 11 July 1991 as the IDC was bound to take into account DDP6, according to which the site was zoned as a Developed Glasshouse Area where residential development was not allowed.

12. On 27 March 1992 the applicant was convicted by the Magistrates' Court on his guilty plea of changing the use of the shed without permission, contrary to section 14(1)(a) of the Island Development (Guernsey) Law 1966 ("the 1966 Law"). He was fined 100 pounds sterling, with ten days' imprisonment in default.

13. On 15 February 1993 the IDC applied for permission under Section 37(1)(h) of the 1966 Law itself to carry out the necessary works to remedy the breach of the planning legislation. The application was adjourned in Ordinary Court by the Deputy Bailiff on 25 February 1993 for a date to be fixed. The Deputy Bailiff was also unwilling to hear the matter on the ground of having dealt with the applicant when he was Her Majesty's Procureur.

14. A further application on the applicant's behalf for permission to continue living in the shed was dismissed by the IDC on 18 May 1993, and a request for the section 37(1)(h) proceedings to be adjourned was dismissed by the Bailiff on 20 May 1993. On 25 June 1993 the Royal Court comprising the Bailiff and three Jurats granted the IDC's application under Section 37(1)(h).

B. The particular facts of the case

15. On 10 August 1993 the applicant's current representative made a formal application for change of use on behalf of the applicant, together with a request that continued occupation be permitted pending

determination of the expected appeal against an expected refusal. The application was rejected by the IDC on 26 October 1994 in the following terms:

“I have to inform you that ... the Committee decided to reject your proposal for the following reason which is based on the considerations which the Committee is bound to take into account under the provisions of section 17 of the Island Development (Guernsey) Laws 1966-1990:—

(a) Detailed Development Plan no. 6, as approved by the States.

The site is located within a Developed Glasshouse Area and the Committee’s written statement of policy makes no provision for the form of development proposed. I enclose for your information a copy of the written statement of policy. ...”

16. On 6 June 1995 the Royal Court, comprising the Bailiff, by then Sir Graham Dorey, and seven Jurats, heard the applicant’s appeal. The applicant’s representative accepted that the written statement provided for no development other than “Developed Glasshouse” in the area, but submitted that there were nevertheless reasons in the case to permit the change of use: the external appearance of the building would not change and there would be no future prejudice to the horticultural use of the land, such that it was unreasonable for the IDC to take an unduly narrow view of what it allowed under the DDP. The Bailiff then summed up the applicant’s complaints to the Jurats, instructing them that the ultimate burden of proof was on the IDC to satisfy the Jurats that the IDC’s decision was reasonable. The appeal was dismissed unanimously. The decision recites the grounds of appeal, but gives no reasons.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

17. The Court has been referred to one recent official document relating to the Constitution of Guernsey generally. It is the States of Guernsey Administrative and Accounting Guidelines, issued in 1991 as a manual of reference and best practice for the information and guidance of civil servants. It has forewords by the then Bailiff and President of the States, Sir Charles Frossard, and by the States Supervisor, Mr F.N. Le Cheminant. The section dealing with the Constitution and law of Guernsey is taken from a pamphlet by a former Bailiff, and the part dealing specifically with the position of the Bailiff reads as follows:

“The Bailiff is the Island’s chief citizen and representative.

The Bailiff is appointed by the Sovereign by Letters Patent under the Great Seal of the Realm and holds office during Her Majesty’s Pleasure subject to a retiring age of seventy years. He is President of the States of Election, President of the States of Deliberation, President of the Royal Court, President of the Court of Appeal and head of the Administration.

The Bailiff, as President of the States of Deliberation, is entitled to speak on any matter and has no original vote but he has a casting vote if the Members are equally divided. In general, the Bailiff uses his voice to ensure a further investigation of questions on which the States are in doubt. He places measures before the States at the request of the States Committees but he can also on his own initiative place any matter before the assembly.

He is, with the Lieutenant-Governor, a channel of communication between the Privy Council and the Secretary of State for the Home Department on the one hand and on the other, the Island authorities; and in a number of questions, as the head of the Administration of the Island, he would be expected to guide the Island authorities.

He has been relieved of some of his administrative responsibilities by the appointment of the States Advisory and Finance Committee which is in the nature of a co-ordinating committee with advisory powers but the Bailiff may, in his own discretion, lay before the States any matter which he has previously referred to the Committee providing that he gives the Committee an opportunity to acquaint the States with its views.

While the Bailiff is responsible for arranging the business to come before the States, he is not in a position to refuse to place before the States any question of business if so requested by Members or Committees of the States. The assembly looks to the Bailiff for advice on matters affecting the Constitution of the Island.

In the course of insular legislation or in discussions arising from communications from the Privy Council or the Home Department, it is the duty of the Bailiff to represent the views of the Island in constitutional matters.

In the event of differences between the Crown and the States it is the historical duty of the Bailiff to represent the views of the people of the Island."

18. The Bailiff is the senior judge of the Royal Court. In the modern era, he has usually occupied the offices of Her Majesty's Comptroller, Her Majesty's Procureur (Solicitor-General and Attorney-General respectively) and, since 1970, Deputy Bailiff, before finally becoming Bailiff. In his judicial capacity, the Bailiff is the professional judge (with the lay Jurats) in the Royal Court, and is *ex officio* President of the Guernsey Court of Appeal. In his non-judicial capacity, the Bailiff is President of the States of Election, of the States of Deliberation, of four States committees (the Appointments Board, the Emergency Council, the Legislation Committee and the Rules of Procedure Committee), and he plays a role in communications between the island authorities and the government of the United Kingdom and the Privy Council. Where the Bailiff presides in his non-judicial capacity, he has a casting, but not an original, vote.

19. The States of Election elects people to fill the vacancies which occur amongst the twelve Jurats. Jurats sit as lay members of the Royal Court. It is their function to determine the issues of fact referred to them, and to decide whether or not to allow an appeal. They also sit on certain of the States committees, either because a committee mandate requires the election of a Jurat or by reason of abilities or interests

personal to them. Jurats are not, however, eligible to sit on the States Committee for Home Affairs, the Gambling Control Committee or any States committee which administers legislation the provisions of which include a right of appeal to the Royal Court against a decision of that committee.

20. The States of Deliberation exercises its legislative power in Guernsey in the form of Laws and Ordinances. In practice, a “Billet d’Etat” is laid before the States, generally by one or other of the States committees. Having passed through the States of Deliberation, Projets de Loi (draft laws) are scrutinised by the Home Office and other relevant departments of the United Kingdom government before being submitted to the Privy Council in London for royal assent. Ordinances do not need royal assent and are made under the States of Deliberation’s limited common-law powers, or under powers delegated to the States by Guernsey laws or Acts of the United Kingdom parliament applicable to Guernsey.

21. The States of Deliberation is not divided on party political lines; members of the States are elected as individuals, and vote in all matters according to their consciences. All members are of equal importance, and there are no time-limits on the length of speeches or debates generally. The States is scheduled to meet twelve times each calendar year. Sittings usually last one or two days.

22. The States committees conduct the government of Guernsey. There are some fifty States committees, to which specific administrative tasks are given by statute or delegated by the States of Deliberation. Each committee is directly accountable to the States of Deliberation.

23. None of the States committees has legal supremacy over the others, although the Advisory and Finance Committee is the most important. It oversees Treasury matters and examines all proposals and reports which are to be placed before the States of Deliberation. The committees, each of which has a Chief Officer or Chief Executive, are supported by a professional civil service of some 1,800 staff.

24. The Appointments Board, one of the States committees, appoints officials to fill certain offices in the States’ service when those offices become vacant. With limited exceptions, it appoints at the level of Senior Officer Grade 8 or above. The offices include the States Supervisor and other senior civil servants such as senior medical personnel, the Prison Governor and the Chief Officer of Police. It has never appointed a Chief Executive of the IDC. The Appointments Board met twenty-four times in the ten years prior to 31 December 1998.

25. The Emergency Council has the power to declare a state of emergency, to make emergency regulations where the population or a substantial portion of it risks being deprived of the essentials of life, and to make other essential arrangements in the case of hostile attack by a

foreign power. It has met three times in the last ten years. On none of those occasions was a state of emergency declared.

26. The Legislation Committee, which meets about once a month, reviews and revises the *Projets de Loi*, reviews and drafts Ordinances and, in certain cases, orders that an Ordinance shall come into force pending consideration by the States of Deliberation. The latter function has been used on sixteen occasions in the last ten years.

27. The Rules of Procedure Committee considers the Rules of Procedure in relation to assemblies of the States of Deliberation, receives representations from the States and makes representations to the States for amendments to the Rules. It has met twenty-five times in the last fifteen years.

28. The Bailiff's role in communications between the island authorities and the government of the United Kingdom and Privy Council arises from his historical function of representing the views of the islanders to the Crown. The Bailiff represents a States committee's views outside the island when specifically requested to do so, and in accordance with a clear mandate. Representations are generally on behalf of the smaller committees. Examples of this function are the Bailiff's involvement in negotiating the level of fees payable in respect of Guernsey students attending higher education institutions in the United Kingdom, and in requesting the government to ensure that Heathrow Airport should have slots for aircraft from regional airports such as Guernsey.

29. The States Supervisor, the Chief Officer of the Advisory and Finance Committee, is the committee's senior adviser on policy, and is also head of the Guernsey civil service. He liaises with other senior civil servants in relation to all proposals for legislation and other major administrative items submitted by the various committees to the States of Deliberation and comments on them for the benefit of the Advisory and Finance Committee's deliberations on them. He also gives guidance to the Chief Officers of other committees and attends meetings of those committees where appropriate.

30. Section 14(1)(a) of the Island Development (Guernsey) Law 1966 provides:

"A person shall not, without the permission in writing in that behalf of the Committee, carry out development of any land."

Section 17(a) provides:

"In exercising its powers under the provisions of the last preceding section the Committee shall take into account the Strategic and Corporate Plan when approved by the States and any relevant Detailed Development Plans when so approved."

31. In the case of *Bordeaux Vineries Ltd v. States Board of Administration* (4 August 1993), a challenge was made to the participation of the Bailiff

as a judge in the Royal Court in an action against the States Board of Administration, one of the major States committees. The Court of Appeal noted that the then Bailiff, at first instance, had held:

“Insofar as the constitutional position is concerned ... my first duty is to the Crown in all matters, and I do not espouse causes of the States. ... The point has been raised as to my casting vote ... the vote is to be cast constitutionally. The way I defined that was to vote against any proposition before the States and only if that vote impinged on my conscience would I contemplate any other course.”

In connection with the existence of an appeal to it, the Court of Appeal noted:

“... the decision upon a submission that the Bailiff ... is disqualified by interest from hearing any matter should in the first place be made by the Bailiff ... From that decision an appeal lies to this Court.”

As to the participation of the Bailiff, the Court of Appeal found that:

“... the Bailiff is invested by law with duties in the Royal Court and in the States. The consequence of this dual function is that he has on occasion to take part in the exercise by the court of jurisdiction over the States. I do not think that on these occasions his responsibility in the States disqualifies him from discharging his responsibility in this Court. He can properly discharge both responsibilities because although he is a member of the States his special position there means he is not responsible for the decisions of the States or the acts of its agencies...”

PROCEEDINGS BEFORE THE COMMISSION

32. Mr McGonnell applied to the Commission on 29 June 1995.

33. The Commission declared the application (no. 28488/95) partly admissible on 22 January 1998. In its report of 20 October 1998 (former Article 31 of the Convention)¹, it expressed, by twenty-five votes to five, the opinion that there had been a violation of Article 6 § 1 of the Convention.

FINAL SUBMISSIONS TO THE COURT BY THE GOVERNMENT

34. The Government’s principal written submission was that the application should be declared inadmissible pursuant to Article 35 of the Convention. In the alternative, they submitted that there was no violation of Article 6 § 1 of the Convention.

35. In their oral submissions, the Government contended that the complaint under Article 6 did not give rise to a violation of the Convention. In their final observations, they maintained that an appeal

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

was available in respect of the constitutional position of the Bailiff, and was not taken.

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 § 1 OF THE CONVENTION

36. The applicant claimed that he did not have the benefit of the guarantees of Article 6 § 1 of the Convention at the hearing of his case before the Royal Court of Guernsey on 6 June 1995. The relevant part of Article 6 provides:

“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. ...”

37. The Government contested the claim. The Commission upheld it.

A. The Government’s preliminary objection

Alleged non-exhaustion of domestic remedies

38. The Government contended that the complaint concerning the alleged lack of independence and impartiality of the Royal Court in the applicant’s case should be declared inadmissible for failure to exhaust domestic remedies, pursuant to Article 35 of the Convention, which states:

“1. The Court may only deal with the matter after all domestic remedies have been exhausted, according to the generally recognised rules of international law, and within a period of six months from the date on which the final decision was taken.”

In the Government’s submission, it would have been open to the applicant to appeal to the Guernsey Court of Appeal in respect of any alleged lack of independence and impartiality on the part of the Royal Court. They pointed to the case of *Bordeaux Vineries Ltd v. States Board of Administration* (see paragraph 31 above) in which the Court of Appeal found that an appeal lay to it against a decision by the Bailiff on whether he was disqualified by interest from hearing any matter. They noted that the jurisdiction of the European Court to declare an application inadmissible for failure to exhaust domestic remedies, even when such arguments were rejected by the Commission, was not in doubt. They claimed that there was no reason why the exercise of the jurisdiction should depend on the Commission having given detailed consideration to the point.

39. The applicant contended that the Government were estopped from raising an objection of non-exhaustion, among other reasons because they

had stated before the Commission's admissibility decision that "the Government concedes that it was not reasonably practicable for the applicant to have addressed any of his complaints to another authority". He considered that in any event no domestic remedy had been available to him, as the *Bordeaux Vineries* case had decided that the Bailiff's functions as President of the States did not preclude him from sitting as a judge in actions against the States.

40. The Court notes that the Government's submissions were not raised before the Commission. The Government are therefore estopped from relying on them (see, among many other authorities, the *Vasilescu v. Romania* judgment of 22 May 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-III, p. 1074, § 34).

B. Applicability of Article 6

41. The parties agreed that Article 6 § 1 of the Convention was applicable to the proceedings in the present case, and the Court so finds.

C. Waiver

42. The Government claimed that where a legally represented applicant had failed to raise an objection to the tribunal when it was open to him to do so, he must – even if the application was admissible – be deemed to have waived his right to object to the independence and impartiality of that tribunal.

43. The applicant submitted that the Government's submissions were a mere repetition of their submissions as to non-exhaustion of domestic remedies, and that they should be dismissed for the same reason. He considered that the Government had not, in any event, established a waiver.

44. The Court recalls that in the context of a complaint concerning the absence of a public hearing in civil proceedings, it has held that "a waiver must be made in an unequivocal manner and must not run counter to any important public interest" (see the *Håkansson and Sturesson v. Sweden* judgment of 21 February 1990, Series A no. 171-A, p. 20, § 66). No express waiver was made in the present case. The question, as in the *Håkansson and Sturesson* case, is whether there was a tacit one. The answer to the question whether the applicant ought to have taken up his complaint with either the Bailiff at the hearing on 6 June 1995, or on appeal with the Court of Appeal, depends on what was reasonable in the circumstances of the case. In assessing that reasonableness, the Court notes first that in the *Bordeaux Vineries* case referred to by the Government, the Court of Appeal found that there was no structural

conflict between the Bailiff's duties in the Royal Court and in the States of Deliberation.

Secondly, the Court notes that the argument of waiver was made for the first time before the Court: it was not raised before the Commission either prior or subsequent to the Commission's decision on admissibility.

45. Given the clear statement of the Court of Appeal in the *Bordeaux Vineries* case that the Bailiff's constitutional functions in connection with the States do not impinge on his judicial independence, and the fact that a domestic challenge was not only not pursued by the applicant in the domestic proceedings, but was not raised by the Government until a late stage of the Convention proceedings, the Court finds that the applicant's failure to challenge the Bailiff in Guernsey cannot be said to have been unreasonable, and cannot amount to a tacit waiver of his right to an independent and impartial tribunal.

D. Compliance with Article 6 § 1

46. The applicant pointed to the non-judicial functions of the Bailiff, contending that they gave rise to such close connections between the Bailiff as a judicial officer and the legislative and executive functions of government that the Bailiff no longer had the independence and impartiality required by Article 6. As specific examples, the applicant pointed to three matters which were not referred to before the Commission. They are the facts that the Bailiff is invariably appointed from the office of the Attorney-General, that he acts as Lieutenant-Governor of the island when that office is vacant, and that the Bailiff who sat in the present case had also presided over the States of Deliberation when DDP6, the very act which was at issue in the applicant's later case, was adopted. He also claimed that the Royal Court gave inadequate reasons for its judgment.

47. The Government recalled that the Convention does not require compliance with any particular doctrine of separation of powers. They maintained that whilst the Bailiff has a number of positions on the island, they cannot give rise to any legitimate fear in a reasonably well-informed inhabitant of Guernsey of a lack of independence or impartiality because the positions do not involve any real participation in legislative or executive functions. In particular, they underlined that when the Bailiff presides over the States of Deliberation or one of the four States committees in which he is involved, his participation is not that of an active member, but rather he is an independent umpire, who ensures that the proceedings run smoothly without taking part in or expressing approval or disapproval of the matters under discussion. In connection with the reasons for the Royal Court's judgment, the Government

considered that the Bailiff's summing-up, taken together with the decision of the Jurats, gave sufficient reasons to comply with Article 6 of the Convention.

48. The Court recalls that in its *Findlay v. the United Kingdom* judgment (25 February 1997, *Reports* 1997-I, p. 281, § 73) it found that:

"in order to establish whether a tribunal can be considered as 'independent', regard must be had, *inter alia*, to the manner of appointment of its members and their term of office, the existence of guarantees against outside pressures and the question whether the body presents an appearance of independence...

As to the question of 'impartiality', there are two aspects to this requirement. First, the tribunal must be subjectively free of personal prejudice or bias. Secondly, it must also be impartial from an objective viewpoint, that is, it must offer sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt in this respect...

The concepts of independence and objective impartiality are closely linked..."

49. In the present case, too, the concepts of independence and objective impartiality are closely linked, and the Court will consider them together.

50. The Court first observes that there is no suggestion in the present case that the Bailiff was subjectively prejudiced or biased when he heard the applicant's planning appeal in June 1995. It has not been alleged that the Bailiff's participation as Deputy Bailiff in the adoption of DDP6 in 1990 gives rise to actual bias on his part: the applicant stated that it was not possible to ascertain whether there was actual bias because of the Bailiff's various functions, but he did not contend that the Bailiff was subjectively biased or prejudiced.

51. The Court can agree with the Government that neither Article 6 nor any other provision of the Convention requires States to comply with any theoretical constitutional concepts as such. The question is always whether, in a given case, the requirements of the Convention are met. The present case does not, therefore, require the application of any particular doctrine of constitutional law to the position in Guernsey: the Court is faced solely with the question whether the Bailiff had the required "appearance" of independence, or the required "objective" impartiality.

52. In this connection, the Court notes that the Bailiff's functions are not limited to judicial matters, but that he is also actively involved in non-judicial functions on the island. The Court does not accept the Government's analysis that when the Bailiff acts in a non-judicial capacity he merely occupies positions rather than exercising functions: even a purely ceremonial constitutional role must be classified as a "function". The Court must determine whether the Bailiff's functions in his non-judicial capacity were, or were not, compatible with the requirements of Article 6 as to independence and impartiality.

53. The Court observes that the Bailiff in the present case had personal involvement with the planning matters at the heart of the applicant's case on two occasions. The first occasion was in 1990, when, as Deputy Bailiff, he presided over the States of Deliberation at the adoption of DDP6. The second occasion was on 6 June 1995, when he presided over the Royal Court in the determination of the applicant's planning appeal.

54. The Court recalls that in the case of *Procola v. Luxembourg*, four of the five members of the *Conseil d'Etat* had carried out both advisory and judicial functions in the same case (judgment of 28 September 1995, Series A no. 326, p. 16, § 45).

55. The participation of the Bailiff in the present case shows certain similarities with the position of the members of the *Conseil d'Etat* in the *Procola* case. First, in neither case was any doubt expressed in the domestic proceedings as to the role of the impugned organ. Secondly, and more particularly, in both cases a member, or members, of the deciding tribunal had been actively and formally involved in the preparatory stages of the regulation at issue. As the Court has noted above, the Bailiff's non-judicial constitutional functions cannot be accepted as being merely ceremonial. With particular respect to his presiding, as Deputy Bailiff, over the States of Deliberation in 1990, the Court considers that any direct involvement in the passage of legislation, or of executive rules, is likely to be sufficient to cast doubt on the judicial impartiality of a person subsequently called on to determine a dispute over whether reasons exist to permit a variation from the wording of the legislation or rules at issue. In the present case, in addition to the chairing role as such, the Deputy Bailiff could exercise a casting vote in the event of even voting and, as the Bailiff stated in the *Bordeaux Vineries* case, there was no obligation on him to exercise his casting vote against a proposition before the States where that vote impinged on his conscience (see paragraph 31 above). Moreover, the States of Deliberation in Guernsey was the body which passed the regulations at issue. It can thus be seen to have had a more direct involvement with them than had the advisory panel of the *Conseil d'Etat* with the regulations at issue in the *Procola* case (judgment cited above, p. 12, § 25).

56. The Court also notes that in the *De Haan* case, the judge who presided over the Appeals Tribunal was called upon to decide on an objection for which he himself was responsible. In that case, notwithstanding an absence of prejudice or bias on the part of the judge, the Court found that the applicant's fears as to the judge's participation were objectively justified (see the *De Haan v. the Netherlands* judgment of 26 August 1997, *Reports* 1997-IV, pp. 1392-93, §§ 50-51).

57. The Court thus considers that the mere fact that the Deputy Bailiff presided over the States of Deliberation when DDP6 was adopted in 1990 is

capable of casting doubt on his impartiality when he subsequently determined, as the sole judge of the law in the case, the applicant's planning appeal. The applicant therefore had legitimate grounds for fearing that the Bailiff may have been influenced by his prior participation in the adoption of DDP6. That doubt in itself, however slight its justification, is sufficient to vitiate the impartiality of the Royal Court, and it is therefore unnecessary for the Court to look into the other aspects of the complaint.

58. It follows that there has been a breach of Article 6 § 1.

II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

59. 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

60. The applicant requested the Court to award a “just and appropriate sum in compensation”. In early correspondence he referred to the sum of 50,000 pounds sterling (GBP). The Government considered that there was no reason to award any sum in respect of pecuniary or non-pecuniary damage.

61. The Court finds that the finding of a violation constitutes in itself sufficient just satisfaction for any non-pecuniary damage which the applicant may have suffered. No specific claim for pecuniary damage has been made, and the Court finds none.

B. Costs and expenses

62. The applicant has submitted bills totalling GBP 20,913.90 (exclusive of value-added tax – “VAT”). The Government have not commented on them.

63. The Court awards the applicant the sum of GBP 20,913.90, together with any VAT which may be payable.

C. Default interest

64. According to the information available to the Court, the statutory rate of interest applicable in England and Wales at the date of adoption of the present judgment is 7.5% per annum.

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Dismisses* the Government's preliminary objection;
2. *Holds* that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention;
3. *Holds*
 - (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months, GBP 20,913.90 (twenty thousand nine hundred and thirteen pounds sterling ninety pence), together with any value-added tax that may be chargeable;
 - (b) that simple interest at an annual rate of 7.5% shall be payable from the expiry of the above-mentioned three months until settlement;
4. *Dismisses* the remainder of the applicant's claims for just satisfaction.

Done in English, and notified in writing on 8 February 2000, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

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 concurring opinion of Sir John Laws is annexed to this judgment.

J.-P.C.
S.D.

CONCURRING OPINION OF JUDGE Sir John LAWS

I add a few words of my own merely to emphasise that the only objective basis upon which, on the facts of this case, a violation of Article 6 § 1 may properly be found depends in my view entirely upon the fact that the Bailiff who presided over the Royal Court in the legal proceedings giving rise to this case presided also (as Deputy Bailiff) over the States of Deliberation in 1990 when DDP6 was adopted. That is the thrust of the reasoning in paragraph 57 of the judgment, with whose terms I entirely agree.

If it were thought arguable (perhaps by reference to the reasoning in paragraph 52) that a violation might be shown on any wider basis, having regard to the Bailiff's multiple roles, I would express my firm dissent from any such view. Where there is no question of actual bias, our task under Article 6 § 1 must be to determine whether the reasonable bystander – a fully informed layman who has no axe to grind – would on objective grounds fear that the Royal Court lacks independence and impartiality. I am clear that but for the coincidence of the Bailiff's presidency over the States in 1990, and over the Royal Court in 1995, there are no such objective grounds whatever.

McGONNELL c. ROYAUME-UNI
(Requête n° 28488/95)

TROISIÈME SECTION

ARRÊT DU 8 FÉVRIER 2000¹

1. Traduction; original anglais.

SOMMAIRE¹**Impartialité d'un juge ayant participé antérieurement à l'adoption de la réglementation en litige****Article 6 § 1**

Tribunal indépendant – Tribunal impartial – Procédure administrative – Exercice par la même personne de fonctions judiciaires et non judiciaires – Impartialité d'un juge ayant participé antérieurement à l'adoption de la réglementation en litige – Rôle du bailli à Guernesey – Renonciation à un droit garanti par la Convention

*
* * *

En 1982, le requérant fit l'acquisition d'une serre à vigne sur l'île de Guernesey. Il déposa sans succès plusieurs demandes afin de pouvoir résider sur son terrain. Par la suite, il s'installa dans un hangar d'emballage transformé, situé sur sa parcelle. En 1990, les autorités responsables de l'aménagement du territoire présentèrent, en vue de son adoption, un projet de plan d'aménagement détaillé aux *States of Deliberation* (organe législatif de l'île). Présidés par le bailli adjoint, les *States of Deliberation* adoptèrent le plan, qui maintenait l'interdiction de toute construction de type résidentiel sur le terrain du requérant. Plus tard, celui-ci fut condamné pour avoir modifié sans autorisation l'usage du hangar d'emballage. En 1993, il sollicita officiellement l'autorisation de changer l'entrepôt d'utilisation, demande qui fut rejetée par les autorités responsables de l'aménagement du territoire. Il fit appel auprès de la *Royal Court*, composée du bailli et de sept jurats. Le bailli, seul juge professionnel de la *Royal Court*, n'était autre que le bailli adjoint qui présidait les *States of Deliberation* à l'époque où le plan d'aménagement détaillé fut adopté. L'appel du requérant fut rejeté.

1. Exception préliminaire du Gouvernement : les observations du Gouvernement selon lesquelles le requérant n'a pas épuisé les voies de recours internes se heurtent à forclusion, car elles n'ont pas été formulées au stade de l'examen de la recevabilité.

2. Article 6 § 1 : quant à l'argument du Gouvernement selon lequel le requérant a renoncé à son droit de remettre en cause l'indépendance et l'impartialité de la *Royal Court* en ne récusant pas le bailli, la Cour rappelle qu'une telle renonciation doit être non équivoque et ne se heurter à aucun intérêt public important. Le requérant n'ayant pas renoncé de manière explicite, il convient de déterminer s'il y a eu renonciation tacite. Toutefois, étant donné que la Cour d'appel a estimé dans une autre affaire qu'il n'y avait aucun conflit structurel entre les fonctions du bailli au sein de la *Royal Court* et au sein des *States of Deliberation*, et que le

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

Gouvernement n'a soulevé la question qu'à un stade avancé de la procédure devant les organes de la Convention, la non-récusation du bailli par le requérant ne saurait être considérée comme déraisonnable, ni constituer une renonciation tacite à son droit d'être entendu par un tribunal indépendant et impartial.

Les notions d'indépendance et d'impartialité objective sont étroitement liées et doivent être examinées conjointement. Le requérant n'a nullement prétendu que le bailli aurait manifesté un parti pris ou un préjugé subjectif. Ni l'article 6 ni aucune autre disposition de la Convention n'exigent des Etats qu'ils se conforment à des concepts constitutionnels en tant que tels; la question est de savoir si le bailli possédait l'« apparence » d'indépendance et l'impartialité « objective » requises. A cet égard, le bailli exerçait des fonctions à la fois judiciaires et non judiciaires, ces dernières ne pouvant être considérées comme purement protocolaires. Toute participation directe à l'adoption de textes législatifs ou réglementaires peut suffire à jeter le doute sur l'impartialité judiciaire d'une personne amenée ultérieurement à trancher un différend sur le point de savoir s'il existe des motifs justifiant que l'on s'écarte du libellé des textes législatifs ou réglementaires en question. En l'espèce, le bailli avait présidé en tant que bailli adjoint les *States of Deliberation* lors de l'adoption du plan d'aménagement et avait disposé d'une voix prépondérante qu'il n'était pas obligé d'utiliser contre une proposition si un tel vote était contraire à ce que lui dictait sa conscience. En conséquence, le simple fait que le bailli adjoint ait présidé les *States of Deliberation* lors de l'adoption du plan est susceptible d'inspirer des doutes quant à son impartialité lorsqu'il a ultérieurement été amené à trancher l'appel du requérant. Le requérant était fondé à craindre que le bailli ait pu être influencé par sa participation antérieure à l'adoption du plan, et ce doute suffit à altérer l'impartialité de la *Royal Court*.

Conclusion : violation (unanimité).

Article 41: la Cour juge que le constat d'une violation fournit en soi une satisfaction équitable suffisante pour le dommage moral que le requérant aurait pu subir. Elle lui alloue une somme au titre des frais et dépens.

Jurisprudence citée par la Cour

Håkansson et Sturesson c. Suède, arrêt du 21 février 1990, série A n° 171-A

Procola c. Luxembourg, arrêt du 28 septembre 1995, série A n° 326

Findlay c. Royaume-Uni, arrêt du 25 février 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I

De Haan c. Pays-Bas, arrêt du 26 août 1997, *Recueil* 1997-IV

Vasilescu c. Roumanie, arrêt du 22 mai 1998, *Recueil* 1998-III

En l'affaire McGonnell c. Royaume-Uni,

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

MM. J.-P. COSTA, *président*,

P. KÚRIS,

M^{me} F. TULKENS,

MM. W. FUHRMANN,

K. JUNGWIERT,

M^{me} H.S. GREVE, *juges*,

Sir John LAWS, *juge ad hoc*,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 28 septembre 1999,
25 janvier et 1^{er} février 2000,

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

PROCÉDURE

1. L'affaire a été déférée à la Cour par la Commission européenne des Droits de l'Homme (« la Commission ») le 4 décembre 1998, dans le délai de trois mois qu'ouvraient les anciens articles 32 § 1 et 47 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (« la Convention »).

2. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n^o 28488/95) dirigée contre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et dont un ressortissant de cet Etat, M. Richard James Joseph McGonnell (« le requérant »), avait saisi la Commission le 29 juin 1995 en vertu de l'ancien article 25.

3. La demande de la Commission renvoie aux anciens articles 44 et 48, ainsi qu'à la déclaration britannique 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 6 de la Convention.

4. A la suite de l'entrée en vigueur du Protocole n^o 11 à la Convention le 1^{er} novembre 1998, et conformément à l'article 5 § 4 dudit Protocole, lu en combinaison avec les articles 100 § 1 et 24 § 6 du règlement de la Cour (« le règlement »), un collège de la Grande Chambre a décidé le 14 janvier 1999 que l'affaire serait examinée par une chambre constituée au sein de l'une des sections de la Cour.

5. Conformément à l'article 52 § 1 du règlement, 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 pour compléter la chambre étaient M. P. Kūris, M^{me} F. Tulkens, M. W. Fuhrmann, M. K. Jungwiert et M^{me} H.S. Greve (article 26 § 1 b) du règlement).

A la suite du déport de Sir Nicolas Bratza, qui avait participé à l'examen de l'affaire par la Commission (article 28 du règlement), le gouvernement britannique («le Gouvernement») a désigné Sir John Laws pour siéger en qualité de juge *ad hoc* (articles 27 § 2 de la Convention et 29 § 1 du règlement).

6. En vertu de l'article 59 § 2 du règlement, la chambre a décidé, le 8 juin 1999, de tenir une audience, qui s'est déroulée en public le 28 septembre 1999 au Palais des Droits de l'Homme à Strasbourg.

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M^{me} S. LANGRISH, ministère des Affaires étrangères
et du Commonwealth, *agent*,
Sir Sidney KENTRIDGE *QC*,
MM. D. ANDERSON *QC*, *conseils*,
G. ROWLAND *QC*, *Attorney-General* de Guernesey,
R. CLAYTON, ministère de l'Intérieur,
P. JENKINS, *Lord Chancellor's Department*,
M^{me} C. DAVIDSON, *Lord Chancellor's Department*,
M. M. BIRT *QC*, *Attorney-General* de Jersey,
M^{me} M. GRAY, *conseillers* ;

– *pour le requérant*

M. B. EMMERSON,
M^{me} J. SIMOR, *conseils*,
M. R.A. PERROT, *avocat*.

La Cour a entendu en leurs déclarations M. Emmerson et Sir Sidney Kentridge.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

A. Le contexte relatif à l'aménagement du territoire

7. En 1982, le requérant acheta les serres à vigne Calais Vinery (Calais Lane, Saint-Martin). Dans les années qui suivirent, il déposa un certain

nombre de demandes de permis de construire pour pouvoir résider sur son terrain. Ces demandes furent toutes rejetées, et la *Royal Court* le débouta de son appel en juillet 1984. En 1986 ou 1987, il s'installa dans un hangar d'emballage transformé, situé sur son terrain.

8. En 1988, le requérant, par le biais d'un avocat, présenta des observations lors d'une enquête publique ayant pour objet d'étudier le projet de plan d'aménagement détaillé n° 6 (*Detailed Development Plan no. 6*, «le DDP n° 6»). Dans son rapport au président de la Commission d'aménagement de l'île (*Island Development Committee*, «l'IDC»), l'inspecteur exposa les arguments de l'avocat du requérant et ceux de l'avocat de l'IDC, et conclut qu'une habitation sur le terrain du requérant constituerait une intrusion dans l'arrière-pays agricole et horticole. Il était favorable au projet de l'IDC consistant à déclarer le terrain comme faisant partie d'une zone réservée à l'agriculture, où l'aménagement serait globalement interdit.

9. Le 22 mai 1990, le président de l'IDC présenta le DDP n° 6, encore à l'état de projet, au président des *States of Deliberation*, l'organe législatif de l'île.

10. Les 27 et 28 juin 1990, les *States of Deliberation*, présidés par M. Graham Dorey, bailli adjoint, examinèrent et adoptèrent le DDP n° 6. Le zonage du terrain du requérant ne fut pas modifié.

11. Le 11 juillet 1991, une demande rétroactive de permis de construire en vue de la transformation en logement de l'entrepôt d'emballage fut rejetée par l'IDC, celle-ci étant liée par le DDP n° 6 en vertu duquel le terrain en question faisait partie d'une zone aménagée de serres où la construction de type résidentiel était interdite.

12. Le 27 mars 1992, le requérant fut condamné par la *Magistrates' Court* après avoir plaidé coupable d'avoir modifié sans autorisation l'usage de l'entrepôt, enfreignant ainsi l'article 14 § 1 a) de la loi de 1966 sur l'aménagement de l'île de Guernesey (*Island Development (Guernsey) Law 1966*, «la loi de 1966»). Il fut condamné à verser une amende de 100 livres sterling, assortie d'une contrainte par corps d'une durée de dix jours.

13. Le 15 février 1993, l'IDC, s'appuyant sur l'article 37 § 1 h) de la loi de 1966, demanda l'autorisation de procéder aux travaux nécessaires pour remédier à cette atteinte à la législation en matière d'aménagement. Le 25 février 1993, devant l'*Ordinary Court*, le bailli adjoint ajourna l'examen de la demande. Du reste, il refusait de connaître du litige au motif qu'il avait eu affaire au requérant lorsqu'il occupait les fonctions de procureur de Sa Majesté (*Her Majesty's Procurer*).

14. Le 18 mai 1993, l'IDC rejeta une nouvelle demande d'autorisation déposée au nom du requérant et tendant à ce qu'il fût permis à celui-ci de continuer à résider dans l'entrepôt; le 20 mai 1993, le bailli repoussa une demande visant à faire suspendre la mise en œuvre de la procédure prévue

à l'article 37 § 1 h). Le 25 juin 1993, la *Royal Court*, composée du bailli et de trois jurats, fit droit à la demande de l'IDC au titre de la disposition précitée.

B. Les faits de la cause

15. Le 10 août 1993, le représentant actuel du requérant sollicita officiellement et au nom du requérant l'autorisation de changer l'entrepôt d'utilisation et de continuer à l'occuper jusqu'à ce qu'il soit statué sur un appel probable contre un refus prévisible. Le 26 octobre 1994, l'IDC rejeta la demande dans les termes suivants :

«Je vous informe que (...) la Commission a rejeté votre proposition au motif suivant, fondé sur les éléments qu'elle est tenue de prendre en compte en vertu de l'article 17 des lois de 1966-1990 sur l'aménagement de l'île de Guernesey [*Island Development (Guernsey) Laws 1966-1990*] :

a) Plan d'aménagement détaillé n° 6, tel qu'approuvé par les *States*.

Le terrain fait partie d'une zone aménagée de serres et la déclaration de principe écrite de la Commission ne prévoit pas le type d'aménagement sollicité. Je vous adresse ci-joint, pour information, copie de la déclaration de principe écrite (...)»

16. Le 6 juin 1995, la *Royal Court*, composée du bailli de l'époque, Sir Graham Dorey, et de sept jurats, examina l'appel du requérant. Tout en reconnaissant que la déclaration écrite limitait l'aménagement de la zone aux serres, le représentant du requérant fit valoir qu'il existait toutefois en l'espèce des motifs justifiant l'autorisation de modifier l'usage: l'apparence extérieure du bâtiment demeurerait inchangée et l'utilisation horticole des terres ne subirait aucun préjudice, si bien qu'il était abusif pour l'IDC d'adopter un point de vue indûment restrictif quant à ce qu'il y avait lieu d'autoriser dans le cadre du DDP. Le bailli résuma ensuite les griefs du requérant aux jurats, les informant qu'en dernière analyse la preuve incombait à l'IDC, qui devait les convaincre que sa décision était raisonnable. L'appel fut rejeté à l'unanimité. La décision expose les moyens d'appel, mais n'est pas motivée.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

17. La Cour a été invitée à consulter un document officiel récent portant sur la Constitution de Guernesey en général. Il s'agit des Principes directeurs des *States of Guernsey* en matière administrative et comptable, publiés en 1991 comme ouvrage de référence et de bonne pratique destiné à informer et orienter les fonctionnaires. Ce document contient des avant-propos de Sir Charles Frossard, alors bailli et président des *States*, ainsi que de M. F.N. Le Cheminant, *States Supervisor*.

La section consacrée à la Constitution et au droit de Guernesey est tirée d'un livret rédigé par un ancien bailli; la partie traitant plus spécialement du statut du bailli est ainsi libellée :

« Le bailli est le premier citoyen et le premier représentant de l'île.

Le bailli est nommé par lettres patentes du Souverain revêtues du sceau du Royaume [*Great Seal of the Realm*]. Il exerce ses fonctions « pour la durée qu'il plaira à Sa Majesté » [*during Her Majesty's Pleasure*], étant entendu que l'âge de la retraite est fixé à soixante-dix ans. Il préside les *States of Election*, les *States of Deliberation*, la *Royal Court* et la Cour d'appel [*Court of Appeal*]; il est le chef de l'administration.

En tant que président des *States of Deliberation*, le bailli est habilité à s'exprimer sur toute question; il ne vote pas, sauf s'il y a partage égal des suffrages des membres, auquel cas il a voix prépondérante. En règle générale, le bailli utilise ce droit de parole de telle sorte que les questions sur lesquelles les *States* sont irrésolus fassent l'objet d'une nouvelle étude. A la demande des commissions, il propose des mesures aux *States*, mais peut aussi de sa propre initiative soumettre toute question à l'assemblée.

Le bailli constitue avec le lieutenant-gouverneur un intermédiaire entre, d'une part, le Conseil privé [*Privy Council*] et le ministre de l'Intérieur et, d'autre part, les autorités de l'île. Pour un certain nombre de questions, il est appelé, en tant que chef de l'administration de l'île, à donner des orientations aux autorités de l'île.

La création de la Commission consultative et des finances, commission de coordination dotée de pouvoirs consultatifs, a déchargé le bailli de certaines de ses responsabilités administratives, mais il peut, de sa propre initiative, saisir les *States* de toute question qu'il a d'abord déférée à la Commission, sous réserve qu'il donne à celle-ci la possibilité de faire connaître son point de vue aux *States*.

Si le bailli est chargé de préparer les questions à soumettre aux *States*, il ne peut refuser de soulever un problème devant ceux-ci lorsque les parlementaires ou les commissions des *States* le lui demandent. L'assemblée consulte le bailli sur les questions touchant à la Constitution de l'île.

Lors de l'élaboration de textes législatifs concernant l'île ou de débats résultant des communications du Conseil privé ou du ministre de l'Intérieur, le bailli est tenu de défendre les positions de l'île dans les affaires constitutionnelles.

Dans l'hypothèse de divergences entre la Couronne et les *States*, il incombe traditionnellement au bailli de présenter les vues de la population de l'île.»

18. Le bailli est le premier magistrat de la *Royal Court*. De nos jours, il occupe généralement les fonctions de *Her Majesty's Comptroller*, *Her Majesty's Procureur (Solicitor-General, Attorney-General* respectivement) et, depuis 1970, de bailli adjoint, avant de devenir bailli. Dans le cadre de ses fonctions judiciaires, le bailli est un magistrat professionnel (les jurats sont quant à eux non professionnels) au sein de la *Royal Court*, et préside de plein droit la Cour d'appel de Guernesey. Dans le cadre de ses fonctions non judiciaires, le bailli préside les *States of Election*, les *States of Deliberation*, ainsi que quatre commissions des *States* (Commission des nominations, Conseil de crise, Commission de la législation et Commission du règlement), et contribue aux échanges entre les autorités de l'île et le

gouvernement du Royaume-Uni et le Conseil privé. Lorsque le bailli assume une présidence dans le cadre de ses fonctions non judiciaires, il ne vote pas sauf s'il y a partage égal des suffrages, auquel cas il a voix prépondérante.

19. Les *States of Election* pouvoient par élection aux postes qui se trouvent vacants parmi ceux des douze jurats. Les jurats siègent à la *Royal Court* en tant que membres non professionnels. Leur fonction consiste à trancher les points de fait dont ils sont saisis et à décider s'il y a lieu d'accueillir un appel. Par ailleurs, ils sont membres de certaines commissions des *States*, soit parce que le mandat d'une commission requiert l'élection d'un jurat, soit en raison de compétences ou d'intérêts personnels. Toutefois, les jurats ne peuvent faire partie de la Commission des affaires intérieures, de la Commission de réglementation du jeu, ni d'aucune autre commission des *States* chargée de faire appliquer une législation dont les dispositions prévoient contre les décisions de celle-ci un droit de recours auprès de la *Royal Court*.

20. Les *States of Deliberation* exercent leur pouvoir législatif à Guernesey par voie de lois et d'ordonnances. Dans la pratique, un «billet d'Etat» est déposé devant les *States*, généralement par une commission. Après leur adoption par les *States of Deliberation*, les projets de loi sont examinés minutieusement par le ministère de l'Intérieur et d'autres ministères concernés du gouvernement du Royaume-Uni, avant d'être soumis au Conseil privé à Londres en vue d'obtenir l'agrément royal. Les ordonnances, qui ne requièrent pas l'approbation royale, sont prises en vertu des compétences limitées des *States of Deliberation* issues de la *common law* ou des pouvoirs délégués aux *States* par la législation de Guernesey ou les lois du parlement britannique applicables à l'île.

21. Les membres des *States of Deliberation* ne sont pas divisés en groupes politiques; ils sont élus à titre individuel et votent sur toute question en leur âme et conscience. Ils sont tous sur un pied d'égalité, et la durée des discours et des débats en général n'est pas limitée. Les *States* doivent se réunir douze fois par année civile. Les sessions durent d'habitude un ou deux jours.

22. Les commissions des *States* assurent l'administration de Guernesey. Il y a environ cinquante commissions, auxquelles des tâches administratives précises sont assignées par une loi ou déléguées par les *States of Deliberation*. Chaque commission est directement responsable devant les *States of Deliberation*.

23. Aucune commission n'a prépondérance sur les autres, encore que la Commission consultative et des finances soit la principale. Celle-ci supervise les questions relatives au Trésor et examine l'ensemble des propositions et rapports qui seront soumis aux *States of Deliberation*. Les commissions ont chacune à leur tête un chef ou un directeur et bénéficient de l'assistance d'un service comptant quelque 1 800 fonctionnaires.

24. La Commission des nominations, l'une des commissions des *States*, est chargée de pourvoir certains postes vacants de fonctionnaires. A quelques exceptions près, elle nomme les hauts fonctionnaires de grade 8, voire au-delà. Les fonctions en question sont celles de *States Supervisor* et d'autres hauts fonctionnaires comme le personnel médical de haut rang, le directeur de la prison et le chef de la police. La Commission n'a jamais nommé de directeur de l'IDC. Dans les dix années écoulées avant le 31 décembre 1998, la Commission des nominations s'est réunie à vingt-quatre reprises.

25. Le Conseil de crise est habilité à décréter l'état d'urgence, à prendre des mesures d'exception lorsque la population ou une partie substantielle de celle-ci risque d'être privée des éléments indispensables à la vie, et à prendre d'autres dispositions essentielles en cas d'agression par une puissance étrangère. Il s'est réuni trois fois au cours des dix dernières années. A aucune de ces occasions l'état d'urgence n'a été décrété.

26. La Commission de la législation, qui se réunit environ une fois par mois, examine et révisé les projets de loi, examine et prépare les ordonnances et, dans certains cas, décide de l'entrée en vigueur d'une ordonnance en attendant son examen par les *States of Deliberation*. Elle a usé de cette prérogative à seize reprises au cours des dix dernières années.

27. La Commission du règlement veille à ce que les séances des *States of Deliberation* se tiennent conformément au règlement, reçoit les observations des *States* et formule les siennes à l'attention de ceux-ci en vue de la modification du règlement. Elle s'est réunie vingt-cinq fois au cours des quinze dernières années.

28. Dans les échanges entre, d'une part, les autorités de l'île et, d'autre part, le gouvernement britannique et le Conseil privé, le rôle du bailli tire son origine de la fonction traditionnelle de celui-ci consistant à défendre les positions des habitants de l'île auprès de la Couronne. Le bailli présente les points de vue d'une commission des *States* hors de l'île lorsqu'il y est spécifiquement invité et en vertu d'un mandat précis. Les observations sont généralement formulées au nom des petites commissions. Cette fonction est illustrée par le rôle qu'a joué le bailli en négociant le montant des frais de scolarité à la charge des étudiants de Guernesey qui fréquentent des établissements d'enseignement supérieur au Royaume-Uni, et en demandant au gouvernement de veiller à ce que l'aéroport d'Heathrow réserve des créneaux horaires aux avions en provenance d'aéroports régionaux comme celui de Guernesey.

29. Le *States Supervisor*, président de la Commission consultative et des finances, est le premier conseiller politique de celle-ci et le chef de la fonction publique de Guernesey. Il est en relation avec d'autres hauts fonctionnaires au sujet de l'ensemble des propositions législatives et autres questions administratives importantes soumises par les

différentes commissions aux *States of Deliberation*, et présente ses commentaires en vue des discussions de la Commission consultative et des finances. Par ailleurs, il conseille les présidents des autres commissions et, le cas échéant, assiste aux réunions de celles-ci.

30. L'article 14 § 1 a) de la loi de 1966 sur l'aménagement de l'île de Guernesey dispose :

«Nul ne peut, sans l'autorisation écrite de la Commission, procéder à l'aménagement d'un terrain.»

Aux termes de l'article 17, alinéa a) :

«Dans l'exercice de ses prérogatives découlant de l'article qui précède, la Commission prend en considération tout plan stratégique et global approuvé par les *States* et tout plan d'aménagement détaillé ayant reçu pareille approbation.»

31. Dans l'affaire *Bordeaux Vineries Ltd v. States Board of Administration* (4 août 1993), une objection fut soulevée du fait que le bailli siégeait à la *Royal Court* dans une action intentée contre la Commission de l'administration (*States Board of Administration*), l'une des principales commissions des *States*. La Cour d'appel releva que le bailli de l'époque avait estimé en première instance que :

«Au regard de la situation constitutionnelle (...) c'est d'abord envers la Couronne que je m'oblige en toutes choses, et je n'embrasse pas la cause des *States* (...) La question de ma voix prépondérante a été soulevée (...) Le vote doit être émis dans le respect de la Constitution. Je traduisais cette exigence en votant contre toute proposition au sein des *States* et n'envisageais d'autre option que si un tel vote était contraire à ce que me dictait ma conscience.»

S'agissant de l'existence d'un appel formé auprès de la Cour d'appel, celle-ci a observé que :

«la décision sur le moyen selon lequel le bailli (...) ne peut connaître d'une affaire en raison d'un intérêt personnel appartient au premier chef au bailli lui-même (...) Une telle décision est susceptible d'appel auprès de cette Cour.»

Quant à la participation du bailli, la Cour d'appel a estimé que :

«La loi confère au bailli des attributions au sein de la *Royal Court* et des *States*. Du fait de cette double fonction, il est parfois amené à prendre part à l'exercice par la Cour de sa compétence sur les *States*. Je ne pense pas qu'en pareille situation, les responsabilités du bailli au sein des *States* le rendent incapable de remplir ses obligations au sein de cette Cour. Il est à même de s'acquitter convenablement des deux responsabilités, car bien qu'il soit membre des *States*, sa position particulière au sein de cette assemblée implique qu'il n'est responsable ni des décisions des *States* ni des actes de leurs services (...)»

PROCÉDURE DEVANT LA COMMISSION

32. M. McGonnell a introduit sa requête auprès de la Commission le 29 juin 1995.

33. La Commission a déclaré la requête (n° 28488/95) partiellement recevable le 22 janvier 1998. Dans son rapport du 20 octobre 1998 (ancien article 31 de la Convention)¹, elle conclut, par vingt-cinq voix contre cinq, qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

CONCLUSIONS PRÉSENTÉES À LA COUR PAR LE GOUVERNEMENT

34. La principale observation écrite du Gouvernement consistait à dire que la requête devait être déclarée irrecevable en application de l'article 35 de la Convention. A titre subsidiaire, le Gouvernement soutenait qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

35. Dans ses observations orales, le Gouvernement a affirmé que les faits dont le requérant tirait grief n'emportaient pas violation de l'article 6 de la Convention. Dans ses observations finales, il a argué que la situation constitutionnelle du bailli aurait pu faire l'objet d'un recours, qui n'a pas été mis en œuvre.

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 § 1 DE LA CONVENTION

36. Le requérant prétend n'avoir pas bénéficié des garanties de l'article 6 § 1 de la Convention lorsque son affaire a été entendue par la *Royal Court* de Guernesey le 6 juin 1995. La disposition pertinente de l'article 6 se lit comme suit :

« 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 (...) »

37. Le Gouvernement conteste ce grief. La Commission l'a retenu.

A. Sur l'exception préliminaire du Gouvernement

Non-épuisement allégué des voies de recours internes

38. Le Gouvernement affirme que le grief selon lequel la *Royal Court* a manqué d'indépendance et d'impartialité dans l'affaire du requérant

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

devrait être déclaré irrecevable pour non-épuisement des voies de recours internes, en application de l'article 35 de la Convention, ainsi libellé :

« 1. La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus, et dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive. »

Selon le Gouvernement, il était loisible au requérant d'interjeter appel auprès de la Cour d'appel de Guernesey pour objecter à tout manque d'indépendance et d'impartialité de la *Royal Court*. Il renvoie à l'affaire *Bordeaux Vineries Ltd v. States Board of Administration* (paragraphe 31 ci-dessus), dans laquelle la Cour d'appel a estimé qu'était susceptible d'appel une décision du bailli portant sur le point de savoir s'il devait être exclu de l'examen d'une affaire en raison d'un intérêt personnel. Le Gouvernement observe que la Cour européenne a indubitablement la compétence de déclarer une requête irrecevable pour non-épuisement des voies de recours internes même si la Commission a rejeté les arguments en ce sens. Il affirme qu'il n'y a aucune raison que l'exercice de ce pouvoir soit lié par le fait que la Commission a examiné ce point de manière approfondie.

39. Le requérant soutient que le Gouvernement se trouve forcé à soulever l'exception de non-épuisement, notamment parce qu'il a indiqué, s'agissant de la décision de recevabilité de la Commission, que « le Gouvernement admet qu'il n'était pas possible au requérant, à un degré raisonnable, de soumettre ses griefs à une autre autorité ». Il estime qu'en tout état de cause aucun recours interne ne lui était ouvert, car en l'affaire *Bordeaux Vineries* il avait été décidé que les fonctions de président des *States* exercées par le bailli n'empêchaient pas celui-ci de connaître des actions dirigées contre les *States*.

40. La Cour relève que les observations du Gouvernement n'ont pas été formulées devant la Commission. Elles se heurtent donc à forclusion (voir, parmi beaucoup d'autres, l'arrêt *Vasilescu c. Roumanie* du 22 mai 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-III, p. 1074, § 34).

B. Sur l'applicabilité de l'article 6

41. Les parties conviennent que l'article 6 § 1 de la Convention est applicable à la présente procédure, ce que confirme la Cour.

C. Renonciation

42. Le Gouvernement affirme que, lorsqu'un requérant représenté en justice a omis de soulever une exception auprès d'une juridiction alors qu'il en a eu la possibilité, il faut considérer – même si la requête est

recevable – qu’il a renoncé à son droit de remettre en cause l’indépendance et l’impartialité de ladite juridiction.

43. Le requérant soutient que les arguments du Gouvernement ne font que reprendre ses observations relatives au non-épuisement des voies de recours internes, et qu’ils doivent être rejetés pour la même raison. Il estime qu’en tout état de cause le Gouvernement n’a nullement établi qu’il y ait eu renonciation.

44. La Cour rappelle qu’au sujet d’un grief relatif à l’absence d’audience publique dans une action civile, elle a estimé que « pareille renonciation doit être non équivoque et ne se heurter à aucun intérêt public important » (arrêt *Håkansson et Sturesson c. Suède* du 21 février 1990, série A n° 171-A, p. 20, § 66). En l’espèce, il n’y a eu aucune renonciation explicite. Comme dans l’affaire *Håkansson et Sturesson*, il faut rechercher s’il y a eu renonciation tacite. La réponse à la question de savoir si le requérant aurait dû soumettre son grief soit au bailli lors de l’audience du 6 juin 1995, soit en interjetant appel auprès de la Cour d’appel, dépend de ce qui était raisonnable vu les circonstances de l’espèce. Dans l’appréciation de cet élément, la Cour observe tout d’abord que, dans l’affaire *Bordeaux Vineries* évoquée par le Gouvernement, la Cour d’appel a estimé qu’il n’y avait aucun conflit structurel entre les fonctions du bailli au sein de la *Royal Court* et au sein des *States of Deliberation*.

Ensuite, la Cour relève que l’argument relatif à la renonciation a été invoqué pour la première fois devant la Cour: il n’a pas été présenté devant la Commission, ni avant ni après sa décision sur la recevabilité.

45. Etant donné qu’en l’affaire *Bordeaux Vineries* la Cour d’appel a clairement affirmé que les fonctions constitutionnelles du bailli au sein des *States* n’entamaient pas son indépendance judiciaire, et compte tenu du fait que la récusation n’a pas été demandée par le requérant lors des procédures internes et, qui plus est, n’a été mentionnée par le Gouvernement qu’à un stade avancé de la procédure devant les organes de la Convention, la Cour estime que la non-récusation du bailli de Guernesey par le requérant ne saurait être considérée comme déraisonnable, ni constituer une renonciation tacite à son droit d’être entendu par un tribunal indépendant et impartial.

D. Sur l’observation de l’article 6 § 1

46. Evoquant les attributions non judiciaires du bailli, le requérant fait valoir qu’il en résulte des liens si étroits entre la charge de magistrat occupée par le bailli et les fonctions législatives et exécutives, que le bailli ne bénéficie plus de l’indépendance et de l’impartialité requises par l’article 6 de la Convention. Pour illustrer cette situation, le requérant

mentionne trois points qui n'ont pas été abordés devant la Commission : le fait que le bailli soit invariablement recruté au poste d'*Attorney-General*, le fait qu'il assume la fonction de lieutenant-gouverneur de l'île lorsque cette charge est vacante, et le fait que le bailli ayant siégé en l'espèce ait également présidé les *States of Deliberation* lors de l'adoption du DDP n° 6, à savoir précisément l'acte en cause dans l'affaire postérieure du requérant. Le requérant affirme par ailleurs que l'arrêt de la *Royal Court* est insuffisamment motivé.

47. Le Gouvernement rappelle que la Convention n'exige pas l'observation d'une théorie particulière en matière de séparation des pouvoirs. Il soutient que si le bailli occupe un certain nombre de charges sur l'île, cette situation ne saurait susciter, chez un habitant de Guernesey raisonnablement éclairé, une crainte légitime quant à un manque d'indépendance ou d'impartialité, car les postes en question n'impliquent pas une participation véritable aux fonctions législatives ou exécutives. Il souligne en particulier que, lorsque le bailli préside les *States of Deliberation* ou l'une des quatre commissions des *States* dont il fait partie, cette contribution n'est pas celle d'un membre actif, mais d'un arbitre indépendant veillant au bon déroulement des travaux sans y intervenir ni exprimer son approbation ou sa désapprobation au sujet des questions débattues. S'agissant des motifs de l'arrêt de la *Royal Court*, le Gouvernement estime que le résumé fait par le bailli, combiné avec la décision des jurats, est suffisamment motivé pour se concilier avec l'article 6 de la Convention.

48. La Cour rappelle que, dans son arrêt *Findlay c. Royaume-Uni* (arrêt du 25 février 1997, *Recueil* 1997-I, p. 281, § 73), elle a dit que :

« pour établir si un tribunal peut passer pour « indépendant », il faut prendre en compte, notamment, le mode de désignation et la durée du mandat de ses membres, l'existence d'une protection contre les pressions extérieures et le point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance (...)

Quant à la condition d'« impartialité », elle revêt deux aspects. Il faut d'abord que le tribunal ne manifeste subjectivement aucun parti pris ni préjugé personnel. Ensuite, le tribunal doit être objectivement impartial, c'est-à-dire offrir des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime (...)

Les notions d'indépendance et d'impartialité objective [sont] étroitement liées (...)

49. Dans la présente cause également, les notions d'indépendance et d'impartialité objective sont étroitement liées; aussi la Cour les examinera-t-elle conjointement.

50. La Cour relève d'emblée qu'en l'espèce aucun élément ne laisse penser qu'en juin 1995 le bailli ait manifesté un parti pris ou un préjugé subjectif en connaissant de l'appel du requérant en matière d'aménagement du territoire. Le requérant n'allègue pas que la participation du bailli, en qualité de bailli adjoint, à l'adoption du DDP

n° 6 en 1990 ait fait naître chez lui un véritable préjugé : il relève qu'il est impossible de vérifier si un préjugé existait effectivement de par les différentes fonctions occupées par le bailli, mais il ne prétend pas que ce dernier ait manifesté un préjugé ou un parti pris subjectif.

51. La Cour reconnaît avec le Gouvernement que ni l'article 6 ni aucune autre disposition de la Convention n'exigent des Etats qu'ils se conforment à des concepts constitutionnels en tant que tels. Dans toute affaire, il faut se demander si les exigences de la Convention sont satisfaites. Le cas d'espèce ne commande donc pas l'application d'une théorie particulière de droit constitutionnel à la situation de Guernesey : la Cour est simplement confrontée à la question de savoir si le bailli possédait l'« apparence » d'indépendance et l'impartialité « objective » requises.

52. A cet égard, la Cour relève que les fonctions de bailli ne se bornent pas au domaine judiciaire, puisqu'il prend également une part active à des fonctions non judiciaires sur l'île. La Cour ne souscrit pas à l'analyse du Gouvernement selon laquelle, lorsque le bailli agit dans le cadre de compétences non judiciaires, il ne fait qu'occuper des postes sans exercer de fonctions : même un rôle constitutionnel purement protocolaire est à considérer comme une « fonction ». La Cour se doit de déterminer si les fonctions remplies par le bailli dans le cadre de ses compétences non judiciaires étaient ou non compatibles avec les exigences de l'article 6 relatives à l'indépendance et à l'impartialité.

53. La Cour observe qu'en l'espèce le bailli a personnellement pris part aux questions d'aménagement qui sont au cœur de l'affaire du requérant, et ce à deux reprises : la première fois en 1990, lorsqu'en tant que bailli adjoint il présidait les *States of Deliberation* au moment de l'adoption du DDP n° 6 ; la seconde fois le 6 juin 1995, lorsqu'il présidait la *Royal Court*, qui statuait sur l'appel du requérant en matière d'aménagement du territoire.

54. La Cour rappelle que dans l'affaire Procola c. Luxembourg quatre des cinq membres du Conseil d'Etat avaient cumulé des attributions consultatives et judiciaires dans la même cause (arrêt du 28 septembre 1995, série A n° 326, p. 16, § 45).

55. Le rôle du bailli dans la présente affaire offre certaines similitudes avec la situation des membres du Conseil d'Etat dans l'affaire Procola. Tout d'abord, ni dans un cas ni dans l'autre ne furent exprimés des doutes durant la procédure interne quant au rôle de l'organe litigieux. Ensuite, et plus précisément, il se trouve dans les deux affaires qu'un membre ou des membres de la juridiction ayant statué avaient pris une part active et officielle à l'élaboration du règlement en question. Ainsi que la Cour l'a relevé plus haut, les fonctions constitutionnelles non judiciaires du bailli ne sauraient être considérées comme purement protocolaires. S'agissant plus particulière-

ment du fait qu'il ait présidé comme bailli adjoint les *States of Deliberation* en 1990, la Cour estime que toute participation directe à l'adoption de textes législatifs ou réglementaires peut suffire à jeter le doute sur l'impartialité judiciaire d'une personne amenée ultérieurement à trancher un différend sur le point de savoir s'il existe des motifs justifiant que l'on s'écarte du libellé des textes législatifs ou réglementaires en question. En l'espèce, outre le fait qu'il assumait la présidence, le bailli adjoint avait voix prépondérante en cas de partage égal des voix; or, comme l'a indiqué le bailli en cause dans l'affaire *Bordeaux Vineries*, rien ne l'obligeait à utiliser cette voix prépondérante contre une proposition au sein des *States* si un tel vote était contraire à ce que lui dictait sa conscience (paragraphe 31 ci-dessus). De plus, ce sont précisément les *States of Deliberation* de Guernesey qui ont adopté la réglementation en litige. On peut donc considérer que cet organe a contribué de façon plus directe à l'existence de ces règlements que le collège consultatif du Conseil d'Etat aux dispositions en cause dans l'affaire Procola (arrêt précité, p. 12, § 25).

56. La Cour relève également que, dans l'affaire De Haan, le juge présidant la commission de recours était appelé à connaître d'une opposition dirigée contre une décision dont il était lui-même responsable. Dans cette affaire, malgré l'absence de préjugés ou de préventions de la part du juge, la Cour avait estimé que les craintes du requérant quant à la participation du juge étaient objectivement justifiées (arrêt De Haan c. Pays-Bas du 26 août 1997, *Recueil* 1997-IV, pp. 1392-1393, §§ 50-51).

57. La Cour estime par conséquent que le simple fait que le bailli adjoint ait présidé les *States of Deliberation* lors de l'adoption du DDP n° 6 en 1990 est susceptible d'inspirer des doutes quant à son impartialité lorsqu'il a ultérieurement été amené à trancher, comme unique juge du droit, l'appel du requérant en matière d'aménagement du territoire. Le requérant était donc fondé à craindre que le bailli ait pu être influencé par sa participation antérieure à l'adoption du DDP n° 6. Ce doute en lui-même, quelle que soit la légèreté de sa justification, suffit à altérer l'impartialité de la *Royal Court*. Il n'est donc pas nécessaire que la Cour examine les autres aspects du grief.

58. En conséquence, il y a eu violation de l'article 6 § 1.

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

59. 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. Dommages

60. Le requérant prie la Cour de lui octroyer une «somme juste et appropriée à titre d'indemnisation». Dans une lettre antérieure, il indiquait la somme de 50 000 livres sterling (GBP). Le Gouvernement considère qu'il n'y a aucune raison d'accorder un montant pour préjudice matériel ou moral.

61. La Cour estime que le constat d'une violation fournit en soi une satisfaction équitable suffisante pour le dommage moral que le requérant aurait pu subir. Aucune demande particulière n'a été formulée pour préjudice matériel, et la Cour n'en aperçoit aucun.

B. Frais et dépens

62. Le requérant a produit des factures d'un montant total de 20 913,90 GBP (taxe sur la valeur ajoutée non comprise). Le Gouvernement n'a présenté aucune observation sur ces factures.

63. La Cour octroie au requérant la somme de 20 913,90 GBP, plus tout montant pouvant être dû au titre de la taxe sur la valeur ajoutée.

C. Intérêts moratoires

64. Selon les informations dont dispose la Cour, le taux d'intérêt légal applicable en Angleterre et au pays de Galles à la date d'adoption du présent arrêt est de 7,5 % l'an.

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 6 § 1 de la Convention;
3. *Dit*
 - a) que l'Etat défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois, pour frais et dépens, 20 913,90 GBP (vingt mille neuf cent treize livres sterling quatre-vingt-dix pence), plus tout montant pouvant être dû au titre de la taxe sur la valeur ajoutée;
 - b) que ce montant sera à majorer d'un intérêt simple de 7,5 % l'an à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement;
4. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 8 février 2000, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

S. DOLLÉ
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 concordante de Sir John Laws.

J.-P.C.
S.D.

OPINION CONCORDANTE DE Sir John LAWS, JUGE

(Traduction)

J'ajouterai quelques remarques personnelles, simplement pour souligner que, vu les faits de l'espèce, le seul motif objectif pour lequel on puisse légitimement constater une violation de l'article 6 § 1 tient à mon avis exclusivement au fait que le bailli, qui présidait la *Royal Court* lors de la procédure à l'origine de cette affaire, avait également présidé (comme bailli adjoint) les *States of Deliberation* en 1990, durant l'adoption du DDP n° 6. C'est sur cette idée que repose le raisonnement exposé au paragraphe 57 de l'arrêt, dont j'approuve sans réserve les termes.

S'il était jugé défendable (en référence éventuellement au raisonnement du paragraphe 52) qu'une violation pût être constatée sur un fondement plus large, eu égard aux rôles multiples du bailli, j'exprimerais mon ferme désaccord avec un tel point de vue. Puisqu'il n'est question d'aucun parti pris véritable, notre tâche quant à l'article 6 § 1 consiste à déterminer si un observateur avisé – un homme ordinaire mais pleinement averti et n'ayant aucun intérêt personnel dans l'affaire – aurait des motifs objectifs de craindre que la *Royal Court* manque d'indépendance et d'impartialité. Il est clair à mon sens que hormis la coïncidence voulant que le bailli ait présidé les *States* en 1990 et la *Royal Court* en 1995, ces motifs objectifs n'existent pas.

STEFANELLI c. SAINT-MARIN
(Requête n° 35396/97)

DEUXIÈME SECTION

ARRÊT DU 8 FÉVRIER 2000¹

1. Texte français original.

SOMMAIRE¹**Absence d'audience devant le magistrat appelé à statuer dans le cadre d'une procédure pénale****Article 6 § 1**

Procès oral – Procédure pénale – Absence d'audience devant le magistrat appelé à statuer dans le cadre d'une procédure pénale

*
* *

Dans le cadre d'une procédure liée à la commercialisation illicite de produits dont l'instruction fut confiée à un Commissaire pour la loi (*Commissario della Legge*), la requérante fut interrogée et arrêtée. Le Commissaire pour la loi tint des audiences publiques afin de procéder à l'audition de témoins. Sans tenir d'audience publique et sans voir la requérante, le juge de première instance condamna la requérante à plus de quatre ans de prison assortis d'une mesure de sûreté du contrôle en raison de sa dangerosité. La requérante interjeta appel de ce jugement. Le même Commissaire pour la loi conduisit l'instruction en appel. Le juge d'appel confirma la condamnation de la requérante tout en réduisant la peine.

Article 6 § 1: si des audiences consacrées à l'audition des témoins ont bien eu lieu en première instance et auraient pu se tenir en appel à la demande de la requérante, cependant, en première instance, ces audiences se sont tenues devant le Commissaire pour la loi qui n'a que des fonctions d'instruction et il en aurait été de même en appel. Ainsi, la procédure s'est déroulée sans audience en première instance et en appel devant le magistrat au fond appelé à statuer, et ce, en application du droit en vigueur.

Conclusion : violation (unanimité).

Article 41: la Cour alloue une certaine somme à la requérante en réparation de son préjudice moral, ainsi qu'une somme au titre des frais et dépens.

Jurisprudence citée par la Cour

Serre c. France, n° 29718/96, 29 septembre 1999, non publié

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

En l'affaire Stefanelli c. Saint-Marin,

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

MM. C.L. ROZAKIS, *président*,

M. FISCHBACH,

L. FERRARI BRAVO,

G. BONELLO,

M^{me} V. STRÁŽNICKÁ,

MM. A.B. BAKA,

E. LEVITS, *juges*,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 27 janvier 2000,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 35396/97) dirigée contre la République de Saint-Marin et dont une ressortissante de cet Etat, M^{me} Sylviane Stefanelli («la requérante»), avait saisi la Commission européenne des Droits de l'Homme («la Commission») le 13 janvier 1997, en vertu de l'ancien article 25 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales («la Convention»). La requérante est représentée par M^c A. Selva, avocat à Saint-Marin, et le gouvernement saint-marinais («le Gouvernement») est représenté par son coagent, M. G. Ceccoli.

Sous l'angle de l'article 6 §§ 1 et 3 de la Convention, la requérante se plaignait du manque d'impartialité d'une procédure pénale ouverte à son encontre du fait que la même personne avait conduit l'instruction en première instance et en appel, que le magistrat du parquet n'aurait pas été nommé conformément au droit interne, et, enfin, du fait de l'absence d'audience publique en première instance et en appel.

2. Le 21 octobre 1998, la Commission (première chambre) a décidé de porter la requête à la connaissance du Gouvernement, en l'invitant à présenter par écrit des observations sur sa recevabilité et son bien-fondé.

3. A la suite de l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 à la Convention le 1^{er} novembre 1998, et conformément à l'article 5 § 2 de celui-ci, l'affaire a été examinée par la Cour.

Le Gouvernement a présenté ses observations le 12 février 1999 et la requérante y a répondu le 15 mars 1999.

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. L. Ferrari Bravo, juge élu au titre de

Saint-Marin (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. G. Bonello, M^{mc} V. Strážnická, M. A.B. Baka et M. E. Levits (article 26 § 1 b) du règlement).

5. Le 1^{er} juin 1999, la chambre a déclaré la requête recevable quant au grief tiré de l'absence d'audience publique en première instance et en appel; elle a déclaré la requête irrecevable pour le surplus¹.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

6. La requérante est une ressortissante saint-marinaise, née en 1950 et résidant en République de Saint-Marin. Elle est employée.

7. Le 24 février 1992, le parquet de Bologne (Italie) demanda par commission rogatoire au tribunal de Saint-Marin de perquisitionner le bureau de la requérante. Celle-ci était soupçonnée d'infractions liées à la commercialisation illicite de lait à usage zootechnique.

8. L'autorité judiciaire saint-marinaise décida d'ouvrir ses propres investigations et l'enquête fut confiée au Commissaire pour la loi (*Commissario della Legge*), E. Le 28 février 1992, la requérante fut interrogée et arrêtée.

9. Le 2 avril 1993, le Conseil des XII nomma M^{mc} Z. en tant que procureur du fisc (parquet). N'ayant pu exercer ses fonctions pour cause d'incompatibilité, elle fut remplacée le 15 avril 1993 par M. S. Selon la requérante, le procureur du fisc aurait dû être nommé par le Conseil Grand et Général et non par le Conseil des XII.

10. Le 15 décembre 1993, le Commissaire pour la loi déposa les charges finales. Après l'examen des témoins et le dépôt des mémoires des défenseurs, le dossier fut remis à M. G., juge de première instance. Des audiences publiques consacrées à l'audition de témoins eurent lieu les 19, 20 et 25 avril, et 3 et 4 mai 1994. Elles se tinrent devant le Commissaire pour la loi.

11. Le 19 juin 1996, le juge de première instance prononça son jugement sans tenir d'audience publique ni voir la prévenue. Il condamna celle-ci à quatre ans et six mois d'emprisonnement. Il décida aussi qu'il s'agissait d'un sujet dangereux et ordonna à titre de mesure de sûreté le placement sous contrôle judiciaire.

1. *Note du greffe*: la décision de la Cour est disponible au greffe.

12. La requérante interjeta appel et déposa ses moyens le 12 août 1996. L'instruction en appel fut menée par le Commissaire pour la loi E., qui s'était chargé de l'instruction en première instance.

13. Le 17 septembre 1996, la requérante introduisit un recours pour alléguer la violation des principes fondamentaux du droit interne et de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Le 26 septembre, elle déposa un mémoire.

14. Le 31 octobre 1996, M. N., juge d'appel (*Giudice delle Appellazioni penali*) prononça l'arrêt définitif en appel, qui fut rendu public le 18 novembre 1996. Dans sa décision, le juge rejeta la demande dénonçant une violation des principes fondamentaux, car le législateur avait déjà modifié la législation litigieuse en novembre 1992, et il lui appartenait de décider de l'application ou non de la réforme aux procédures pendantes ou, comme il l'avait décidé, seulement aux nouvelles procédures. Quant au fond, le juge confirma la condamnation mais ramena la peine à trois ans d'emprisonnement. En outre, il annula la déclaration de dangerosité et la mesure de sûreté.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

15. Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 83 du 28 octobre 1992, concernant la réorganisation des organes judiciaires, de nouvelles règles régissent le procès pénal. Toutefois, en ce qui concerne la tenue des audiences, ladite loi de 1992 n'apporte aucun changement au régime antérieur.

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 § 1 DE LA CONVENTION

16. La requérante se plaint de l'absence d'audience publique devant les juridictions du fond en première instance et en appel. Elle allègue une violation de l'article 6 § 1 de la Convention, ainsi libellé :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) publiquement (...), par un tribunal (...) qui décidera (...) du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. »

La requérante note que les juridictions du fond ne pouvaient pas tenir d'audience publique dans l'examen de son cas et que, par conséquent, elles ont statué après une procédure écrite et sans l'entendre. En outre, l'affaire ayant été traitée selon la procédure ordinaire en vigueur jusqu'à la réforme du 28 octobre 1992 (paragraphe 15 ci-dessus), la prévenue n'avait pas la possibilité de demander au juge du fond une audience publique ou la répétition des actes d'instruction. La requérante rappelle aussi qu'en droit saint-marinais le juge d'appel a la possibilité de réexaminer l'ensemble de l'affaire et, si l'appel est interjeté par le procureur du fisc, d'aggraver la condamnation.

17. Le Gouvernement observe que le droit saint-marinais, même dans le texte en vigueur à l'époque des faits, prévoit qu'en première instance il y ait une audience publique pour l'audition des témoins, au cours de laquelle le prévenu a le droit d'interroger ceux-ci. Cette audience se déroule devant le Commissaire pour la loi.

Au sujet de la procédure d'appel, après avoir rappelé la « nécessité » que les garanties de l'article 6 s'appliquent aussi aux procédures d'appel, le Gouvernement affirme que l'absence d'audience publique en appel peut être justifiée par l'existence de particularités de nature à expliquer le refus d'une audience. Dans son argumentation, le Gouvernement s'appuie sur les arrêts Jan-Åke Andersson et Fejde c. Suède (arrêts du 29 octobre 1991, série A n^{os} 212-B et 212-C). Quant au cas d'espèce, le Gouvernement rappelle que l'avocat de la requérante avait la possibilité de demander sa propre comparution et celle de sa cliente, ainsi qu'une nouvelle audition des témoins. De ce fait, l'on ne pourrait pas conclure à une violation du principe du contradictoire, car la requérante n'aurait pas demandé d'audition et aurait ainsi renoncé implicitement à son droit. Par conséquent, la procédure d'appel aurait été équitable même si le droit saint-marinais ne prévoit pas d'audience publique.

En conclusion, il n'y aurait pas violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

18. Eu égard aux arguments qui lui ont été soumis, la Cour estime d'abord utile de préciser qu'en l'espèce sa tâche ne consiste qu'à vérifier si le Gouvernement a garanti à la requérante la possibilité d'un examen de son affaire en audience publique.

19. La Cour rappelle que la publicité des débats judiciaires constitue un principe fondamental consacré par l'article 6 § 1 de la Convention. Elle protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public et constitue ainsi l'un des moyens de contribuer à préserver la confiance dans les tribunaux. Par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice, elle aide à atteindre le but de l'article 6 § 1, à savoir le procès équitable, dont la garantie compte parmi les principes de toute société démocratique (voir, en dernier lieu, l'arrêt *Serre c. France*, n^o 29718/96, § 21, 29 septembre 1999, non publié).

20. Dans le cas d'espèce, des audiences consacrées à l'audition des témoins ont eu lieu en première instance et, comme indiqué par le Gouvernement, auraient pu se tenir aussi en appel si la requérante l'avait demandé. Néanmoins, la Cour observe que ladite procédure orale ne se serait pas déroulée devant le magistrat appelé à statuer (M. G. en première instance et M. N. en appel, voir les paragraphes 10 et 14 ci-dessus), mais devant le Commissaire pour la loi E. (paragraphes 10 et 12 ci-dessus) qui n'a exercé que des fonctions d'instruction de l'affaire. La procédure devant le magistrat du fond s'est déroulée sans audience publique en première instance et en appel.

21. Quoique le Gouvernement ne l'ait pas invoqué, la Cour rappelle qu'aux termes de la seconde phrase de l'article 6 § 1, l'accès de la salle d'audience peut, dans certaines circonstances, être interdit à la presse et au public. La Cour constate que l'absence d'audience ne tire pas son origine d'une décision du juge, mais d'une application du droit en vigueur. Toutefois, eu égard aux faits de l'espèce et aux manquements reprochés à la requérante, la Cour est d'avis qu'aucun des cas de figure énumérés par cette disposition ne trouvait à s'appliquer.

22. Dès lors, la Cour considère qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention en ce que la cause de la requérante n'a pas été entendue publiquement par les juridictions saisies de son affaire.

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

23. 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

24. La requérante demande 25 000 euros (EUR) pour le préjudice moral résultant de la violation alléguée de l'article 6 § 1 de la Convention.

25. Le Gouvernement n'a fait aucun commentaire.

26. La Cour juge que la requérante a subi un tort moral certain. Eu égard aux circonstances de la cause, elle décide de lui octroyer de ce chef la somme de 10 000 000 liras italiennes (ITL).

B. Frais et dépens

27. L'intéressée sollicite également le remboursement de 25 000 EUR pour frais encourus pour la procédure devant la Commission et la Cour.

28. Le Gouvernement n'a déposé aucun commentaire.

29. Selon la jurisprudence de la Cour, un requérant ne peut obtenir le remboursement de ses frais et dépens que dans la mesure où se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux (voir, par exemple, l'arrêt *Bottazzi c. Italie* [GC], n° 34884/97, § 30, CEDH 1999-V). En l'espèce, compte tenu des éléments en sa possession et des critères susmentionnés, la Cour estime raisonnable la somme de 9 000 000 ITL pour frais et dépens.

C. Intérêts moratoires

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

PAR CES MOTIFS, LA COUR, À L'UNANIMITÉ,

1. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention;
2. *Dit*
 - a) que l'Etat défendeur doit verser à la requérante, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, 10 000 000 ITL (dix millions de liras italiennes) pour préjudice moral et 9 000 000 ITL (neuf millions de liras italiennes) pour frais et dépens;
 - b) que ces montants seront à majorer d'un intérêt simple de 2,5 % l'an à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement;
3. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 8 février 2000, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Erik FRIBERGH
Greffier

Christos ROZAKIS
Président

STEFANELLI v. SAN MARINO
(*Application no. 35396/97*)

SECOND SECTION

JUDGMENT OF 8 FEBRUARY 2000¹

1. Translation; original French.

SUMMARY¹**Lack of a hearing before the trial or appellate judge in criminal proceedings****Article 6 § 1**

Oral proceedings – Criminal proceedings – Lack of a hearing before the trial or appellate judge in criminal proceedings

*
* *

The applicant was arrested and questioned in connection with proceedings concerning the illegal sale of products. The investigation was conducted by the investigating judge (*Commissario della Legge*). The investigating judge held public hearings so that the witnesses could give evidence. Without holding a public hearing and in the applicant's absence, the trial judge at first instance sentenced the applicant to more than four years' imprisonment and imposed a security measure on the ground that she was dangerous. The applicant appealed against that judgment. The same investigating judge conducted the investigation at the appellate stage. The appeal court judge upheld the applicant's conviction but reduced her sentence.

Held

Article 6 § 1: Although hearings at which evidence was taken from the witnesses were held at first instance and could also have been held on appeal if the applicant had so requested, the hearings had taken place at first instance before the investigating judge, whose only role was to investigate the case. The same would have applied on appeal. Thus, as a result of the application of the law in force, there was no hearing before the judge trying the case either at first instance or on appeal.

Conclusion: violation (unanimously).

Article 41: The Court awarded the applicant a certain sum for non-pecuniary damage and a sum in respect of costs and expenses.

Case-law cited by the Court

Serre v. France, no. 29718/96, 29 September 1999, unreported

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

In the case of Stefanelli v. San Marino,

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

Mr C.L. ROZAKIS, *President*,

Mr M. FISCHBACH,

Mr L. FERRARI BRAVO,

Mr G. BONELLO,

Mrs V. STRÁŽNICKÁ,

Mr A.B. BAKA,

Mr E. LEVITS, *judges*,

and Mr E. FRIBERGH, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 27 January 2000,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 35396/97) against the Republic of San Marino 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 a San Marinense national, Mrs Sylviane Stefanelli (“the applicant”), on 13 January 1997. The applicant was represented by Mr A. Selva, a lawyer practising in San Marino, and the San Marinense Government (“the Government”) were represented by their co-Agent, Mr G. Ceccoli.

The applicant complained under Article 6 §§ 1 and 3 of the Convention of the unfairness of criminal proceedings that had been brought against her on the grounds that the preparatory stages of the proceedings at both first instance and on appeal had been directed by the same person, the public prosecutor had not been appointed in accordance with domestic law and there had been no public hearing either at first instance or on appeal.

2. On 21 October 1998 the Commission (First Chamber) decided to give notice of the application to the Government and to invite them to submit observations in writing on its admissibility and merits.

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

The Government submitted their observations on 12 February 1999 and the applicant replied on 15 March 1999.

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 L. Ferrari Bravo, the judge elected in respect of San Marino (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 designated by the latter to complete the Chamber were Mr M. Fischbach, Mr G. Bonello, Mrs V. Strážnická, Mr A.B. Baka and Mr E. Levits (Rule 26 § 1 (b)).

5. On 1 June 1999 the Chamber declared the application admissible as regards the lack of a public hearing at first instance and on appeal and inadmissible as to the remainder¹.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

6. The applicant is a San Marinense national. She was born in 1950 and lives in the Republic of San Marino. She works as a clerk.

7. On 24 February 1992 the public prosecutor's office in Bologna (Italy) sent letters rogatory to the San Marino Court requesting it to carry out a search at the applicant's office. She was suspected of offences connected with the illegal sale of milk for zootechnical use.

8. The San Marinense judicial authority decided to start its own investigations and the task of making the inquiries was assigned to an investigating judge (*Commissario della Legge*), E. On 28 February 1992 the applicant was questioned and arrested.

9. On 2 April 1993 the Council of the XII appointed Mrs Z. as the public prosecutor (public prosecutor's office). As she was unable to perform her duties owing to a conflict of interest she was replaced on 15 April 1993 by Mr S. The applicant maintained that the public prosecutor should have been appointed by the General Grand Council and not by the Council of the XII.

10. On 15 December 1993 the investigating judge preferred final charges. After the witnesses had given evidence and the defence lawyers lodged their memorials, the case file was sent to Mr G., a first-instance judge. Public hearings at which witnesses gave evidence before the investigating judge were held on 19, 20 and 25 April and 3 and 4 May 1994.

11. On 19 June 1996 the first-instance judge delivered his verdict without holding a public hearing and in the accused's absence. He sentenced her to four years and six months' imprisonment. He also ruled that she was dangerous and imposed a court supervision order as a security measure.

12. The applicant appealed and lodged her grounds of appeal on 12 August 1996. The preparatory stage of the appeal was conducted by

1. *Note by the Registry*. The Court's decision is obtainable from the Registry.

the same investigating judge, E., who had led the investigation at first instance.

13. On 17 September 1996 the applicant lodged a complaint alleging a violation of fundamental principles of domestic law and of the European Convention on Human Rights. On 26 September she lodged a memorial.

14. On 31 October 1996 Mr N., a criminal appeal court judge (*Giudice delle Appellazioni penali*), delivered the final judgment of the court of appeal, which was made public on 18 November 1996. In his decision, he rejected the allegation of a violation of fundamental principles on the ground that the legislation in issue had been amended in November 1992 and it was for the legislature to decide whether or not the reform applied to pending proceedings or, as it in fact decided, only to new proceedings. The judge upheld the conviction on the merits but reduced the sentence to three years' imprisonment. He also quashed the declaration that the applicant was dangerous and the security measure.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

15. Since Law no. 83 of 28 October 1992 on the reorganisation of the judicial bodies came into force, criminal proceedings have been governed by new rules. However, the 1992 statute makes no change to the former rules governing the holding of hearings.

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 § 1 OF THE CONVENTION

16. The applicant complained of the lack of a public hearing before the trial courts at first instance and on appeal. She alleged a violation of Article 6 § 1 of the Convention, which provides:

“In the determination of ... any criminal charge against him, everyone is entitled to a ... public hearing ... by [a] ... tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.”

The applicant noted that the courts of first instance and of appeal had not been able to hold a public hearing when examining her case and, consequently, had delivered their verdicts after a written procedure and without hearing her. In addition, since the case had been dealt with under the ordinary procedure in force until the reform of 28 October 1992 (see paragraph 15 above), she had had no possibility of asking the trial court to

hold a public hearing or to repeat steps taken at the investigative stage. The applicant further pointed out that under San Marinense law the appellate court could re-examine all aspects of the case and, if the appeal was lodged by the public prosecutor's office, increase the sentence.

17. The Government observed that, even at the material time, San Marinense law provided for a public hearing at first instance for the witnesses to give evidence and afforded the accused a right to examine them at the hearing, which was held before the investigating judge.

As to the procedure on appeal, after referring to the "necessity" of applying the Article 6 guarantees to appellate proceedings also, the Government said that the absence of a public hearing on appeal could be justified by special considerations that explained why appellants were denied a hearing. The Government relied in its submissions on the *Jan-Åke Andersson and Fejde v. Sweden* judgments (29 October 1991, Series A nos. 212-B and 212-C). As to the instant case, the Government submitted that the applicant's lawyer could have asked for him and his client to be allowed to attend before the appellate court and for a further hearing of the witnesses. Accordingly, the Court was precluded from concluding that there had been a violation of the principle that proceedings must be adversarial as the applicant had not requested a hearing and had implicitly waived her right to one. Consequently, the procedure on appeal had been fair even though San Marinense law did not provide for a public hearing.

In conclusion, there had been no violation of Article 6 § 1 of the Convention.

18. Having heard the parties' submissions, the Court considers it helpful to make clear that in the instant case its task is simply to verify whether the Government guaranteed the applicant the right to have her case examined at a public hearing.

19. The Court reiterates that it is a fundamental principle enshrined in Article 6 § 1 that court hearings should be held in public. This public character protects litigants against the administration of justice without public scrutiny; it is also one of the means whereby people's confidence in the courts can be maintained. By rendering the administration of justice transparent, publicity contributes to the achievement of the aim of Article 6 § 1, namely a fair trial, the guarantee of which is one of the principles of any democratic society (see, as the most recent authority, *Serre v. France*, no. 29718/96, § 21, 29 September 1999, unreported).

20. In the instant case, the hearings at which evidence was taken from the witnesses were held at first instance and, as the Government indicated, could also have been held on appeal if the applicant had so requested. Nevertheless, the Court observes that the oral procedure would not have taken place before the judge called upon to decide the case (Mr G. at first instance and Mr N. on appeal – see paragraphs 10

and 14 above) but before the investigating judge, E. (see paragraphs 10 and 12 above), whose only role was to investigate the case. The proceedings before the trial judge took place without a public hearing either at first instance or on appeal.

21. Although the Government did not rely on this provision, the Court points out that under the second sentence of Article 6 § 1 the press and public may, in certain circumstances, be excluded from the trial. The Court notes that the fact that no hearing was held did not result from a decision by the judge but from the application of the law in force. However, having regard to the facts of the case and the applicant's alleged omissions, the Court is of the opinion that none of the sets of circumstances set out in that provision was applicable.

22. Accordingly, the Court holds that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention in that the applicant's case was not heard in public by the trial and appellate courts.

II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

23. 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

24. The applicant claimed 25,000 euros (EUR) for non-pecuniary damage arising out of the alleged violation of Article 6 § 1 of the Convention.

25. The Government did not make any observations.

26. The Court finds that the applicant undoubtedly sustained non-pecuniary damage. Having regard to the circumstances of the case, it decides to award her 10,000,000 Italian lire (ITL) under this head.

B. Costs and expenses

27. The applicant also sought EUR 25,000 for the costs she had incurred in the proceedings before the Commission and the Court.

28. The Government did not submit any observations.

29. The Court reiterates that an applicant may recover his costs and expenses only in so far as they have been actually and necessarily incurred and are reasonable as to quantum (see *Boltazzi v. Italy* [GC], no. 34884/97, § 30, ECHR 1999-V). In the instant case, having regard to the evidence

before it and the aforementioned criteria, the Court considers reasonable the sum of ITL 9,000,000 for costs and expenses.

C. Default interest

30. According to the information available to the Court, the statutory rate of interest applicable in the instant case at the date of adoption of the present judgment is 2,5% per annum.

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Holds* that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention;
2. *Holds*
 - (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months from the date on which the judgment becomes final according to Article 44 § 2 of the Convention, ITL 10,000,000 (ten million Italian lire) for non-pecuniary damage and ITL 9,000,000 (nine million Italian lire) for costs and expenses;
 - (b) that simple interest at an annual rate of 2.5% shall be payable from the expiry of the above-mentioned three months until settlement;
3. *Dismisses* the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in French, and notified in writing on 8 February 2000, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Erik FRIBERGH
Registrar

Christos ROZAKIS
President

GARCÍA MANIBARDO c. ESPAGNE
(Requête n° 38695/97)

QUATRIÈME SECTION

ARRÊT DU 15 FÉVRIER 2000¹

1. Texte français original.

SOMMAIRE¹

Refus de dispenser un appelant de l'obligation de consignation conditionnant la recevabilité de son appel alors que sa demande d'assistance judiciaire faisant état de ses difficultés financières n'avait pas été examinée

Article 6 § 1

Accès à un tribunal – Procédure civile – Refus de dispenser un appelant de l'obligation de consignation conditionnant la recevabilité de son appel alors que sa demande d'assistance judiciaire faisant état de ses difficultés financières n'avait pas été examinée – Obligation de consignation – Proportionnalité – Marge d'appréciation

*
* * *

L'époux de la requérante décéda dans un accident de la route. L'enquête pénale fit apparaître qu'il était à bord d'un véhicule conduit par M. P. et que ce dernier, également décédé dans l'accident, semblait être à l'origine de la collision. Les deux veuves et leurs enfants reçurent des indemnités des compagnies d'assurances et l'instruction se conclut par un non-lieu. Cependant, la veuve de M. P., estimant que le véhicule n'était, en réalité, pas conduit par son époux mais par celui de la requérante, déposa, devant le juge d'instance, une demande écrite de dommages et intérêts dirigée notamment contre la requérante. Celle-ci contesta oralement, mais en se référant à des documents écrits qu'elle déposa, la demande interjetée à son encontre. Dans ces écrits, la requérante demandait également à bénéficier de l'assistance judiciaire, en étayant sa demande par des considérations sur sa situation financière. Ces documents figurèrent dans un procès-verbal de comparution. Le juge d'instance estima que l'époux de la requérante était à l'origine de l'accident et condamna les héritiers de ce dernier à verser des dommages et intérêts à M^{me} P. La requérante souhaitant faire appel du jugement, le juge d'instance lui prescrivit de consigner, au préalable, la somme qu'elle avait été condamnée à verser à M^{me} P. Conformément aux dispositions légales en vigueur, l'accomplissement de cette démarche conditionnait la recevabilité de l'appel. Toutefois, le Tribunal constitutionnel avait considéré qu'un appelant pouvait en être dispensé lorsque sa situation financière l'empêchait d'y satisfaire et, notamment, lorsque cette situation avait justifié l'octroi de l'assistance judiciaire. La requérante introduisit un recours en *reposición*, en arguant de ce qu'elle se trouvait dans l'impossibilité matérielle de satisfaire à l'exigence de consignation. Se fondant sur sa situation financière «telle qu'elle figurait dans le dossier judiciaire», le juge d'instance la dispensa de cette obligation. Nonobstant cette décision, la juridiction d'appel (*Audiencia*

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

Provincial) déclara irrecevable le recours de la requérante au motif qu'elle ne s'était pas acquittée de l'obligation de consignation et fit droit aux demandes de M^{me} P. La requérante saisit alors le Tribunal constitutionnel d'un recours d'*amparo*, en signalant qu'elle n'avait pu satisfaire à l'obligation de consignation en raison de sa situation financière, comme en témoignait la demande d'assistance judiciaire qu'elle avait formulée en première instance. Par ailleurs, elle sollicita du juge d'instance l'examen de ladite demande d'assistance judiciaire déposée, sans effet, trois ans plus tôt. Le Tribunal constitutionnel rejeta le recours. Le juge d'instance accorda à la requérante le bénéfice de l'assistance judiciaire.

Article 6 § 1 : l'obligation de consignation répond au souci légitime de prévenir un encombrement excessif de la juridiction d'appel. Pour évaluer l'atteinte portée, en l'espèce, au droit d'accès à un tribunal, il convient de noter que la requérante avait déposé, par écrit, une première demande d'assistance judiciaire. L'argument du Gouvernement, selon lequel la procédure dans laquelle s'inscrivit cette démarche étant orale, les documents écrits – et partant la demande d'assistance judiciaire – étaient dépourvus de valeur juridique, n'est pas convaincant. En effet, la partie adverse avait introduit sa demande par écrit et les documents présentés par la requérante furent pris en compte dans le procès-verbal de comparution. En outre, la seconde demande d'assistance judiciaire, qu'elle formula en renvoyant à sa première demande, aboutit. Enfin, le recours en *reposición* qu'elle forma se fondait sur sa situation financière et le juge d'instance accueillit ce recours en se référant à ladite situation financière « telle qu'elle figurait dans le dossier judiciaire ». Or tant les dispositions législatives nationales que la jurisprudence démontrent qu'il est possible d'exonérer de l'obligation de consignation un justiciable auquel l'assistance judiciaire a été accordée. En l'espèce, c'est une carence du fonctionnement judiciaire qui a privé la requérante de se voir accorder cette assistance en temps utile. En déclarant irrecevable son appel pour défaut de consignation, l'*Audiencia Provincial* l'a empêchée de se prévaloir d'un recours existant et disponible entravant ainsi, de manière disproportionnée, son droit d'accès à un tribunal.

Conclusion : violation (unanimité).

Article 41 : relevant l'absence de lien de causalité entre la violation constatée et le dommage matériel allégué, la Cour rejette les prétentions de la requérante. Elle lui alloue une somme au titre des frais et dépens engagés devant le Tribunal constitutionnel et devant les organes de la Convention.

Jurisprudence citée par la Cour

Delcourt c. Belgique, arrêt du 17 janvier 1970, série A n° 11

Aircy c. Irlande, arrêt du 9 octobre 1979, série A n° 32

Hiro Balani c. Espagne, arrêt du 9 décembre 1994, série A n° 303-B

Brualla Gómez de la Torre c. Espagne, arrêt du 19 décembre 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VIII

Edificaciones March Gallego S.A. c. Espagne, arrêt du 19 février 1998, *Recueil* 1998-I

Castillo Algar c. Espagne, arrêt du 28 octobre 1998, *Recueil* 1998-VIII

En l'affaire García Manibardo c. Espagne,

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

MM. M. PELLONPÄÄ, *président*,
G. RESS,
A. PASTOR RIDRUEJO,
J. MAKARCZYK,
I. CABRAL BARRETO,
V. BUTKEVYCH,

M^{me} N. VAJIĆ, *juges*,

et de M. V. BERGER, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 27 janvier 2000,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 38695/97) dirigée contre le Royaume d'Espagne et dont une ressortissante espagnole, M^{me} Florencia García Manibardo (« la requérante »), avait saisi la Commission européenne des Droits de l'Homme (« la Commission ») le 2 septembre 1997, en vertu de l'ancien article 25 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (« la Convention »). La requérante est représentée par M^c F. Zapater Estebán, avocat au barreau de Tarragone. Le gouvernement espagnol (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M. J. Borrego Borrego, chef du service des droits de l'homme au ministère de la Justice.

La requête concerne l'allégation de l'intéressée selon laquelle il y aurait eu atteinte à son droit à un procès équitable, dans la mesure où l'*Audiencia Provincial* de Tarragone a déclaré irrecevable son appel, à la suite de la non-consignation de la somme qu'elle avait été condamnée à verser en première instance.

2. Le 20 mai 1998, la Commission (deuxième chambre) 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 celle-ci. Le Gouvernement a présenté ses observations le 3 juillet 1998, et la requérante y a répondu le 23 septembre 1998.

3. A la suite de l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 à la Convention le 1^{er} novembre 1998, l'affaire est examinée par la Cour en application de l'article 5 § 2 dudit Protocole.

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 quatrième section. La chambre constituée au sein de ladite section comprenait de plein droit M. A. Pastor Ridruejo, juge élu au titre

de l'Espagne (articles 27 § 2 de la Convention et 26 § 1 a) du règlement), et M. M. Pellonpää, président de la section (article 26 § 1 a) du règlement). Les autres membres désignés par ce dernier pour compléter la chambre étaient M. G. Ress, M. J. Makarczyk, M. I. Cabral Barreto, M. V. Butkevych et M^{mc} N. Vajić (article 26 § 1 b) du règlement).

5. Le 8 décembre 1998, la chambre a déclaré recevable le grief tiré par la requérante de l'article 6 § 1 de la Convention (équité de la procédure). Elle a déclaré la requête irrecevable pour le surplus¹.

6. Par une lettre du 31 mai 1999, la requérante a soumis ses prétentions au titre de l'article 41 de la Convention.

7. Le 15 juin 1999, la Cour a décidé de ne pas tenir d'audience dans cette affaire. Par une lettre du 2 juillet 1999, le Gouvernement a présenté ses commentaires concernant les demandes de la requérante au titre de l'article 41 de la Convention ainsi que ses observations complémentaires. La requérante a présenté les siennes le 1^{er} septembre 1999.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

8. Le 10 octobre 1990, l'époux de la requérante décéda dans un accident de la route. Un véhicule de tourisme et un camion étaient entrés en collision.

9. Une enquête pénale (*diligencias previas*) n° 1394/90 fut ouverte devant le juge d'instruction n° 1 d'Amposta. De prime abord, M. P. paraissait être le conducteur du véhicule accidenté.

10. Le 12 novembre 1990, la compagnie d'assurances de M. P. versa à la requérante, indépendamment de la procédure pénale ouverte, le montant de 18 250 000 pesetas (ESP), à titre d'indemnité pour le décès de son époux. Dans sa lettre d'acceptation datée du même jour, la requérante renonça, en son nom propre et en celui de ses quatre enfants mineurs, à toute action civile et pénale qu'elle pourrait entamer dans le cadre de l'enquête pénale en cours. Cette renonciation fut confirmée devant le juge d'instruction n° 1 d'Amposta le 22 novembre 1990.

11. Par une décision (*auto*) du 10 juin 1993, le juge d'instruction n° 1 d'Amposta déclara qu'il n'y avait plus lieu de rechercher les responsabilités pénales qui pourraient dériver de l'enquête pénale en cours.

12. Par une décision (*auto*) du 30 novembre 1993 du juge d'instruction n° 1 d'Amposta, la veuve et les enfants, mineurs, de M. P., également

1. *Note du greffe*: la décision de la Cour est disponible au greffe.

décédé dans l'accident et conducteur présumé du véhicule accidenté, se virent accorder des indemnités par la compagnie d'assurances du camion entré en collision avec le véhicule en cause.

13. Trouvant insuffisante la somme qu'elle avait reçue, et estimant que ce n'était pas son époux, mais celui de la requérante qui conduisait le véhicule accidenté, M^{me} P., veuve du conducteur présumé dudit véhicule, présenta le 7 mars 1994, en son propre nom et en celui de ses deux enfants mineurs, une demande écrite en réclamation de dommages et intérêts devant le juge de première instance n° 1 d'Amposta. Son action, qui devait suivre les démarches propres aux procès oraux (*juicio verbal*), était dirigée conjointement contre les héritiers de l'époux de la requérante et du propriétaire du véhicule, également décédé dans l'accident, et la compagnie d'assurances du véhicule accidenté.

14. Le 23 juin 1994, la requérante, en son nom propre et en celui de ses enfants mineurs, représentée par un avocat qui assumait sa représentation «comme si cette dernière lui avait été attribuée à titre d'avocat d'office», contesta oralement la demande interjetée à son encontre en se référant aux «faits et motifs contenus dans le[s] document[s] joint[s]». Dans ces documents, la requérante répondait par écrit aux arguments de la partie demanderesse, et demandait à bénéficier de l'assistance judiciaire. Elle se référait à sa situation familiale, précisait le montant de ses revenus personnels qui se composaient uniquement de sa pension de réversion et des revenus de ses enfants, orphelins, et indiquait qu'elle était propriétaire d'un logement acquis avec le montant des indemnités perçues en raison du décès de son époux. Ces documents figuraient dans le procès-verbal de la comparution du 5 juillet 1994, dans les termes suivants: «considérant comme reproduits les documents joints au mémoire en réponse [de la requérante] à la demande». La compagnie d'assurances du véhicule accidenté contesta aussi oralement la demande, et soumit par écrit les documents contenant le détail des motifs.

15. Par un jugement du 20 décembre 1994, le juge d'instance n° 1 d'Amposta, estimant que le conducteur du véhicule accidenté était l'époux décédé de la requérante et non pas celui de la demanderesse, condamna solidairement les héritiers de l'époux de la requérante et la compagnie d'assurances du véhicule accidenté ainsi que, subsidiairement, les héritiers du propriétaire dudit véhicule, au paiement à M^{me} P. et à ses deux enfants de la somme de 18 millions ESP.

16. Toutes les parties firent appel de cette décision. Par une décision (*providencia*) du 16 janvier 1995, le juge d'instance n° 1 d'Amposta demanda à la requérante la consignation du montant de la condamnation fixé par le jugement d'instance, afin de présenter valablement le recours en appel, conformément à la disposition additionnelle n° 1 § 4 de la loi organique n° 3/1989 du 21 juin 1989, portant actualisation du code pénal.

17. Contre cette décision, la requérante présenta, le 25 février 1995, un recours en *reposición* auprès du juge d'instance n° 1 d'Amposta, se référant à l'impossibilité de consigner la somme sollicitée par l'*Audiencia Provincial*. Par une décision du 5 avril 1995, le recours fut déclaré recevable conformément à la jurisprudence du Tribunal constitutionnel en la matière (arrêt n° 84/1992 du 28 mai 1992), et la requérante fut dispensée de l'obligation de consigner au préalable le montant fixé. La décision prit en compte la situation familiale et économique de la requérante, «telle qu'elle figurait dans le dossier judiciaire».

18. Par un arrêt du 2 septembre 1996, l'*Audiencia Provincial* de Tarragone déclara partiellement recevable l'appel interjeté par la partie adverse, confirma le jugement d'instance, et déclara irrecevable l'appel de la requérante au motif qu'elle n'avait pas consigné la somme exigée ni démontré avoir tenté d'utiliser d'autres moyens pour satisfaire à cette obligation, comme l'aval bancaire préconisé par l'arrêt n° 30/1994 du Tribunal constitutionnel en date du 27 janvier 1994. Concernant la recevabilité de l'appel par le juge *a quo*, qui avait dispensé la requérante de l'obligation de consignation, l'*Audiencia Provincial* précisa que les motifs d'irrecevabilité devenaient des motifs de rejet lorsqu'un recours, qui aurait dû être déclaré irrecevable, était malgré tout examiné.

19. Le 23 décembre 1996, la requérante saisit le Tribunal constitutionnel d'un recours d'*amparo* sur le fondement du droit à l'équité de la procédure et du principe de non-discrimination en raison du fait qu'aucune consignation n'était exigée de la partie adverse, alors qu'elle était aussi demanderesse en appel. La requérante précisa qu'elle avait demandé à bénéficier de l'assistance judiciaire en première instance, et que sa situation économique et familiale l'avait empêchée de consigner le montant exigé pour interjeter appel.

20. Entre-temps, par une décision (*providencia*) du 30 décembre 1996, le juge d'instance d'Amposta ordonna, dans le cadre de l'exécution de l'arrêt de l'*Audiencia Provincial* de Tarragone, la saisie des biens de la requérante et de la compagnie d'assurances du véhicule accidenté, pour faire face au paiement des indemnités accordées à M^{me} P.

21. Le 7 janvier 1997, la requérante présenta un écrit devant le juge d'instance n° 1 d'Amposta sollicitant l'examen de la demande d'assistance judiciaire faite le 23 juin 1994, dans le cadre de son mémoire en réponse à la demande présentée par M^{me} P. devant le juge d'instance n° 1 d'Amposta, et le sursis de la procédure d'exécution, jusqu'à ce que la décision du Tribunal constitutionnel dans le cadre du recours d'*amparo* introduit le 23 décembre 1996 soit rendue. Le 16 janvier 1997, le juge décida de donner suite à l'examen de la demande de la requérante.

22. Par une décision du 10 mars 1997, le Tribunal constitutionnel rejeta le recours d'*amparo* présenté par la requérante comme étant

dépourvu de base constitutionnelle. La décision précisa que l'irrecevabilité de l'appel interjeté par la requérante était dûment motivée, répondait de façon raisonnable aux arguments juridiques de la requérante, et était intervenue à la suite d'une procédure contradictoire respectant toutes les garanties procédurales. Par ailleurs, concernant la violation alléguée du principe de non-discrimination, la haute juridiction constata que les situations d'une personne condamnée civilement et de celle qui a obtenu gain de cause n'étaient pas comparables.

23. La requérante obtint le bénéfice de l'assistance judiciaire par une décision du 15 avril 1997 du juge d'instance n° 1 d'Amposta. Cette décision ne fit l'objet d'aucun appel.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

A. Le code de procédure civile (dispositions relatives à l'assistance judiciaire)

24. Les dispositions du code de procédure civile relatives à l'assistance judiciaire (avant l'entrée en vigueur de la loi n° 1/1996 du 10 janvier 1996) se lisent comme suit :

Article 20

« La reconnaissance du droit d'ester en justice gratuitement sera demandée au juge ou tribunal qui est ou sera chargé du procès ou acte de juridiction volontaire pour lequel la demande est faite (...) »

Article 22

« La demande sera considérée comme une procédure rattachée au procès principal et sera examinée de façon séparée selon les démarches propres aux procès oraux, avec audition des autres parties et de l'avocat de l'Etat. »

Article 23

« La demande et la procédure y afférente n'entraînent pas suspension du procès principal, à moins que toutes les parties n'en fassent la requête (...) »

Article 30

« Les personnes qui, en vertu d'une disposition légale ou d'une déclaration de justice, bénéficient de l'assistance judiciaire auront droit à :

(...)

3° être exemptées de la consignation des montants nécessaires pour l'introduction de tout recours. (...) »

Article 32

«Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire pour une procédure déterminée s'étend à l'ensemble des démarches et recours dans le cadre de ladite procédure, mais ne peut pas être utilisé pour une autre procédure.»

Article 42

«Le bénéficiaire de la déclaration de justice gratuite pourra être défendu par l'avocat ou l'avoué de son choix si ceux-ci en acceptent la charge. Dans le cas contraire, un conseil lui sera désigné d'office.»

Article 730

«La comparution a lieu le jour fixé, devant le juge et le greffier.

Les parties exposent, par ordre, leurs prétentions et ce qu'elles estiment pertinent à la défense de leur cause. Ensuite, les moyens de preuve pertinents sont admis, et les documents sont versés au dossier judiciaire.

(...)

A cette comparution pourront assister, avec les intéressés et en vue de parler en leur nom, la personne qu'ils auront choisie et qui devra être un avocat ou avoué en activité.

(...)»

B. La loi n° 1/1996 du 10 janvier 1996 portant sur l'assistance judiciaire

25. La loi n° 1/1996 du 10 janvier 1996 prévoit, dans sa disposition transitoire n° 1 :

«Les demandes d'assistance judiciaire présentées avant l'entrée en vigueur de la loi n° 1/1996 se conformeront à la législation applicable au moment de la présentation de ladite demande.»

C. La loi organique n° 3/1989 du 21 juin 1989 portant actualisation du code pénal (applicable aux procédures civiles en réclamation de dommages et intérêts à raison des préjudices causés par les véhicules à moteur)

26. La loi organique n° 3/1989 du 21 juin 1989 dispose, au paragraphe 4 de sa clause additionnelle n° 1, ce qui suit :

«Pour le dépôt d'un recours en appel contre une décision qui met un terme aux procès faisant l'objet de la présente disposition, la personne condamnée au paiement des indemnités devra démontrer avoir consigné (...) le montant de la condamnation infligée augmentée des intérêts et charges exigibles.»

D. La jurisprudence du Tribunal constitutionnel

27. Dans son arrêt n° 84/1992 du 28 mai 1992, le Tribunal constitutionnel nota que, même si une possibilité de redressement devait être permise, le paiement ou la consignation préalable à l'introduction du recours était une condition, non pas de pure forme, mais essentielle à la présentation du recours en appel. Toutefois, l'exigence légale de consignation pourrait, dans certains cas, porter atteinte au droit à une protection effective des justiciables par les cours et tribunaux, ce qui donnerait lieu à des situations d'absence de défense en empêchant le condamné d'interjeter appel. Le Tribunal constitutionnel se référa à la nécessité de tenir compte de la situation économique du condamné, obligeant le juge à examiner chaque cas, et permettant même l'inapplication d'une disposition légale qui serait, dans un autre cas, impérative.

28. Dans son arrêt n° 30/1994 du 27 janvier 1994, en matière de droit du travail, le Tribunal constitutionnel, soutenant que l'obligation de consignation était une condition indispensable pour la recevabilité du recours, précisa « (...) à moins que le requérant ait été admis au bénéfice de l'assistance judiciaire, permettant, au lieu de cela, la consignation au moyen d'un aval bancaire (...) ».

29. Dans son arrêt n° 187/1992 du 28 mai 1992, rendu en réponse à une question de constitutionnalité posée par l'*Audiencia Provincial* de Murcie, le Tribunal constitutionnel se référa, de la même façon, au cas où le requérant n'aurait pas été admis au bénéfice de l'assistance judiciaire, mais se trouverait en situation de redressement ou d'insolvabilité.

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 § 1 DE LA CONVENTION

30. La requérante dénonce le fait que l'*Audiencia Provincial* de Tarragone a déclaré irrecevable son appel, en raison de la non-consignation de la somme qu'elle avait été condamnée à verser en première instance, alors qu'aucune décision d'octroi ou de refus de l'assistance judiciaire n'avait été prise. Elle allègue une 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 (...) qui décidera (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...) »

A. Arguments des parties

1. La requérante

31. La requérante souligne qu'elle a demandé en temps voulu et en bonne et due forme à être admise au bénéfice de l'assistance judiciaire devant le juge d'instance d'Amposta et soutient que, s'il y a eu faute, celle-ci est imputable exclusivement à ce dernier, qui était légalement tenu d'assurer le suivi de la demande. Par ailleurs, la requérante fait valoir que, lors de la présentation orale de ses allégations en réponse à la demande présentée par la partie adverse, l'avocat qui assumait sa représentation «comme si cette dernière lui avait été attribuée à titre d'avocat d'office» se référerait aux documents joints parmi lesquels figurait sa demande d'être admise au bénéfice de l'assistance judiciaire; elle précise que furent considérés «comme reproduits, les documents joints au mémoire en réponse [de la requérante] à la demande». Elle insiste sur ce que l'article 730 du code de procédure civile n'interdit pas la présentation par écrit des demandes, allégations en réponse ou autres allégations dans le cadre des procès oraux et que, en tout état de cause, tant la partie demanderesse que la compagnie d'assurances présentèrent par écrit et respectivement la demande et les allégations en réponse.

32. La requérante note, en outre, qu'il n'était pas nécessaire de rappeler cette demande devant l'*Audiencia Provincial* de Tarragone puisque cette dernière disposait, au moment de l'appel, de la totalité du dossier judiciaire, et que l'écrit du 7 janvier 1997 se limitait à réitérer la demande faite auparavant. Le juge d'instance n° 1 d'Amposta avait, par ailleurs, dispensé la requérante de l'obligation de consigner, tenant compte de sa situation familiale et économique, «telle qu'elle figurait dans le dossier judiciaire». Elle souligne qu'elle avait exposé devant chacune des juridictions saisies sa situation économique et familiale, et fait valoir devant le Tribunal constitutionnel qu'elle avait demandé à être admise au bénéfice de l'assistance judiciaire. Par ailleurs, la requérante précise avoir obtenu l'assistance en question le 15 avril 1997, après la fin de la procédure interne.

33. Elle considère que, s'il y a eu faute, celle-ci est imputable exclusivement au juge d'instance d'Amposta qui était légalement tenu d'assurer le suivi de la demande d'assistance judiciaire. Elle estime donc que le rejet de son recours en appel pour absence de consignation, alors que sa demande d'assistance judiciaire n'avait pas été examinée pour une raison qui ne lui est pas imputable, constitue une violation du droit à un procès équitable.

2. Le Gouvernement

34. Pour sa part, le Gouvernement insiste sur le fait que la prétendue demande d'assistance judiciaire présentée devant le juge d'instance

d'Amposta n'était pas valable dans la mesure où la procédure civile entamée à l'encontre de la requérante devait suivre la marche propre aux procès oraux, et les allégations en réponse à la demande devaient, par conséquent, se faire oralement. Il soutient donc que les documents écrits étaient dépourvus de valeur juridique. Il concède que la requérante, lors de sa première comparution, se réfère à certains documents qui furent versés au dossier, et dans lesquels figurait certes sa demande d'être admise au bénéfice de l'assistance judiciaire. Toutefois, selon le Gouvernement, ces documents étaient dépourvus de toute valeur procédurale en vertu de l'article 730 du code de procédure civile.

35. Le Gouvernement souligne que la requérante a été assistée par des conseils de son choix tout au long du litige. Il note cependant que, pas une seule fois durant le déroulement de la procédure au principal, les conseils de la requérante ne se sont préoccupés de s'enquérir de l'issue de la demande d'assistance judiciaire. Par ailleurs, la requérante ne se réfère pas non plus à cette demande dans son appel devant l'*Audiencia Provincial*, ladite demande n'ayant été correctement introduite que le 7 janvier 1997, dans le cadre de la procédure en exécution de l'arrêt rendu en appel. Le Gouvernement estime qu'il n'y a donc pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

B. Appréciation de la Cour

36. La Cour rappelle d'emblée sa jurisprudence constante selon laquelle elle n'a pas pour tâche de se substituer aux juridictions internes. C'est au premier chef aux autorités nationales, notamment aux cours et tribunaux, qu'il incombe d'interpréter la législation interne (voir, *mutatis mutandis*, les arrêts Brualla Gómez de la Torre c. Espagne du 19 décembre 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VIII, p. 2955, § 31, et Edificaciones March Gallego S.A. c. Espagne du 19 février 1998, *Recueil* 1998-I, p. 290, § 33). Par ailleurs, le «droit à un tribunal», dont le droit d'accès constitue un aspect particulier, n'est pas absolu et se prête à des limitations implicitement admises, notamment quant aux conditions de recevabilité d'un recours, car il appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat, lequel jouit à cet égard d'une certaine marge d'appréciation. Toutefois, ces limitations ne sauraient restreindre l'accès ouvert à un justiciable de manière ou à un point tels que son droit à un tribunal s'en trouve atteint dans sa substance même; enfin, elles ne se concilient avec l'article 6 § 1 que si elles tendent à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (voir, parmi d'autres, l'arrêt Edificaciones March Gallego S.A. précité, p. 290, § 34).

37. En l'espèce, l'irrecevabilité de l'appel de la requérante résultait du paragraphe 4 de la disposition additionnelle n° 1 de la loi organique n° 3/

1989 du 21 juin 1989 portant actualisation du code pénal (paragraphe 26 ci-dessus).

38. La Cour estime légitime le but poursuivi par ce devoir de consignation : éviter un encombrement excessif du rôle de la juridiction d'appel. Encore faut-il que l'irrecevabilité du recours n'ait pas porté atteinte à la substance même du droit de la requérante à un « tribunal » au sens de l'article 6 § 1.

39. La Cour rappelle que l'article 6 de la Convention n'astreint pas les Etats contractants à créer des cours d'appel ou de cassation (voir, parmi d'autres, l'arrêt Delcourt c. Belgique du 17 janvier 1970, série A n° 11, pp. 13-15, §§ 25-26). Cependant, si de telles juridictions existent, les garanties de l'article 6 doivent être respectées, notamment en ce qu'il assure aux plaideurs un droit effectif d'accès aux tribunaux pour les décisions relatives à leurs « droits et obligations de caractère civil ».

40. La Cour note qu'en l'espèce, la requérante avait demandé l'assistance judiciaire en 1994, dans le cadre de ses allégations en réponse à la demande que la partie adverse avait introduite à son encontre.

41. La Cour n'est pas convaincue par l'argument du Gouvernement selon lequel, dans la mesure où la procédure civile entamée à l'encontre de la requérante devait suivre la procédure propre aux procès oraux, les documents écrits étaient dépourvus de valeur juridique. La Cour relève, d'une part, que la demande de la partie adverse avait été introduite aussi par écrit, et que les documents présentés par la requérante, dont la demande d'assistance judiciaire, avaient été pris en compte dans le procès-verbal de comparution et, d'autre part, que lorsque la requérante réitéra sa demande d'assistance judiciaire en 1997, elle le fit sur la base de celle déposée en 1994, et l'assistance en question lui fut alors accordée. Par ailleurs, la Cour rappelle que le recours en *reposición* présenté par la requérante auprès du juge d'instance n° 1 d'Amposta, se référant à l'impossibilité de faire face au montant de la consignation sollicitée par l'*Audiencia Provincial*, fut déclaré recevable, et que la requérante fut dispensée de l'obligation de consigner préalablement le montant fixé, sur la base de sa situation familiale et économique, « telle qu'elle figurait dans le dossier judiciaire ».

42. La Cour rappelle à ce sujet que tant l'article 30, 3^o, du code de procédure civile en vigueur au moment des faits que la jurisprudence constitutionnelle en la matière permettent de tenir compte de la situation économique de l'intéressé et, en particulier, de l'exonérer de l'obligation de consigner lorsqu'il s'est vu accorder l'assistance judiciaire. En l'espèce, la requérante ne se vit pas accorder, en temps utile, ladite assistance, en raison d'une négligence qui, commise par un organe judiciaire, ne lui était donc pas imputable, alors qu'elle réunissait *a priori* les conditions pour être admise au bénéfice de cette assistance, comme cela fut confirmé ultérieurement.

43. Or la Convention a pour but de protéger des droits, non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs (arrêt Airey c. Irlande du 9 octobre 1979, série A n° 32, pp. 12-14, § 24). Dans les circonstances de la cause, l'appel présenté par la requérante a été déclaré irrecevable pour défaut de consignation du montant exigé, ce qui l'a privée d'une voie de recours qui aurait pu se révéler décisive pour l'issue du litige.

44. En l'espèce, l'irrecevabilité de l'appel présenté par la requérante résultait de l'obligation légale, sauf pour les bénéficiaires de l'assistance judiciaire, de consignation, auprès de l'*Audiencia Provincial*, d'un certain montant (celui de l'indemnité perçue) comme condition préalable à l'introduction formelle d'un appel.

45. La Cour estime qu'en l'obligeant à consigner le montant de la condamnation, l'*Audiencia Provincial* a empêché la requérante de se prévaloir d'un recours existant et disponible, de sorte que celle-ci a subi une entrave disproportionnée à son droit d'accès à un tribunal. Par conséquent, il y a eu violation de l'article 6 § 1.

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

46. 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 matériel

47. La requérante demande au Gouvernement d'assumer *ad cautelam* les conséquences découlant d'une éventuelle action que la compagnie d'assurances pourrait intenter contre elle tendant à récupérer la somme qui lui fut versée (18 250 000 pesetas (ESP)), son époux décédé étant considéré comme le conducteur du véhicule sinistré. Elle précise que le délai prescrit par le code civil pour une telle action est de quatre ans à partir, en l'espèce, du 2 septembre 1996, date de l'arrêt rendu par l'*Audiencia Provincial* de Tarragone.

48. Selon le Gouvernement, le préjudice matériel allégué par la requérante est étranger à l'objet de la requête, dans la mesure où le montant de l'indemnisation en cause fut perçu dans un cadre non judiciaire et ne fut pas discuté dans le cadre de la procédure civile faisant l'objet de la présente requête.

49. La Cour, avec le Gouvernement, ne voit aucun lien de causalité entre la violation constatée et le préjudice matériel allégué. Elle rejette donc les prétentions de la requérante à ce titre.

B. Frais et dépens

50. La requérante réclame 520 572 ESP pour frais et dépens devant le Tribunal constitutionnel et devant les organes de la Convention.

51. Le Gouvernement estime que le remboursement des frais et dépens doit se limiter à ceux exposés devant les organes de la Convention.

52. La Cour observe qu'elle a déjà accordé des sommes réclamées au titre d'honoraires d'avocat devant le Tribunal constitutionnel espagnol (voir, par exemple, les arrêts Hiro Balani c. Espagne du 9 décembre 1994, série A n° 303-B, p. 31, §§ 32-33, et Castillo Algar c. Espagne du 28 octobre 1998, *Recueil* 1998-VIII, p. 3118, §§ 53, 54 et 57). Par ailleurs, elle estime raisonnable le montant réclamé, et décide de l'allouer à la requérante.

C. Intérêts moratoires

53. Selon les informations dont dispose la Cour, le taux d'intérêt légal applicable en Espagne à la date d'adoption du présent arrêt était de 4,25 % l'an.

PAR CES MOTIFS, LA COUR, À L'UNANIMITÉ,

1. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention;
2. *Dit*
 - a) que l'Etat défendeur doit verser à la requérante, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt est devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, 520 572 ESP (cinq cent vingt mille cinq cent soixante-douze pesetas) pour frais et dépens;
 - b) que ce montant sera à majorer d'un intérêt simple de 4,25 % l'an à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement;
3. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 15 février 2000, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Vincent BERGER
Greffier

Matti PELLONPÄÄ
Président

GARCÍA MANIBARDO v. SPAIN
(Application no. 38695/97)

FOURTH SECTION

JUDGMENT OF 15 FEBRUARY 2000¹

1. Translation: original French.

SUMMARY¹

Refusal to exempt an appellant from an obligation to deposit monies as a condition precedent to lodging an appeal despite the fact that her application for legal aid, in which her financial difficulties were set out, had not been considered

Article 6 § 1

Access to a court – Civil proceedings – Refusal to exempt an appellant from an obligation to deposit monies as a condition precedent to lodging an appeal despite the fact that her application for legal aid, in which her financial difficulties were set out, had not been considered – Obligation to deposit monies – Proportionality – Margin of appreciation

*

* *

The applicant's husband was killed in a road-traffic accident. In the criminal investigation it initially appeared that he had been in a car driven by a Mr P. and that Mr P., who was also killed in the accident, had caused the accident. The two widows and their children received compensation from the insurers and the criminal investigation was not pursued. However, Mrs P. considered that the applicant's husband, not her husband, had been the driver and made a written claim for damages on behalf of herself and her two minor children to the district judge against, *inter alia*, the applicant. The applicant orally contested the claim, but by reference to written documents which she lodged. In her written submissions, she also applied for legal aid on account of her financial situation. The documents were referred to in the record of the hearing. The district judge found that the applicant's husband had caused the accident and ordered his heirs to pay damages to Mrs P. The applicant was given permission by the district judge to appeal against that decision on condition that she first deposited the amount she had been ordered to pay to Mrs P. Under the legislation in force, her appeal was inadmissible unless she complied with that condition. However, the Constitutional Court had ruled in an earlier case that appellants could be exempted from the obligation if their financial circumstances prevented them from complying, in particular, where as a result of those circumstances they had been granted legal aid. The applicant lodged an application to have that decision set aside (*reposición*) on the ground that it was impossible for her to deposit the required sum. Taking into account the applicant's financial position "as set out in the court file" the district judge exempted her from that obligation. Notwithstanding that decision, the appellate court (*Audiencia Provincial*) declared the applicant's appeal inadmissible on the ground that she had not deposited the requisite sum and found in favour of Mrs P. The applicant lodged an *amparo* appeal with the Constitutional Court, arguing that she had been prevented by her

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

financial circumstances from depositing the amount required, as the fact that she had applied for legal aid at first instance attested. The applicant also requested the district judge to examine the application for legal aid she had made, without response, three years earlier. The Constitutional Court dismissed her appeal. The district judge granted her legal aid.

Held

Article 6 § 1: The obligation to deposit monies pursued the legitimate aim of avoiding overloading the appellate court's case list. In considering the degree of interference in the case before it with the applicant's right of access to a court, the Court noted that the applicant had made an initial application for legal aid in writing. The Government's argument that the written documents – and consequently the application for legal aid – were inadmissible since the civil proceedings against the applicant should have been conducted under the oral procedure was not persuasive, as the opposing party's claim had also been made in writing and the documents lodged by the applicant had been entered in the record of the hearing. Furthermore, the applicant's second application for legal aid, made on the basis of the first application, was granted. Lastly, her application for judgment to be set aside was based on her financial circumstances and was granted by the district judge who referred to those financial circumstances "as set out in the court file". It was possible both under domestic legislation and the case-law for litigants to be exempted from the obligation to deposit monies if they had been granted legal aid. In the case before the Court, the applicant had been deprived of legal aid in sufficient time owing to negligence on the part of a judicial body. By declaring her appeal inadmissible for failure to deposit the requisite sum, the *Audiencia Provincial* had prevented the applicant from using an existing and available remedy, thus disproportionately hindering her right of access to a court.

Conclusion: violation (unanimously).

Article 41: The Court found that there was no causal link between the violation found and the alleged pecuniary damage and dismissed the applicant's claims. It awarded her a sum in respect of costs and expenses incurred before the Constitutional Court and the Convention institutions.

Case-law cited by the Court

Delcourt v. Belgium, judgment of 17 January 1970, Series A no. 11

Airey v. Ireland, judgment of 9 October 1979, Series A no. 32

Hiro Balani v. Spain, judgment of 9 December 1994, Series A no. 303-B

Brualla Gómez de la Torre v. Spain, judgment of 19 December 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VIII

Edificaciones March Gallego S.A. v. Spain, judgment of 19 February 1998, *Reports* 1998-I

Castillo Algar v. Spain, judgment of 28 October 1998, *Reports* 1998-VIII

In the case of García Manibardo v. Spain,

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

Mr M. PELLONPÄÄ, *President*,

Mr G. RESS,

Mr A. PASTOR RIDRUEJO,

Mr J. MAKARCZYK,

Mr I. CABRAL BARRETO,

Mr V. BUTKEVYCH,

Mrs N. VAJIĆ, *judges*,

and Mr V. BERGER, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 27 January 2000,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 38695/97) against the Kingdom of Spain 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 a Spanish national, Mrs Florencia García Manibardo (“the applicant”), on 2 September 1997. The applicant was represented by Mr F. Zapater Estebán, a lawyer practising in Tarragona. The Spanish Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr J. Borrego Borrego, Head of the Human Rights Office, Ministry of Justice.

The applicant alleged a breach of her right to a fair hearing in that the Tarragona *Audiencia Provincial* had declared her appeal inadmissible owing to her failure to deposit the sum she had been ordered to pay at first instance.

2. On 20 May 1998 the Commission (Second Chamber) decided to give notice of the application to the Government and to invite them to submit written observations on its admissibility and merits. The Government submitted their observations on 3 July 1998 and the applicant replied on 23 September 1998.

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

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 Fourth Section. The Chamber constituted within that Section included *ex officio* Mr A. Pastor Ridruejo, the judge elected in respect of Spain (Article 27 § 2 of the Convention and Rule 26 § 1 (a)), and Mr M. Pellonpää,

President of the Section (Rule 26 § 1(a)). The other members designated by the latter to complete the Chamber were Mr G. Ress, Mr J. Makarczyk, Mr I. Cabral Barreto, Mr V. Butkevych and Mrs N. Vajić (Rule 26 § 1 (b)).

5. On 8 December 1998 the Chamber declared the applicant's complaint under Article 6 § 1 of the Convention (fair hearing) admissible. It declared the remainder of the application inadmissible¹.

6. In a letter of 31 May 1999 the applicant set out her claims under Article 41 of the Convention.

7. On 15 June 1999 the Court decided that no hearing was required. In a letter of 2 July 1999 the Government set out their observations on the applicant's claims under Article 41 of the Convention and on other points. The applicant replied on 1 September 1999.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

8. On 10 October 1990 the applicant's husband was killed in a road-traffic accident when a car and a lorry collided.

9. A criminal investigation (*diligencias previas* – no. 1394/90) was started before Amposta investigating judge no. 1. It appeared at first that a Mr P. was the driver of the car involved in the accident.

10. On 12 November 1990 Mr P.'s insurers paid the applicant 18,250,000 pesetas (ESP) in compensation for her husband's death, independently of the criminal investigation that was under way. In her letter of acceptance dated that day, the applicant waived for herself and her four minor children the right to make any claim in civil or criminal proceedings in connection with the pending criminal investigation. She confirmed that waiver before Amposta investigating judge no. 1 on 22 November 1990.

11. In a decision (*auto*) of 10 June 1993 Amposta investigating judge no. 1 declared that there was no longer any need to pursue the pending investigation with regard to establishing any criminal liability.

12. By a decision (*auto*) of 30 November 1993 of Amposta investigating judge no. 1, Mr P.'s widow and children (who were minors) were awarded compensation to be paid by the insurers of the lorry that had collided with the car. Mr P. had also been killed in the accident and was believed to have been the driver of the car.

13. Mrs P., the widow of the presumed driver of the car, considered the sum she had received inadequate and that it was not her husband who had been driving the car involved in the collision, but the applicant's. On

1. *Note by the Registry.* The Court's decision is obtainable from the Registry.

7 March 1994 she lodged a written application for damages on behalf of herself and her two minor children with Amposta district judge no. 1. Her action, which had to be conducted in accordance with the rules for oral proceedings (*juicio verbal*), was brought jointly against the heirs of the applicant's husband, the heirs of the owner of the car who was also killed in the accident and the insurers of the vehicle.

14. On 23 June 1994 the applicant, who was acting in her own name and on behalf of her minor children and was represented by a lawyer who accepted her instructions "on the basis that he was acting as if he had been appointed by the court", orally contested the claim against her by reference to the "facts and reasons contained in the annexed document[s]". In those documents, the applicant replied in writing to the claimant's arguments and applied for legal aid. She referred to her domestic situation, disclosed her personal income, which consisted solely of her widow's pension and the income of her children who were now without a father, and stated that she owned a home that she had purchased with the compensation received as a result of her husband's death. The documents were referred to in the record of the hearing of 5 July 1994 in the following terms: "the documents annexed to [the applicant's] memorial in reply to the claim are considered to have been produced". The insurers of the car also contested the claim and lodged written documents containing detailed submissions.

15. In a judgment of 20 December 1994 Amposta district judge no. 1 found that the driver of the car involved in the collision had been the applicant's husband, not the claimant's, and ordered the former's heirs and the vehicle insurers jointly and severally, or, in the alternative, the heirs of the owner of the vehicle, to pay Mrs P. and her two children the sum of ESP 18,000,000.

16. All the parties appealed against that decision. In a decision (*providencia*) of 16 January 1995, Amposta district judge no. 1 gave the applicant permission to appeal on condition that she deposited the amount awarded in the judgment at first instance, in accordance with supplemental section 1(4) of Basic Law no. 3/1989 of 21 June 1989 updating the Criminal Code.

17. On 25 February 1995 the applicant lodged an application with Amposta district judge no. 1 to have that decision set aside (*reposición*) on the ground that it was impossible for her to deposit the sum requested by the *Audiencia Provincial*. On 5 April 1995 the application was declared admissible in accordance with the Constitutional Court's case-law on the subject (judgment no. 84/1992 of 28 May 1992), and the applicant was exempted from the obligation to deposit the amount concerned prior to lodging the appeal. The district judge took into account the applicant's domestic and financial circumstances "as set out in the court file" in reaching his decision.

18. In a judgment of 2 September 1996 the Tarragona *Audiencia Provincial* declared the appeal lodged by the applicant's opponent partly admissible, upheld the judgment of the district judge and declared the applicant's appeal inadmissible on the ground that she had not deposited the requisite sum or shown that she had tried to find other means – such as a bank guarantee as suggested by the Constitutional Court in its judgment no. 30/1994 of 27 January 1994 – of complying with that obligation. As regards the district judge's ruling that the appeal was admissible and his decision to exempt the applicant from the obligation to deposit the monies, the *Audiencia Provincial* explained that, since the appeal had been examined even though it should have been declared inadmissible, the grounds for a finding of inadmissibility had become grounds for dismissing the appeal.

19. On 23 December 1996 the applicant lodged an *amparo* appeal with the Constitutional Court. She relied on her right to a fair hearing and on the non-discrimination principle arguing that no deposit had been demanded from her opponent despite her cross-appeal. The applicant added that she had applied for legal aid at first instance and that her financial and domestic circumstances had prevented her from depositing the amount required to lodge her appeal.

20. Meanwhile, in connection with the enforcement of the Tarragona *Audiencia Provincial's* judgment, the Amposta district judge had, by a decision (*providencia*) of 30 December 1996, ordered the seizure of the assets of the applicant and the vehicle insurers as security for the payment of the compensation awarded to Mrs P.

21. On 7 January 1997 the applicant wrote to Amposta district judge no. 1 to request that her application for legal aid made on 23 June 1994 in her memorial in reply to Mrs P.'s claim before the district judge be examined and a stay of execution pending delivery of the decision of the Constitutional Court in the *amparo* appeal lodged on 23 December 1996. On 16 January 1997 the district judge decided to examine the application for legal aid.

22. In a decision of 10 March 1997 the Constitutional Court dismissed the applicant's *amparo* appeal on the ground that it had no constitutional basis. It held that the decision declaring the applicant's appeal inadmissible had been properly reasoned, that it answered the applicant's legal arguments reasonably and had been delivered after adversarial proceedings with full procedural guarantees. With regard to the alleged violation of the non-discrimination principle, the Constitutional Court held that the position of a person held liable civilly and the position of the party who had won the action were not comparable.

23. The applicant was granted legal aid by a decision of Amposta district judge no. 1 of 15 April 1997. No appeal was lodged against that decision.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

A. Code of Civil Procedure (provisions relating to legal aid)

24. The provisions of the Code of Civil Procedure relating to legal aid (before the entry into force of Law no. 1/1996 of 10 January 1996) read as follows:

Article 20

“Application for recognition of the right to take part in proceedings free of charge shall be made to the judge or court that has or will have jurisdiction over the proceedings or the voluntary judicial act in respect of which the application is made...”

Article 22

“The application shall be deemed ancillary to the main proceedings and shall be examined separately under the rules specific to oral proceedings; the other parties and State Counsel shall be heard.”

Article 23

“The application and related procedure shall not entail a stay of the main proceedings, unless all parties so request...”

Article 30

“Anyone granted legal aid under a statutory provision or by a court order shall be entitled to:

...

(3) exemption from the obligation to deposit the sums required on lodging an appeal or application for judicial review ...”

Article 32

“A grant of legal aid for specific proceedings shall cover all steps and appeals related to those proceedings, but shall not be used in any other proceedings.”

Article 42

“Anyone entitled to free legal representation may be represented by a barrister or solicitor of his own choice if the barrister or solicitor agrees to act, failing which counsel shall be appointed by the court.”

Article 730

“The hearing shall take place on the appointed day before the judge and the registrar.

The parties shall set out their claims and anything they consider relevant to their case in turn. Thereafter, relevant evidence may be produced and the documentary evidence shall be placed in the court file.

...

The parties may choose a representative, who must be a practising barrister or a practising solicitor, to speak on their behalf. The representative may attend the hearing.

...”

B. Law no. 1/1996 of 10 January 1996 on legal aid

25. Transitional provision no. 1 of Law no. 1/1996 of 10 January 1996 provides:

“Applications for legal aid made before Law no. 1/1996 enters into force shall be made in accordance with the legislation in force when the application is made.”

C. Basic Law no. 3/1989 of 21 June 1989 updating the Criminal Code (applicable to civil actions for damages for loss caused by motorised vehicles)

26. Subsection (4) of supplemental section 1 of Basic Law no. 3/1989 of 21 June 1989 provides:

“Anyone who is ordered to pay compensation and wishes to lodge an appeal against a decision concluding proceedings to which this provision relates must show that the amount that he or she has been ordered to pay together with accrued interest and expenses has been deposited...”

D. Decisions of the Constitutional Court

27. In its judgment no. 84/1992 of 28 May 1992, the Constitutional Court noted that while appellants should be given an opportunity to remedy an omission, the payment of the deposit before the appeal was lodged was not a mere condition of form, but an essential prerequisite for the lodging of an appeal. However, the statutory requirement to deposit the monies could, in certain cases, infringe litigants’ rights to effective protection by the courts of first instance and appeal thereby creating situations in which the person ordered to make payment was prevented from appealing and would thus be defenceless. The Constitutional Court referred to the need for the financial circumstances of the person against whom the order had been made to be taken into account, the judge being required to examine each case and if necessary to decline to apply a statutory provision which in another case would be mandatory.

28. In its judgment no. 30/1994 of 27 January 1994 in a case on labour law, the Constitutional Court said that an appeal would be inadmissible unless the obligation to deposit monies was complied with “... except where the applicant was in receipt of legal aid, in which case he or she could satisfy the obligation with a bank guarantee instead...”.

29. In its judgment no. 187/1992 of 28 May 1992, delivered in answer to a constitutionality question raised by the Murcia *Audiencia Provincial*, the Constitutional Court likewise referred to situations in which a non legally aided applicant was subject to bankruptcy proceedings or was insolvent.

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 § 1 OF THE CONVENTION

30. The applicant complained that the Tarragona *Audiencia Provincial* had declared her appeal inadmissible owing to her failure to deposit the sum she had been ordered to pay at first instance at a time when her application for legal aid had yet to be decided. She alleged 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 [a] ... tribunal...”

A. Submissions of the parties

1. *The applicant*

31. The applicant said that she had lodged a legal-aid application with the Amposta district judge in due time and in the correct form. Any error had been attributable exclusively to the district judge who was under a statutory duty to process her application. Further, the applicant maintained that when her oral submissions had been made in reply to her opponent’s claim, the lawyer who had agreed to represent her “as if he had been appointed by the court” had referred to annexed documents including her application for legal aid; she added that “the documents annexed to [the applicant’s] memorial in reply to the claim [were] considered to have been produced”. She stressed that Article 730 of the Code of Civil Procedure did not preclude claims, replies or other arguments in oral proceedings being made in writing and that, in any event, both her opponent’s claim and the insurers’ reply had been in writing.

32. The applicant further noted that it had been unnecessary for her to renew the application before the Tarragona *Audiencia Provincial* since that court had the entire case file before it when hearing the appeal and the written submissions of 7 January 1997 did no more than repeat the application previously made. Amposta district judge no. 1 had, moreover, exempted the applicant from the obligation to deposit monies in view of her domestic and financial circumstances “as set out in the court file”. She said that she had explained those circumstances to each of the courts

concerned and had informed the Constitutional Court that she had made an application for legal aid. She added that she had been granted legal aid on 15 April 1997 after the domestic proceedings had ended.

33. The applicant said that any error was exclusively attributable to the district judge who had been under a statutory obligation to process her application. She therefore submitted that the fact that her appeal had been dismissed for failure to comply with the order to deposit monies at a time when her application for legal aid had not been examined for a reason beyond her control constituted a violation of the right to a fair hearing.

2. *The Government*

34. The Government insisted that the applicant's alleged application for legal aid to the Amposta district judge was invalid since the procedure specific to oral proceedings should have been used in the civil action against her, and her submissions in reply to the statement of claim should, consequently, have been made orally. They therefore maintained that the written documents had no value in law. The Government conceded that the applicant had referred to certain documents that had been placed on the court file on her first appearance and that the application for legal aid was among those documents. However, in their submission, those documents were inadmissible in the proceedings by virtue of Article 730 of the Code of Civil Procedure.

35. The Government said that the applicant had been assisted by counsel of her choice throughout the proceedings. They noted, however, that the applicant's counsel had not once during the substantive proceedings taken the trouble to enquire whether legal aid had been granted. Moreover, the applicant had not referred to her application for legal aid in her appeal to the *Audiencia Provincial*, and the application was not made in the correct form until 7 January 1997, in the course of the proceedings for the enforcement of the judgment delivered on appeal. The Government therefore submitted that there had been no violation of Article 6 § 1 of the Convention.

B. The Court's assessment

36. The Court reiterates at the outset that it is not its task to take the place of the domestic courts. It is primarily for the national authorities, notably the courts, to resolve problems of interpretation of domestic legislation (see, *mutatis mutandis*, the Brualla Gómez de la Torre v. Spain judgment of 19 December 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VIII, p. 2955, § 31, and the Edificaciones March Gallego S.A. v. Spain judgment

of 19 February 1998, *Reports* 1998-I, p. 290, § 33). Further, the “right to a court”, of which the right of access is one aspect, is not absolute; it is subject to limitations permitted by implication, in particular where the conditions of admissibility of an appeal are concerned, since by its very nature it calls for regulation by the State, which enjoys a certain margin of appreciation in this regard. However, these limitations must not restrict or reduce a person’s access in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired; lastly, such limitations will not be compatible with Article 6 § 1 if they do not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim pursued (see, among other authorities, the *Edificaciones March Gallego S.A.* judgment cited above, p. 290, § 34).

37. In the instant case, the applicant’s appeal was declared inadmissible pursuant to subsection (4) of supplemental section 1 of Basic Law no. 3/1989 of 21 June 1989 updating the Criminal Code (see paragraph 26 above).

38. The Court considers the aim pursued by the obligation to deposit monies legitimate: namely to avoid the appellate court’s case list being overloaded. It must nonetheless determine whether the fact that the appeal was declared inadmissible infringed the very essence of the applicant’s right to a “court” for the purposes of Article 6 § 1.

39. The Court reiterates that Article 6 of the Convention does not compel the Contracting States to set up courts of appeal or of cassation (see, among other authorities, the *Delcourt v. Belgium* judgment of 17 January 1970, Series A no. 11, pp. 13-15, §§ 25-26). Nevertheless, where such courts exist the guarantees contained in Article 6 must be complied with, *inter alia* by ensuring effective access to the courts so that litigants may obtain a decision relating to their “civil rights and obligations”.

40. The Court notes that in the instant case the applicant applied for legal aid in 1994 when replying to the claim made against her by her opponent.

41. The Court finds unpersuasive the Government’s argument that the written documents were inadmissible since the civil proceedings against the applicant should have been conducted under the oral procedure. It observes that the opposing party’s claim was also made in writing and that the documents lodged by the applicant, including the application for legal aid, were noted in the record of the hearing. Furthermore, when the applicant renewed her application for legal aid in 1997 she did so on the basis of the 1994 application and was then granted legal aid. Moreover, the Court is mindful of the fact that the applicant’s application to *Amposta* district judge no. 1 for judgment to be set aside (*reposición*), an application in which she referred to her inability to deposit the amount requested by the *Audiencia Provincial*, was declared admissible

and the applicant was exempted from the obligation to deposit the amount specified before lodging her appeal in view of her domestic and financial circumstances “as set out in the court file”.

42. The Court notes in that connection that it was possible both under Article 30 (3) of the Code of Civil Procedure and the case-law of the Constitutional Court for the financial position of the persons concerned to be taken into account and for them to be exempted from the obligation to deposit monies if they had been granted legal aid. In the present case, the applicant was not granted legal aid in sufficient time owing to negligence on the part of a judicial body which was therefore not attributable to her while on the face of it she satisfied all the conditions of eligibility for legal aid as, indeed, was subsequently confirmed.

43. The Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective (see the *Airey v. Ireland* judgment of 9 October 1979, Series A no. 32, pp. 12-14, § 24). In the circumstances of the case, the applicant’s appeal was declared inadmissible owing to her failure to deposit the requisite amount. She was thus deprived of a remedy which could have proved decisive for the outcome of the dispute.

44. In the instant case, the applicant’s appeal was declared inadmissible owing to the statutory duty on persons other than those who are in receipt of legal aid to deposit with the *Audiencia Provincial* a specific amount (namely, the compensation award) as a condition precedent to their being permitted formally to lodge an appeal.

45. The Court finds that by obliging her to pay the amount ordered, the *Audiencia Provincial* prevented the applicant from using an existing and available remedy, such that a disproportionate hindrance was put in the way of her right of access to a court. Consequently, there has been a violation of Article 6 § 1.

II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

46. 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. Pecuniary damage

47. The applicant requested that the Government should, as a precautionary measure, assume the consequences of any action which the

insurers might bring against her to recover the sum paid to her (18,250,000 pesetas (ESP)) since her deceased husband was believed to have been the driver of the car involved in the collision. She explained that the limitation period under the Civil Code for such an action was four years, which period, in the instant case, ran from 2 September 1996, when the Tarragona *Audiencia Provincial* delivered its judgment.

48. The Government argued that the pecuniary damage alleged by the applicant was not connected with the complaint set out in the application, since she had received the compensation in question in an out-of-court settlement and it had not been in issue in the civil proceedings with which the application was concerned.

49. The Court agrees with the Government that there is no causal link between the violation that has been found and the alleged pecuniary damage. It therefore rejects the applicant's claims under this head.

B. Costs and expenses

50. The applicant claimed ESP 520,572 for costs and expenses incurred before the Constitutional Court and the Convention institutions.

51. The Government considered that they should only have to reimburse the costs and expenses incurred before the Convention institutions.

52. The Court observes that it has in previous cases awarded sums claimed as legal fees before the Spanish Constitutional Court (see, among other authorities, the *Hiro Balani v. Spain* judgment of 9 December 1994, Series A no. 303-B, p. 31, §§ 32-33, and the *Castillo Algar v. Spain* judgment of 28 October 1998, *Reports* 1998-VIII, p. 3118, §§ 53, 54 and 57). Furthermore, it considers the amount claimed by the applicant reasonable and accordingly makes an award in that sum.

C. Default interest

53. According to the information available to the Court, the statutory rate of interest applicable in Spain at the date of adoption of the present judgment is 4.25% per annum.

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Holds* that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention;
2. *Holds*
 - (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months from the date on which the judgment becomes final according

to Article 44 § 2 of the Convention, ESP 520,572 (five hundred and twenty thousand five hundred and seventy-two pesetas) for costs and expenses;

(b) that simple interest at an annual rate of 4.25% shall be payable from the expiry of the above-mentioned three months until settlement;

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

Done in French, and notified in writing on 15 February 2000, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Vincent BERGER
Registrar

Matti PELLONPÄÄ
President

AMANN c. SUISSE
(Requête n° 27798/95)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 16 FÉVRIER 2000

SOMMAIRE¹

**Interception d'un appel téléphonique, établissement et conservation d'une fiche dans les fichiers du ministère public
Recours effectif**

Article 8

Vie privée – Correspondance – Interception d'un appel téléphonique – Etablissement et conservation d'une fiche dans les fichiers du ministère public – Données relatives à la « vie privée » – Ingérence – Prévue par la loi – Existence d'une base légale – Prévisibilité – Précision de la loi

Article 13

Recours effectif – Caractère « effectif » d'un recours en dépit de l'échec des prétentions du requérant

*
* *

En 1981 le requérant reçut un appel téléphonique de l'ambassade alors soviétique à Berne pour la commande d'un appareil dépilatoire. Cet appel téléphonique fut intercepté par le ministère public de la Confédération qui demanda au service des renseignements de la police cantonale d'enquêter sur le requérant et la marchandise qu'il distribuait. Sur la base du rapport établi par la police, le ministère public rédigea une fiche sur le requérant pour son fichier destiné à assurer la protection de l'Etat. En 1990, l'existence de ce fichier fut portée à la connaissance du public et le requérant demanda à consulter sa fiche. Il en obtint une photocopie, qui indiquait qu'il était un « contact auprès de l'ambassade russe » et faisait « du commerce de différentes sortes avec la société [A.] ». Deux passages de la fiche avaient été caviardés et le requérant demanda immédiatement à en connaître le contenu, mais ses démarches à cette fin n'aboutirent pas. Il saisit le Tribunal fédéral d'une demande en réparation pour avoir été irrégulièrement fiché auprès du ministère public. Il demanda aussi que son dossier et sa fiche fussent immédiatement transférés aux archives fédérales et qu'un verrouillage des informations le concernant soit ordonné. Le Tribunal fédéral débouta le requérant de toutes ses conclusions au motif que l'atteinte à sa personnalité n'était pas établie et qu'il avait disposé d'un recours effectif.

1. Article 8: a) Interception de l'appel téléphonique: l'article 8 est applicable, les appels téléphoniques reçus dans les locaux privés ou professionnels étant compris dans la notion de « vie privée » et de « correspondance ». L'interception et

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

L'enregistrement de l'appel téléphonique par le ministère public ont constitué une ingérence d'une autorité publique. Il n'apparaît pas nécessaire de rechercher si l'interception de l'appel reposait sur une base légale, car à supposer même que tel fût le cas, l'exigence de prévisibilité découlant de l'expression «prévue par la loi» ne se trouve pas remplie. Il convient en effet de relever que les dispositions invoquées par le Gouvernement ne contiennent aucune indication relative aux personnes susceptibles de faire l'objet de telles mesures, aux circonstances dans lesquelles celles-ci peuvent être ordonnées, aux moyens à employer ou aux procédures à observer. Ces normes ne sauraient en conséquence être considérées comme suffisamment claires et détaillées pour assurer une protection appropriée contre les ingérences des autorités dans le droit du requérant au respect de sa vie privée et de sa correspondance. Par ailleurs, si des dispositions de la loi fédérale sur la procédure pénale fixent des garanties dont il convient de ne pas minimiser la valeur, le Gouvernement n'a pas été en mesure d'établir que les conditions d'application desdites dispositions avaient été respectées et les mécanismes de protection prévus observés. En outre, d'après le Gouvernement, le requérant n'était pas la personne visée par la mesure litigieuse mais a participé «par hasard» à une conversation téléphonique enregistrée dans le cadre d'une surveillance dirigée contre un collaborateur déterminé de l'ambassade. Or la loi fédérale sur la procédure pénale ne régit pas de façon détaillée le cas des interlocuteurs écoutés «par hasard», en qualité de «participants nécessaires» à une conversation téléphonique enregistrée par les autorités en application de ces dispositions. En particulier, la loi ne précise pas les précautions à prendre à leur égard. Ainsi l'ingérence ne saurait passer pour «prévue par la loi» puisque le droit suisse n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré.

Conclusion : violation (unanimité).

b) Etablissement et conservation d'une fiche : l'article 8 trouve également à s'appliquer à ce grief. En effet, la fiche litigieuse comportait des données relatives à la «vie privée» du requérant. La mémorisation par une autorité publique de telles données constitue une ingérence au sens de l'article 8 et l'utilisation ultérieure des informations mémorisées importe peu. En l'espèce, il suffit de constater que des données relatives à la vie privée d'un particulier ont été mémorisées par une autorité publique, sans avoir à spéculer sur leur caractère sensible ou non ni sur d'éventuels inconvénients subis par le requérant, pour conclure que l'établissement et la conservation de la fiche constituent une ingérence dans le droit au respect de sa vie privée.

S'agissant de l'établissement de la fiche, à supposer même qu'il fût fondé sur une base légale accessible, celle-ci n'était pas «prévisible». Comme ci-dessus en matière d'écoutes téléphoniques, les dispositions invoquées ne satisfont pas à l'exigence de prévisibilité concernant la création de la fiche. Quant aux autres textes invoqués par le Gouvernement, s'ils énoncent bien quelques principes généraux, ils ne contiennent aucune indication appropriée sur l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir conféré au ministère public de recueillir, enregistrer et conserver des informations. Ainsi, ils ne précisent ni les conditions d'établissement des fiches, ni les procédures à suivre, ni enfin leur possible contenu. Dès lors, ces textes ne sauraient davantage être considérés comme suffisamment clairs et détaillés pour assurer une protection adéquate contre les

ingérences des autorités dans le droit du requérant au respect de sa vie privée. L'établissement de la fiche concernant le requérant n'était donc pas «prévu par la loi».

S'agissant de la conservation de la fiche, *a priori*, il paraît douteux que la conservation d'une fiche dont la création n'a pas été prévue par la loi puisse satisfaire cette exigence. De surcroît, le droit suisse prévoit expressément la destruction des données qui ne s'avèrent plus «nécessaires» ou sont devenues «inutiles». Or, en l'espèce, les autorités n'ont pas détruit les renseignements mémorisés lorsqu'il s'est avéré qu'aucune infraction n'était en cours de préparation. La conservation de la fiche n'était donc pas «prévue par la loi». Ainsi, tant l'établissement que la conservation de la fiche constituent des ingérences dans la vie privée du requérant qui ne sauraient passer pour «prévues par la loi» puisque le droit suisse n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré.

Conclusion : violation (unanimité).

2. Article 13 : le requérant a été en mesure de consulter sa fiche dès qu'il en a fait la demande. Par ailleurs, il a intenté une action de droit administratif devant le Tribunal fédéral qui a procédé à l'examen tant du grief tiré de l'absence de base légale de la surveillance téléphonique et de la rédaction de la fiche, que de celui tiré de l'absence de «recours effectif» contre ces mesures. Or le seul fait que le requérant soit débouté de toutes ses conclusions ne constitue pas en soi un élément suffisant pour juger du caractère «effectif» ou non de l'action de droit administratif. Le requérant a donc disposé d'un recours effectif pour exposer les violations de la Convention qu'il alléguait.

Conclusion : non-violation (unanimité).

Article 41 : le constat des violations de l'article 8 constitue une réparation suffisante du dommage moral invoqué par le requérant. Il convient par ailleurs d'allouer la totalité de la somme demandée au titre des frais et dépens.

Jurisprudence citée par la Cour

Malone c. Royaume-Uni, arrêt du 2 août 1984, série A n° 82

Leander c. Suède, arrêt du 26 mars 1987, série A n° 116

Kruslin c. France, arrêt du 24 avril 1990, série A n° 176-A

Niemietz c. Allemagne, arrêt du 16 décembre 1992, série A n° 251-B

Les saints monastères c. Grèce, arrêt du 9 décembre 1994, série A n° 301-A

D. c. Royaume-Uni, arrêt du 2 mai 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-III

Halford c. Royaume-Uni, arrêt du 25 juin 1997, *Recueil* 1997-III

Kopp c. Suisse, arrêt du 25 mars 1998, *Recueil* 1998-II

En l'affaire Amann c. Suisse,

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^{me} E. PALM, *présidente*,
 MM. L. WILDHABER,
 L. FERRARI BRAVO,
 GAUKUR JÖRUNDSSON,
 L. CAFLISCH,
 I. CABRAL BARRETO,
 J.-P. COSTA,
 W. FUHRMANN,
 K. JUNGWIERT,
 M. FISCHBACH,
 B. ZUPANČIĆ,
 M^{me} N. VAJIĆ,
 M. J. HEDIGAN,
 M^{mes} W. THOMASSEN,
 M. TSATSA-NIKOLOVSKA,
 MM. E. LEVITS,
 K. TRAJA,

ainsi que de M. M. DE SALVIA, *greffier*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 30 septembre 1999 et 12 janvier 2000,

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

PROCÉDURE

1. L'affaire a été déférée à la Cour par la Commission européenne des Droits de l'Homme («la Commission») le 2 novembre 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° 27798/95) dirigée contre la Confédération suisse et dont un ressortissant de cet État, M. Hermann Amann, avait saisi la Commission le 27 juin 1995 en vertu de l'ancien article 25. Désigné devant la Commission par les initiales H.A., le requérant a consenti ultérieurement à la divulgation de son identité.

1-2. *Note du greffe* : entré en vigueur le 1^{er} novembre 1998.

La demande de la Commission renvoie aux anciens articles 44 et 48 ainsi qu'à la déclaration suisse 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 des articles 8 et 13 de la Convention.

2. Conformément à l'article 5 § 4 du Protocole n° 11 lu en combinaison avec les articles 100 § 1 et 24 § 6 du règlement, un collège de la Grande Chambre a décidé, le 14 janvier 1999, que l'affaire serait examinée par la Grande Chambre de la Cour. Cette Grande Chambre comprenait de plein droit M. L. Wildhaber, juge élu au titre de la Suisse et président de la Cour (articles 27 §§ 2 et 3 de la Convention et 24 § 3 du règlement), M^{me} E. Palm, vice-présidente de la Cour, ainsi que 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. L. Ferrari Bravo, M. Gaukur Jörundsson, M. I. Cabral Barreto, M. W. Fuhrmann, M. K. Jungwiert, M. B. Zupančič, M^{me} N. Vajić, M. J. Hedigan, M^{me} W. Thomassen, M^{me} M. Tsatsa-Nikolovska, M. T. Panțiru, M. E. Levits et M. K. Traja (article 24 § 3).

3. Devant la Cour, le requérant est représenté par M^c L.A. Minelli, avocat au barreau de Zurich, que la présidente de la Grande Chambre, M^{me} Palm, a autorisé à employer la langue allemande (article 34 § 3 du règlement). Le gouvernement suisse («le Gouvernement») est représenté par son agent, M. P. Boillat, chef de la division des affaires internationales, Office fédéral de la justice.

4. Après avoir consulté l'agent du Gouvernement et le conseil du requérant, la Grande Chambre a décidé qu'il n'y avait pas lieu de tenir une audience.

5. Le greffier a reçu les mémoires et documents du Gouvernement et du requérant les 15 et 22 avril et le 11 mai 1999 respectivement, puis les mémoires et observations en réponse du Gouvernement et du requérant les 10 et 14 juin 1999.

6. M. Panțiru n'ayant pu prendre part aux délibérations du 12 janvier 2000, M. L. Caflisch, juge suppléant, l'a remplacé au sein de la Grande Chambre (article 24 § 5 b) du règlement).

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

7. Le requérant, né en 1940, est un homme d'affaires domicilié en Suisse. Au début des années 80, il importait en Suisse des appareils dépilatoires dont il faisait la publicité dans des magazines.

8. Le 12 octobre 1981, une femme téléphona au requérant de l'ambassade alors soviétique à Berne pour lui commander un appareil dépilatoire «Perma Tweez».

9. Cet appel téléphonique fut intercepté par le ministère public de la Confédération (*Bundesanwaltschaft*, «le ministère public»), lequel demanda au service des renseignements de la police du canton de Zurich d'enquêter sur le requérant et la marchandise dont il assurait la distribution.

10. Le rapport établi par la police du canton de Zurich en décembre 1981 indiquait que le requérant, inscrit au registre du commerce depuis 1973, faisait le commerce d'aérosols. Il précisait que «Perma Tweez» était un appareil dépilatoire à pile; un prospectus concernant cet appareil était annexé au rapport.

11. Le 24 décembre 1981, sur la base des indications fournies par la police du canton de Zurich, le ministère public rédigea pour son fichier destiné à assurer la protection de l'Etat une fiche sur le requérant.

12. En 1990, le public eut vent de l'existence du fichier du ministère public et de nombreuses personnes, parmi lesquelles le requérant, demandèrent à consulter leur fiche.

13. Diverses lois relatives à l'accès aux documents de la Confédération et au traitement de ces derniers furent alors promulguées.

14. Le 12 septembre 1990, le préposé spécial aux documents de la Confédération établis pour assurer la protection de l'Etat («le préposé spécial») transmit au requérant, à la demande de celui-ci, une photocopie de sa fiche.

15. La fiche du requérant, qui portait le numéro (1153:0) 614 et sur laquelle deux passages avaient été caviardés (...), contenait les informations suivantes:

«de la part du service des renseignements de Zurich: A. identifié comme contact auprès de l'ambassade russe d'après (...). A. fait du commerce de différentes sortes avec la société [A.]. Annexes: extrait du registre du commerce et prospectus. (...)»

16. Dès réception de sa fiche, le requérant invita le médiateur auprès du ministère public à lui en révéler les passages caviardés.

17. Le 9 octobre 1990, le médiateur répondit au requérant que le passage censuré à la fin de la fiche masquait à bon droit les initiales des noms des officiers de la police fédérale qui avaient eu connaissance des renseignements figurant sur la fiche. L'autre passage supprimé avait trait à une mesure de surveillance d'ordre technique ordonnée à l'encontre d'un tiers; à ce propos, le médiateur indiqua qu'il recommanderait au préposé spécial de divulguer l'information, l'intérêt du requérant prévalant selon lui contre l'intérêt public au maintien du secret.

18. Le 19 avril 1991, le préposé spécial décida, se fondant sur l'article 5 § 1 de l'ordonnance du 5 mars 1990 relative au traitement

des documents de la Confédération établis pour assurer la protection de l'Etat, que les initiales figurant à la fin de la fiche ne pouvaient pas être divulguées. Il estima en outre que l'autre passage caviardé renfermait des informations de contre-espionnage qu'il ne fallait pas révéler, en application de l'article 5 § 3 a) de ladite ordonnance. Sur la base de ces considérations, la consultation de la fiche du requérant fut élargie à un mot (« rapport »):

« de la part du service des renseignements de Zurich: A. identifié comme contact auprès de l'ambassade russe d'après rapport (...). A. fait du commerce de différentes sortes avec la société [A.]. Annexes: extrait du registre du commerce et prospectus. (...) »

19. Le 26 octobre 1991, le requérant saisit le Département fédéral des finances d'une demande en réparation, laquelle fut rejetée par décision du 28 janvier 1992.

20. Le 9 mars 1992, le requérant saisit le Tribunal fédéral d'une action de droit administratif, sollicitant de la Confédération une réparation d'un montant de 5 000 francs suisses pour avoir été irrégulièrement fiché auprès du ministère public. Il demanda aussi que son dossier et sa fiche fussent immédiatement versés aux archives fédérales auxquelles interdiction devait être faite d'en dresser copie. Il requit également d'ordonner aux archives fédérales de verrouiller les informations le concernant et de n'en communiquer aucune sans son accord.

21. Invitée à présenter ses observations par écrit, la Confédération indiqua, dans son mémoire daté du 26 mai 1992, que selon les renseignements fournis par le ministère public et le préposé spécial, le compte rendu de la surveillance ne figurait plus dans les dossiers de la police fédérale. A cet égard, elle souligna que les documents qui n'étaient plus nécessaires devaient être détruits, en application de l'article 66 § 1 *ter* de la loi fédérale sur la procédure pénale (« PPF ») (« *Das Protokoll der technischen Ueberwachung ist gemäss Auskunft der Bundesanwaltschaft und des Sonderbeauftragten (...) in den Akten der Bundespolizei nicht mehr vorhanden. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass nicht mehr benötigte Akten gemäss Art. 66 Abs. 1ter BStP (...) vernichtet werden müssen* »).

22. Les 27 octobre 1993 et 14 septembre 1994, le Tribunal fédéral tint des audiences.

Le conseil du requérant souligna que le numéro de dossier de la fiche, en l'occurrence (1153: 0) 614, était un code signifiant « pays à régime communiste » (1), « Union soviétique » (153), « espionnage établi » (0) et « divers contacts avec le bloc de l'Est » (614).

La représentante de la Confédération indiqua que « quelqu'un » (*jemand*) de l'ambassade alors soviétique étant surveillé, à chaque appel téléphonique, les deux interlocuteurs étaient identifiés et une fiche établie sur ces personnes. Par ailleurs, un rapport d'écoute téléphonique (*Telefon-Abhör-Bericht*) était rédigé. A cet égard, elle précisa que la plupart

desdits rapports avaient été détruits et que ceux qui ne l'avaient pas été étaient à présent entreposés dans des sacs ; ces derniers étaient également destinés à être détruits, mais lorsque le préposé spécial avait été institué, tout avait dû être maintenu « en l'état ». Elle déclara en outre qu'elle ne savait pas si le rapport d'écoute téléphonique concernant le requérant avait été détruit ou non. Selon les indications que lui avait fournies le préposé spécial, les rapports n'étaient pas classés et il faudrait environ cinq personnes et un an de travail pour prendre connaissance du contenu de tous les sacs existant encore.

23. Par un arrêt du 14 septembre 1994, signifié le 25 janvier 1995, le Tribunal fédéral débouta le requérant de toutes ses conclusions.

24. Quant à la question de la base légale des mesures litigieuses, le Tribunal fédéral se référa d'abord aux articles 17 § 3 PPF et premier de l'arrêt du Conseil fédéral du 29 avril 1958 concernant le Service de police du ministère public fédéral. Il estima toutefois superflu de rechercher si ces dispositions étaient susceptibles de justifier l'atteinte à la personnalité alléguée par le requérant, car l'une des conditions permettant d'octroyer une réparation ne se trouvait pas réunie.

25. Se référant ensuite aux articles 66 et suivants, en particulier 72 PPF, relatifs à la surveillance des communications téléphoniques et de la correspondance postale, ainsi que 265 et suivants du code pénal, régissant les « crimes ou délits contre l'Etat », le Tribunal fédéral rappela qu'il était admissible – avant même que des poursuites ne fussent engagées – de recueillir des informations afin de prévenir des infractions contre l'Etat ou la défense nationale, si des éléments donnaient à penser que les préparatifs de telles infractions étaient en cours.

26. A cet égard, le Tribunal fédéral releva :

« (...) le plaignant a été fiché dans le cadre de la surveillance à laquelle étaient alors soumises les communications téléphoniques avec l'ambassade soviétique pour des raisons de contre-espionnage. Comme il avait des contacts avec un employé ou une employée de l'ambassade soviétique et que n'est pas apparu immédiatement le fait que le « Perma Tweez Apparatus » qu'il vendait était un instrument dépilatoire sans danger, c'est à bon droit que les autorités ont mené une enquête sur l'identité de l'intéressé, sa situation et le « Perma Tweez Apparatus » en question et en ont consigné le résultat. »

27. Le Tribunal fédéral jugea par contre qu'il n'était pas nécessaire de se prononcer sur la question de savoir si ces dispositions, notamment l'article 66 § 1^{er} PPF, permettaient de conserver les informations ainsi obtenues après qu'il fut apparu qu'aucune infraction pénale n'était en cours de préparation (« *Fraglich ist, ob die Aufzeichnungen weiter aufbewahrt werden durften, nachdem sich offenbar herausgestellt hatte, dass keine strafbare Handlung vorbereitet wurde* »), puisque le requérant n'avait pas subi d'atteinte grave à sa personnalité.

28. A cet égard, le Tribunal fédéral rappela qu'aux termes de l'article 6 § 2 de la loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la

Confédération, cette dernière était tenue à réparation en cas d'atteinte grave à la personnalité et estima qu'en l'espèce, cette condition n'était pas réalisée. En effet, selon le Tribunal fédéral, la seule circonstance que le requérant avait été désigné dans le fichier comme un «contact auprès de l'ambassade russe» ne pouvait guère s'analyser en une atteinte à sa personnalité. Par ailleurs, même si une partie du numéro du dossier signifiait «espionnage établi», rien n'indiquait que les autorités eussent considéré le requérant comme un espion et si l'expression «contact auprès de l'ambassade russe» pouvait éventuellement impliquer que le requérant avait effectivement des contacts périodiques avec cette dernière, il fallait envisager cette fiche non isolément mais dans le contexte plus large de l'ensemble du fichier et des autres circonstances de l'espèce; en particulier, le fait qu'aucune autre mention n'eût été consignée devait conduire à la conclusion que les autorités ne soupçonnaient pas le requérant de contacts illicites avec l'ambassade. En outre, l'on ne pouvait présumer que le requérant eût été surveillé à d'autres occasions ou que les informations consignées eussent été transmises à des tiers. Dans son ensemble, le dossier du requérant apparaissait donc de peu d'importance et rien n'indiquait qu'il eût servi à d'autres usages ou été communiqué irrégulièrement.

29. Enfin, le Tribunal fédéral estima que l'action de droit administratif dont le requérant l'avait saisi le 9 mars 1992 constituait un «recours effectif» au sens de l'article 13 de la Convention. Il souligna en outre que le requérant avait la possibilité d'engager une procédure pour contester certaines données du fichier du ministère public et demander qu'elles fussent modifiées. A cet égard, le Tribunal fédéral se référa notamment aux directives du Conseil fédéral du 16 mars 1981 applicables au traitement des données personnelles dans l'administration fédérale (chiffre 44), à l'arrêté fédéral du 9 octobre 1992 sur la consultation des documents du ministère public de la Confédération (article 7 § 1) ainsi qu'à l'ordonnance du Conseil fédéral du 20 janvier 1993 sur la consultation des documents du ministère public de la Confédération (article 11 § 1).

30. En 1996, la fiche du requérant fut retirée du fichier central et transférée aux archives fédérales, où nul ne pourra la consulter pendant cinquante ans.

II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

A. La Constitution fédérale

31. Les dispositions pertinentes de la Constitution fédérale en vigueur à l'époque des faits étaient rédigées comme suit :

Article 102

«Les attributions et les obligations du Conseil fédéral, dans les limites de la présente constitution, sont notamment les suivantes:

(...)

9. Il veille à la sûreté extérieure de la Suisse, au maintien de son indépendance et de sa neutralité;

10. Il veille à la sûreté intérieure de la Confédération, au maintien de la tranquillité et de l'ordre;

(...).»

B. L'arrêté du Conseil fédéral du 29 avril 1958 concernant le Service de police du ministère public fédéral

32. Les dispositions pertinentes de l'arrêté du Conseil fédéral du 29 avril 1958 concernant le Service de police du ministère public fédéral sont ainsi libellées:

Article premier

«Le Service de police du Ministère public fédéral (Police fédérale) assure le service des enquêtes et des informations dans l'intérêt de la sûreté intérieure et extérieure de la Confédération. Ce dernier service comprend:

1. La surveillance et la prévention d'actes de nature à mettre en danger la sûreté intérieure ou extérieure de la Confédération (police politique);

2. Les recherches de la police judiciaire dans la poursuite des infractions contre la sûreté intérieure ou extérieure de la Confédération (police judiciaire).»

C. La loi fédérale sur la procédure pénale

33. Les dispositions pertinentes de la loi fédérale sur la procédure pénale en vigueur à l'époque des faits prévoyaient:

Article 17

«(...)

3. Le personnel nécessaire sera attribué au Ministère public fédéral pour lui permettre d'assurer d'une manière uniforme le service des enquêtes et des informations dans l'intérêt de la sûreté intérieure et extérieure de la Confédération. Le Ministère public agira, en règle générale, de concert avec les autorités de police compétentes des cantons. Dans chaque cas, il leur donnera connaissance de ses recherches dès que le but et l'état de la procédure le permettront.»

Article 66

« 1. Le juge d'instruction peut ordonner la surveillance de la correspondance postale, téléphonique et télégraphique de l'inculpé ou du suspect, si

a) La poursuite pénale a pour objet un crime ou un délit dont la gravité ou la particularité justifie l'intervention, ou un acte punissable commis au moyen du téléphone et si

b) Des faits déterminés rendent la personne à surveiller suspecte d'être l'auteur de l'infraction ou d'y avoir participé et si

c) A défaut de surveillance, les investigations nécessaires étaient notablement plus difficiles à mener ou si d'autres actes d'instruction n'ont pas donné de résultats.

1 *bis*. Lorsque les conditions justifiant la surveillance de l'inculpé ou du suspect sont remplies, des tiers peuvent également être surveillés si des faits déterminés font présumer qu'elles reçoivent ou transmettent des informations qui sont destinées à l'inculpé ou au suspect ou proviennent de lui (...). Le raccordement téléphonique de tierces personnes peut être surveillé en tout temps si l'on a des raisons de soupçonner que l'inculpé l'utilise.

1 *ter*. Les enregistrements qui ne sont pas nécessaires pour l'exécution de l'enquête sont conservés séparément, sous clé, et détruits à l'issue de la procédure.»

Article 66 bis

« 1. Dans les vingt-quatre heures qui suivent sa décision, le juge d'instruction en soumet une copie, accompagnée du dossier et d'un bref exposé des motifs, à l'approbation du président de la Chambre d'accusation.

2. La décision reste en vigueur six mois au plus; le juge d'instruction peut la proroger de six mois en six mois. L'ordonnance de prorogation, accompagnée du dossier et de l'exposé des motifs, doit être soumise, dix jours avant l'expiration du délai, à l'approbation du président de la Chambre d'accusation.

3. Le juge d'instruction met fin à la surveillance dès qu'elle n'est plus nécessaire ou au moment où sa décision est rapportée.»

Article 66 ter

« 1. Le président de la Chambre d'accusation examine la décision au vu de l'exposé des motifs et du dossier. S'il constate qu'il y a eu violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, il abroge la décision.

2. Il peut autoriser la surveillance à titre provisoire; dans ce cas, il impartit au juge d'instruction un délai jusqu'à l'expiration duquel celui-ci aura à justifier la mesure en complétant le dossier ou lors d'un débat oral.»

Article 66 quater

« 1. La procédure est secrète même à l'égard de la personne touchée. Le président de la Chambre d'accusation motive sommairement sa décision et la notifie au juge d'instruction dans les cinq jours à partir du moment où la surveillance a commencé ou, en cas de prorogation, avant que celle-ci débute.

2. Le président de la Chambre d'accusation veille à ce que les mesures de surveillance soient rapportées à l'expiration du délai.»

Article 72

«1. Avant l'ouverture de l'instruction préparatoire, le procureur général peut ordonner la surveillance de la correspondance postale, téléphonique et télégraphique ainsi que prescrire l'utilisation d'appareils techniques (...)

2. Il peut aussi ordonner ces mesures aux fins de prévenir un acte punissable qui justifie l'intervention, lorsque des circonstances particulières font présumer qu'un tel acte se prépare.

3. Les articles 66 à 66 *quater* sont applicables par analogie.»

D. La législation en matière de traitement et de consultation des documents de la Confédération

34. Les dispositions pertinentes des directives du Conseil fédéral du 16 mars 1981 applicables au traitement des données personnelles dans l'administration fédérale sont rédigées comme suit :

4 Principes généraux

41 Principes régissant le traitement des données

«411. Le traitement de données personnelles doit reposer sur une base légale.

412. Les données personnelles ne doivent être traitées que dans des buts bien déterminés. Les données et le genre de traitement qui leur est appliqué doivent être appropriés et nécessaires à l'exécution de la tâche à accomplir.

413. Les données inexactes ou incomplètes doivent être rectifiées compte tenu du but du traitement.

414. Les données qui selon toutes prévisions deviennent inutiles ou qui ont manifestement été traitées de façon illicite doivent être détruites.

L'obligation de les déposer aux archives de la Confédération est réservée.

(...)»

43 Renseignements

«431. Les offices fédéraux et les autres unités administratives ayant le même statut doivent, en ce qui concerne les fichiers de données personnelles, prendre les mesures propres à leur permettre de fournir, à quiconque en fait la demande, des renseignements sur les bases légales et le but des fichiers, sur la nature des données traitées ainsi que sur les destinataires réguliers de ces données.

432. Sur demande, ils doivent indiquer de manière compréhensible, à toute personne ayant décliné son identité, si des données à son sujet provenant d'un fichier déterminé sont traitées et, le cas échéant, lesquelles.

(...)»

44 Rectification ou destruction à la suite d'une demande

«S'il se révèle, à l'occasion d'une demande, que les données sur la personne en cause sont inexactes ou incomplètes, qu'elles ne répondent pas au but du traitement ou que le traitement est illicite pour une autre raison, l'organe doit les rectifier ou les détruire immédiatement, au plus tard lors du prochain traitement.»

35. Les dispositions pertinentes de l'ordonnance du Conseil fédéral du 5 mars 1990 relative au traitement des documents de la Confédération établis pour assurer la protection de l'Etat sont ainsi libellées :

Article premier

«1. La présente ordonnance doit garantir que les personnes au sujet desquelles la police fédérale possède des documents établis pour assurer la protection de l'Etat, puissent défendre leurs droits de la personnalité sans que soit entravée l'exécution des tâches de protection de l'Etat.

2. Les documents de la Confédération établis pour assurer la protection de l'Etat sont placés sous la garde d'un préposé spécial (...)»

Article 4

«1. Le préposé spécial place sous sa garde tous les documents du Service de police du Ministère public de la Confédération.

2. Il trie ensuite les documents et retire ceux qui sont devenus inutiles (...)»

Article 5

«1. Le préposé spécial autorise les requérants à consulter les fiches les concernant en leur en envoyant une photocopie.

2. Il cache les données relatives aux personnes ayant traité les fiches et aux services étrangers de renseignements et de sécurité.

3. De plus, il peut refuser ou limiter la consultation si celle-ci :

a) Donne des indications sur des procédures d'enquête en cours ou sur des connaissances dans le domaine de la lutte contre le terrorisme, du contre-espionnage ou de la lutte contre le crime organisé ;

(...)»

Article 13

«1. Le médiateur institué par le Conseil fédéral examine, sur demande de la personne concernée, si la présente ordonnance est respectée.

(...)»

Article 14

«1. Celui qui fait valoir que sa demande de consultation n'a pas été traitée conformément à la présente ordonnance peut s'adresser dans les 30 jours au médiateur.

2. Si le médiateur estime que l'ordonnance a été respectée, il en fait part au requérant. Celui-ci peut interjeter recours au Conseil fédéral dans les 30 jours qui suivent la réception de cet avis.

3. Si le médiateur estime que l'ordonnance n'a pas été respectée, il en fait part au préposé spécial et au requérant. Le préposé spécial arrête alors une nouvelle décision pouvant faire l'objet d'un recours.»

36. Les dispositions pertinentes de l'arrêté fédéral du 9 octobre 1992 sur la consultation des documents du ministère public de la Confédération prévoient :

Article 4

« 1. Le droit de consulter les documents est accordé lorsque la personne concernée rend vraisemblable qu'elle a subi un préjudice matériel ou un tort moral en rapport avec des informations qui ressortent des documents du Service de police ou avec des actes commis par des agents du Ministère public de la Confédération.

(...)»

Article 7

« 1. Le préposé spécial trie les documents placés sous sa garde et élimine ceux qui ne sont plus nécessaires à la protection de l'Etat et qui ne sont plus l'objet d'une procédure de consultation.

2. Les documents relatifs à des procédures pénales sont éliminés lorsque :

a) la prescription de l'action pénale est intervenue à la suite d'une suspension de procédure ;

b) la procédure a été close par un jugement exécutoire.

3. Les documents éliminés sont versés aux Archives fédérales. Ils ne peuvent plus être consultés par l'administration et sont interdits d'accès pendant 50 ans.»

37. Les dispositions pertinentes de l'ordonnance du Conseil fédéral du 20 janvier 1993 sur la consultation des documents du ministère public de la Confédération sont rédigées comme suit :

Article 11

« 1. Lorsqu'une personne conteste l'exactitude de certaines données, elle peut exiger qu'une mention appropriée figure sur les documents ou leur soit annexée.

2. Lorsque des documents sont manifestement erronés, ils sont rectifiés à la demande de la personne concernée.

(...)»

E. La commission d'enquête parlementaire établie dans le cadre de l'affaire dite «des fiches»

38. Une commission d'enquête parlementaire («CEP») fut chargée d'enquêter sur l'affaire dite «des fiches». Dans son rapport publié dans la *Feuille fédérale* (FF 1990, I, pp. 593 et suiv.), elle constata notamment, concernant les écoutes téléphoniques (pp. 759 et 760) :

«Selon diverses indications, des personnes craignaient que leurs conversations téléphoniques soient écoutées pour des motifs d'ordre politique. La CEP a examiné de manière approfondie les mesures techniques de surveillance ordonnées par le Ministère public fédéral. C'est ainsi que la commission a exigé du Ministère public fédéral que celui-ci lui remette la liste détaillée et complète des personnes soumises aux écoutes et des raccordements téléphoniques sous surveillance; cette liste a été ensuite comparée avec la liste demandée indépendamment aux PTT. La CEP a ensuite pu se convaincre, en partie à l'aide de certains dossiers ainsi qu'à l'occasion d'un entretien avec le président de la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral, qu'il n'y avait pas de différences entre les listes établies par les autorités qui ordonnent les écoutes téléphoniques et celles qui les exécutent.

(...)

Sont compétents pour ordonner une mesure de surveillance le juge d'instruction fédéral et, avant que l'enquête préliminaire ne commence, le procureur de la Confédération. La décision prise à cet effet a une validité de six mois au plus et peut être prolongée au besoin. Elle nécessite dans tous les cas l'approbation du président de la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral. Cette procédure d'approbation a été considérablement formalisée au cours des dernières années et se concrétise dans une formule imprimée. La CEP a constaté que toutes les décisions avaient été soumises au président de la Chambre d'accusation et que celui-ci les avait toutes approuvées sans aucune exception (...)

PROCÉDURE DEVANT LA COMMISSION

39. M. Amann a saisi la Commission le 27 juin 1995. Invoquant les articles 8 et 13 de la Convention, il se plaignait de l'interception d'un appel téléphonique, de l'établissement par le ministère public d'une fiche et de la conservation de cette dernière dans le fichier de la Confédération en étant résulté, ainsi que de l'absence de recours effectif à cet égard.

40. La Commission (première chambre) a retenu la requête (n° 27798/95) le 3 décembre 1997. Dans son rapport du 20 mai 1998 (ancien article 31 de la Convention), elle conclut, par neuf voix contre huit, qu'il y a eu violation de l'article 8 et, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 13. Le texte intégral de son avis et de l'opinion dissidente dont il s'accompagne figure en annexe au présent arrêt.

CONCLUSIONS PRÉSENTÉES À LA COUR

41. Dans ses mémoires, le Gouvernement invite la Cour à constater que le requérant n'a plus mentionné son grief portant sur l'article 13 de la Convention et qu'il n'y a dès lors pas lieu d'examiner ce moyen. Quant au fond, il prie la Cour de dire que les faits ayant donné lieu à la requête introduite par M. Amann contre la Suisse n'emportent pas violation de la Convention.

42. De son côté, le requérant prie la Cour de constater qu'il y a eu violation des articles 8 et 13 de la Convention et de lui allouer une satisfaction équitable au titre de l'article 41.

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION QUANT À L'INTERCEPTION DE L'APPEL TÉLÉPHONIQUE DU 12 OCTOBRE 1981

43. Le requérant se plaint de ce que l'interception de l'appel téléphonique reçu d'une personne de l'ambassade alors soviétique à Berne a entraîné une violation de l'article 8 de la Convention, libellé comme suit :

« 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. »

A. Applicabilité de l'article 8

44. La Cour rappelle que les appels téléphoniques reçus dans des locaux privés ou professionnels sont compris dans les notions de « vie privée » et de « correspondance » visées à l'article 8 § 1 (arrêt *Halford c. Royaume-Uni* du 25 juin 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-III, p. 1016, § 44). Ce point n'a d'ailleurs pas prêté à controverse.

B. Observation de l'article 8

1. Sur l'existence d'une ingérence

45. La Cour note qu'il n'est pas contesté que le ministère public a intercepté et enregistré un appel téléphonique reçu par le requérant le 12 octobre 1981 d'une personne de l'ambassade alors soviétique à Berne. Il y a donc eu « ingérence d'une autorité publique », au sens de l'article 8 § 2, dans l'exercice d'un droit garanti au requérant par le paragraphe 1 de cette disposition (arrêt *Kopp c. Suisse* du 25 mars 1998, *Recueil* 1998-II, p. 540, § 53).

2. *Justification de l'ingérence*

46. Pareille ingérence méconnaît l'article 8 sauf si, «prévues par la loi», elle poursuit un ou des buts légitimes au regard du paragraphe 2 et, de surcroît, est «nécessaire dans une société démocratique» pour atteindre ces derniers.

a) **L'ingérence était-elle «prévues par la loi» ?**

47. D'après le requérant, la base légale en droit suisse fait défaut. En particulier, il affirme que la mesure litigieuse ne peut pas se fonder sur les articles 66 à 72 PPF, le Gouvernement n'ayant produit aucun élément susceptible de prouver qu'une poursuite pénale avait été ouverte contre un tiers ou que les autorités s'étaient conformées à la procédure fixée par ces dispositions. A cet égard, il souligne que l'allégation du Gouvernement selon laquelle les documents ne seraient plus disponibles n'est pas crédible. En effet, il ressort du rapport de la commission d'enquête parlementaire en charge d'instruire l'affaire dite «des fiches» qu'il existe des listes relatives aux écoutes téléphoniques ordonnées par le ministère public puis exécutées par les PTT; par ailleurs, la chambre d'accusation du Tribunal fédéral possède les registres dans lesquels sont consignées les autorisations délivrées par son président; de surcroît, le Gouvernement ne peut prétendre qu'un employé de l'ambassade alors soviétique à Berne était surveillé que s'il dispose de documents pour étayer cette affirmation; enfin, le fait que l'enregistrement n'a pas été détruit «à l'issue de la procédure» (article 66 § 1 *ter* PPF) démontre qu'il n'y avait pas d'instruction au sens des articles 66 et suivants PPF.

Le requérant exprime l'avis que l'ensemble des lignes téléphoniques de l'ambassade alors soviétique à Berne étaient écoutées de façon systématique, en dehors de tout soupçon concret contre une personne déterminée et d'une procédure judiciaire conforme à la loi. Selon lui, cette présomption est confirmée par le fait qu'au cours de la procédure devant les autorités suisses, celles-ci ont expressément mentionné les termes «informations de contre-espionnage». En outre, les enquêtes de la commission d'enquête parlementaire en charge d'instruire l'affaire dite «des fiches» ont démontré que les organes de la police fédérale avaient surveillé les citoyennes et les citoyens pendant des décennies sans autorisation de la part d'un tribunal. Or l'article 17 § 3 PPF ne saurait fonder de tels procédés de la police politique.

Quant à l'arrêt du Conseil fédéral du 29 avril 1958 concernant le Service de police du ministère public fédéral, le requérant souligne que ce texte contient des dispositions purement organisationnelles relatives aux différents offices du Département fédéral de justice et de police et ne donne aucunement pouvoir à ces derniers de s'ingérer dans des droits

et libertés protégés par la Convention; il ne peut dès lors être considéré comme une base légale adéquate. Au demeurant, le requérant considère que ce texte n'est pas suffisamment précis et accessible pour satisfaire à l'exigence de «prévisibilité» telle que définie par la jurisprudence de la Cour.

48. Pour la Commission, la surveillance de l'entretien téléphonique du requérant ne repose pas sur une base légale suffisante. En effet, l'arrêt du Conseil fédéral du 29 avril 1958 concernant le Service de police du ministère public fédéral est rédigé en termes trop généraux. Par ailleurs, il n'a pas été démontré que la procédure prévue aux articles 66 et suivants PPF avait été suivie.

49. Le Gouvernement soutient que l'existence d'une base légale en droit suisse ne fait aucun doute. A titre préliminaire, il indique que la mesure litigieuse a été effectuée dans le cadre d'une surveillance décidée par le ministère public à l'encontre d'un collaborateur déterminé de l'ambassade alors soviétique à Berne, en application de l'article 66 § 1 *bis* PPF, et que le requérant n'était pas la personne visée par la mise sur écoute, ni en qualité de suspect ni en qualité de tiers (ce dernier étant la personne ayant commandé l'appareil dépilatoire); le requérant a donc été enregistré «par hasard», en qualité de «participant nécessaire».

Pour le Gouvernement, il importe peu de savoir si la mesure litigieuse a été décidée dans le cadre d'une procédure pénale déjà engagée ou dans le but de prévenir une infraction puisque les articles 17 § 3 (fondé sur l'article 102 §§ 9 et 10 de la Constitution fédérale) et 72 PPF ainsi que premier de l'arrêt du Conseil fédéral du 29 avril 1958 concernant le Service de police du ministère public fédéral constituent une base légale suffisante dans les deux hypothèses. Il souligne que la Cour, dans une affaire similaire, a conclu à l'existence d'une base légale en droit suisse (arrêt Kopp précité, pp. 540-541, §§ 56 à 61).

La seule question décisive est celle de savoir si les garanties fixées par la loi ont été respectées. A cet égard, le Gouvernement déclare que, dans l'impossibilité d'avoir accès au dossier, il ne peut vérifier si l'approbation du président de la chambre d'accusation du Tribunal fédéral requise par l'article 66 *bis* PPF a été accordée. Sur la base du rapport établi par la commission d'enquête parlementaire en charge d'instruire l'affaire dite «des fiches», aux termes duquel le président de la chambre d'accusation du Tribunal fédéral avait approuvé toutes les décisions du juge d'instruction, il suppose toutefois que tel a été le cas en l'espèce.

50. La Cour rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle les mots «prévue par la loi» imposent non seulement que la mesure incriminée ait une base en droit interne, mais visent aussi la qualité de la loi en cause: ainsi, celle-ci doit être accessible au justiciable et prévisible (arrêt Kopp précité, p. 540, § 55).

i. Existence d'une base légale en droit suisse

51. La question de savoir si cette condition se trouve remplie prête à controverse, le Gouvernement soutenant que les articles 17 § 3 et 72 PPF ainsi que premier de l'arrêté du Conseil fédéral du 29 avril 1958 concernant le Service de police du ministère public fédéral constituent une base légale suffisante, ce que conteste le requérant.

52. La Cour rappelle qu'il incombe au premier chef aux autorités nationales, et singulièrement aux tribunaux d'interpréter et d'appliquer le droit interne (arrêts *Kruslin c. France* du 24 avril 1990, série A n° 176-A, pp. 21-22, § 29, et *Kopp* précité, p. 541, § 59). A cet égard, elle relève que dans son arrêt du 14 septembre 1994, le Tribunal fédéral a estimé qu'il n'était pas nécessaire de rechercher si les articles 17 § 3 PPF et premier de l'arrêté du Conseil fédéral du 29 avril 1958 concernant le Service de police du ministère public fédéral étaient susceptibles de justifier l'atteinte à la personnalité alléguée par le requérant. Par ailleurs, cette juridiction ne s'est exprimée qu'en des termes très généraux sur l'article 72 PPF, se limitant à rappeler qu'il était admissible de recueillir des informations afin de prévenir des infractions contre l'Etat ou la défense nationale lorsque des éléments donnaient à penser que les préparatifs de telles infractions étaient en cours.

53. Il est vrai que la Cour s'est déjà prononcée sur la question de savoir si la loi fédérale sur la procédure pénale constituait, en droit suisse, une base légale suffisante en matière d'écoutes téléphoniques (arrêt *Kopp* précité, pp. 540-541, §§ 56 à 61). A la différence de la présente affaire, toutefois, l'autorité alors saisie par M. Kopp (le Conseil fédéral) avait examiné de manière détaillée la question de la légalité de la surveillance (*ibidem*, p. 533, § 31 b)) et l'article 72 PPF n'était pas en cause.

54. En l'espèce, la Cour n'estime pas nécessaire de rechercher si l'interception de l'appel téléphonique du 12 octobre 1981 reposait sur une base légale. En effet, à supposer même que tel fût le cas, l'une des exigences découlant de l'expression «prévue par la loi», en l'occurrence la prévisibilité, ne se trouve pas réalisée.

ii. Qualité de la loi

55. La Cour rappelle que les mots «prévue par la loi» impliquent des conditions qui vont au-delà de l'existence d'une base légale en droit interne et exigent que celle-ci soit «accessible» et «prévisible».

56. Selon la jurisprudence constante de la Cour, une norme est «prévisible» lorsqu'elle est rédigée avec assez de précision pour permettre à toute personne, en s'entourant au besoin de conseils éclairés, de régler sa conduite (arrêt *Malone c. Royaume-Uni* du 2 août 1984, série A n° 82, pp. 31-32, § 66). En matière de mesures de surveillance secrète, la Cour a souligné l'importance de ce concept en ces termes (*ibidem*, pp. 32-33, §§ 67-68):

« La Cour rappelle qu'à ses yeux le membre de phrase « prévue par la loi » ne se borne pas à renvoyer au droit interne, mais concerne aussi la qualité de la « loi » ; il la veut compatible avec la prééminence du droit, mentionnée dans le préambule de la Convention (...). Il implique ainsi – et cela ressort de l'objet et du but de l'article 8 – que le droit interne doit offrir une certaine protection contre des atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis par le paragraphe 1 (...). Or le danger d'arbitraire apparaît avec une netteté singulière là où un pouvoir de l'exécutif s'exerce en secret (...).

(...) Puisque l'application de mesures de surveillance secrète des communications échappe au contrôle des intéressés comme du public, la « loi » irait à l'encontre de la prééminence du droit si le pouvoir d'appréciation accordé à l'exécutif ne connaissait pas de limites. En conséquence, elle doit définir l'étendue et les modalités d'exercice d'un tel pouvoir avec une netteté suffisante – compte tenu du but légitime poursuivi – pour fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire. »

Elle a aussi précisé que « les écoutes et autres formes d'interception des entretiens téléphoniques représentent une atteinte grave au respect de la vie privée et de la correspondance. Partant, elles doivent se fonder sur une « loi » d'une précision particulière. L'existence de règles claires et détaillées en la matière apparaît indispensable, d'autant que les procédés techniques ne cessent de se perfectionner » (arrêt Kopp précité, pp. 542-543, § 72).

57. Il convient donc d'examiner la « qualité » des normes juridiques invoquées en l'espèce.

58. La Cour relève d'abord que l'article premier de l'arrêté du Conseil fédéral du 29 avril 1958 concernant le Service de police du ministère public fédéral, aux termes duquel la police fédérale « assure le service des enquêtes et des informations dans l'intérêt de la sûreté intérieure et extérieure de la Confédération » notamment par des mesures de « surveillance », ne contient aucune indication relative aux personnes susceptibles de faire l'objet de telles mesures, aux circonstances dans lesquelles celles-ci peuvent être ordonnées, aux moyens à employer ou aux procédures à observer. Cette norme ne saurait en conséquence être considérée comme suffisamment claire et détaillée pour assurer une protection appropriée contre les ingérences des autorités dans le droit du requérant au respect de sa vie privée et de sa correspondance.

59. Elle estime qu'il en est de même de l'article 17 § 3 PPF, rédigé en des termes similaires.

60. Quant aux autres dispositions de la loi fédérale sur la procédure pénale, elle observe que l'article 66 définit les catégories de personnes susceptibles d'être mises sur écoutes judiciaires ainsi que les circonstances dans lesquelles une telle surveillance peut être ordonnée. Par ailleurs, les articles 66 *bis* et suivants fixent la procédure à suivre ; ainsi, l'exécution de la mesure est limitée dans le temps et soumise au contrôle d'un magistrat indépendant, en l'occurrence le président de la chambre d'accusation du Tribunal fédéral.

61. La Cour ne minimise nullement la valeur de ces garanties. Toutefois, elle souligne que le Gouvernement n'a pas été en mesure d'établir que les conditions d'application de l'article 66 PPF avaient été respectées et les mécanismes de protection prévus aux articles 66 et suivants PPF observés.

Elle relève en outre qu'au dire du Gouvernement, le requérant n'était pas la personne visée par la mesure litigieuse, ni en qualité de suspect ou d'inculpé ni en qualité de tiers présumé recevoir ou transmettre des informations à un suspect ou un inculpé, mais a participé « par hasard » à une conversation téléphonique enregistrée dans le cadre d'une surveillance dirigée contre un collaborateur déterminé de l'ambassade alors soviétique à Berne.

Or la loi fédérale sur la procédure pénale vise avant tout la surveillance des personnes suspectées ou inculpées d'un crime ou d'un délit (article 66 § 1 PPF), voire des tiers présumés recevoir ou transmettre des informations à ces dernières (article 66 § 1 bis PPF), mais ne réglemente pas de façon détaillée le cas des interlocuteurs écoutés « par hasard », en qualité de « participants nécessaires » à une conversation téléphonique enregistrée par les autorités en application de ces dispositions. En particulier, la loi ne précise pas les précautions à prendre à leur égard.

62. La Cour conclut que l'ingérence ne saurait passer pour « prévue par la loi » puisque le droit suisse n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré.

Il s'ensuit qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention en ce qui concerne l'enregistrement de l'appel téléphonique reçu par le requérant le 12 octobre 1981 d'une personne de l'ambassade alors soviétique à Berne.

b) Finalité et nécessité de l'ingérence

63. Eu égard à la conclusion qui précède, la Cour n'estime pas nécessaire d'examiner le respect des autres exigences du paragraphe 2 de l'article 8.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION QUANT À L'ÉTABLISSEMENT D'UNE FICHE ET SA CONSERVATION DANS LE FICHER DE LA CONFÉDÉRATION

64. Le requérant se plaint de ce que l'établissement d'une fiche le concernant, à la suite de l'interception de l'appel téléphonique reçu d'une personne de l'ambassade alors soviétique à Berne, et sa conservation dans le fichier de la Confédération ont entraîné une violation de l'article 8 de la Convention.

A. Applicabilité de l'article 8

65. La Cour rappelle que la mémorisation de données relatives à la «vie privée» d'un individu entre dans le champ d'application de l'article 8 § 1 (arrêt *Leander c. Suède* du 26 mars 1987, série A n° 116, p. 22, § 48).

A cet égard, elle souligne que le terme «vie privée» ne doit pas être interprété de façon restrictive. En particulier, le respect de la vie privée englobe le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables; de surcroît, aucune raison de principe ne permet d'exclure les activités professionnelles ou commerciales de la notion de «vie privée» (arrêts *Nicmictz c. Allemagne* du 16 décembre 1992, série A n° 251-B, pp. 33-34, § 29, et *Halford* précité, pp. 1015-1016, § 42).

Cette interprétation extensive concorde avec celle de la Convention élaborée au sein du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1985, dont le but est «de garantir, sur le territoire de chaque Partie, à toute personne physique (...) le respect de ses droits et de ses libertés fondamentales, et notamment de son droit à la vie privée, à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel la concernant» (article 1), ces dernières étant définies comme «toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable» (article 2).

66. En l'espèce, la Cour relève qu'une fiche a été établie concernant le requérant, sur laquelle il a été indiqué que ce dernier était un «contact auprès de l'ambassade russe» et faisait «du commerce de différentes sortes avec la société [A.]» (paragraphes 15 et 18 ci-dessus).

67. Pour la Cour, il s'agit là sans contredit de données relatives à la «vie privée» du requérant et l'article 8 trouve en conséquence à s'appliquer à ce grief également.

B. Observation de l'article 8

1. *Sur l'existence d'une ingérence*

68. Pour le Gouvernement, la question de savoir s'il y a eu «ingérence» au sens de l'article 8 de la Convention demeure posée, puisque «la fiche ne contenait aucun élément sensible en rapport avec la vie privée du requérant», que ce dernier «n'a subi aucun inconvénient du fait de l'établissement et de la conservation de la fiche» et que celle-ci n'a «très probablement jamais été consultée par des tiers».

69. La Cour rappelle que la mémorisation par une autorité publique de données relatives à la vie privée d'un individu constitue une ingérence au sens de l'article 8. L'utilisation ultérieure des informations mémorisées

importe peu (voir, *mutatis mutandis*, arrêts Leander précité, p. 22, § 48, et Kopp précité, p. 540, § 53).

70. En l'espèce, la Cour relève qu'une fiche contenant des données relatives à la vie privée du requérant a été établie par le ministère public, puis conservée dans le fichier de la Confédération. A cet égard, elle souligne qu'il ne lui appartient pas de spéculer sur le caractère sensible ou non des éléments recueillis ni sur les éventuels inconvénients subis par le requérant. Il lui suffit de constater que des données relatives à la vie privée d'un particulier ont été mémorisées par une autorité publique pour conclure qu'en l'espèce, l'établissement et la conservation de la fiche litigieuse constituent une ingérence, au sens de l'article 8, dans le droit au respect de la vie privée du requérant.

2. *Justification de l'ingérence*

71. Pareille ingérence méconnaît l'article 8 sauf si, «prévues par la loi», elle poursuit un ou des buts légitimes au regard du paragraphe 2 et, de surcroît, est «nécessaire dans une société démocratique» pour atteindre ces derniers.

a) *L'ingérence était-elle «prévues par la loi» ?*

72. Selon le requérant, l'établissement et la conservation de la fiche le concernant sont des mesures qui ne reposent pas sur une base légale. En particulier, il affirme que l'article 17 § 3 PPF n'autorise pas la police fédérale à consigner les résultats de ses mesures de surveillance. Quant aux directives du Conseil fédéral du 16 mars 1981 applicables au traitement des données personnelles dans l'administration fédérale, elles sont destinées aux fonctionnaires de l'administration et il ne s'agit donc pas d'une loi suffisamment claire et précise pour permettre aux citoyens de déterminer leurs droits et obligations.

Il soutient que de surcroît les autorités ne se sont pas conformées aux normes en vigueur, puisque l'article 66 § 1 *ter* PPF et le chiffre 414 des directives du Conseil fédéral du 16 mars 1981 applicables au traitement des données personnelles dans l'administration fédérale exigeaient la destruction des enregistrements ne s'avérant pas nécessaires pour l'exécution d'une enquête.

Enfin, il souligne que la législation entrée en vigueur au début des années 90, après l'éclatement de l'affaire dite «des fiches», ne prévoit pas la possibilité d'engager une procédure judiciaire aux fins d'obtenir la destruction d'une fiche. Ainsi, aux termes de l'arrêté fédéral du 9 octobre 1992 sur la consultation des documents du ministère public de la Confédération et de l'ordonnance du Conseil fédéral du 20 janvier 1993 sur la consultation des documents du ministère public de la

Confédération, les fiches sont conservées dans les archives fédérales et il est seulement loisible aux justiciables d'y faire annoter une remarque lorsque le contenu en est contesté.

73. La Commission partage l'opinion du requérant. En particulier, elle estime que les directives du Conseil fédéral du 16 mars 1981 applicables au traitement des données personnelles dans l'administration fédérale ne sont pas assez précises et se contentent de présupposer, sans en donner une elles-mêmes, une base légale à la mémorisation d'informations.

74. Le Gouvernement soutient que l'ordre juridique suisse offre, compte tenu «des particularités caractérisant les mesures secrètes dans le domaine de la protection de la sécurité de l'Etat», une base légale suffisamment accessible et prévisible.

Il est d'avis qu'avant 1990, les mesures litigieuses étaient principalement fondées sur les articles 17 § 3 PPF et premier de l'arrêté du Conseil fédéral du 29 avril 1958 concernant le Service de police du ministère public fédéral, ces dispositions étant concrétisées par les directives du Conseil fédéral du 16 mars 1981 applicables au traitement des données personnelles dans l'administration fédérale. Il précise que ces directives ont été publiées dans la *Feuille fédérale* (FF 1981, I, p. 1314).

Il indique qu'après 1990, plusieurs textes ont été édictés en matière de traitement et de consultation de documents contenant des données personnelles, en particulier l'ordonnance du Conseil fédéral du 5 mars 1990 relative au traitement des documents de la Confédération établis pour assurer la protection de l'Etat, l'arrêté fédéral du 9 octobre 1992 sur la consultation des documents du ministère public de la Confédération et l'ordonnance du Conseil fédéral du 20 janvier 1993 sur la consultation des documents du ministère public de la Confédération.

i. L'établissement de la fiche

75. La Cour relève qu'en décembre 1981, date à laquelle fut établie la fiche concernant le requérant, la loi fédérale sur la procédure pénale, l'arrêté du Conseil fédéral du 29 avril 1958 concernant le Service de police du ministère public fédéral et les directives du Conseil fédéral du 16 mars 1981 applicables au traitement des données personnelles dans l'administration fédérale étaient en vigueur. Toutefois, aucun de ces textes ne mentionnant expressément l'existence d'un registre du ministère public, la question pourrait se poser de savoir si la rédaction de la fiche litigieuse reposait sur «une base légale en droit suisse» et, dans l'affirmative, si cette dernière était «accessible» (arrêt Leander précité, p. 23, § 51). A cet égard, elle observe en effet que les directives du Conseil fédéral du 16 mars 1981 étaient avant tout destinées au personnel de l'administration fédérale.

En l'espèce, cependant, elle n'estime pas nécessaire de se prononcer à ce sujet, puisqu'à supposer même que l'établissement de la fiche, en décembre 1981, fût fondé sur une base légale accessible, celle-ci n'était pas «prévisible».

76. La Cour a jugé ci-dessus (paragraphe 58 et 59) que les articles 17 § 3 PPF et premier de l'arrêté du Conseil fédéral du 29 avril 1958 concernant le Service de police du ministère public fédéral étaient rédigés en termes trop généraux pour satisfaire à l'exigence de prévisibilité en matière d'écoutes téléphoniques. Pour les motifs déjà exposés, elle aboutit à la même conclusion concernant la création de la fiche sur le requérant.

Quant aux directives du Conseil fédéral du 16 mars 1981 applicables au traitement des données personnelles dans l'administration fédérale, elles énoncent quelques principes généraux, par exemple que le «traitement de données personnelles doit reposer sur une base légale» (chiffre 411) ou que les «données personnelles ne doivent être traitées que dans des buts bien déterminés» (chiffre 412), mais ne contiennent aucune indication appropriée sur l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir conféré au ministère public de recueillir, enregistrer et conserver des informations; ainsi, elles ne précisent pas les conditions d'établissement des fiches, les procédures à suivre, les informations pouvant être mémorisées et les mentions éventuellement interdites.

Ces directives, à l'instar de la loi fédérale sur la procédure pénale et l'arrêté du Conseil fédéral du 29 avril 1958 concernant le Service de police du ministère public fédéral, ne sauraient en conséquence être considérées comme suffisamment claires et détaillées pour assurer une protection adéquate contre les ingérences des autorités dans le droit du requérant au respect de sa vie privée.

77. L'établissement de la fiche concernant le requérant n'était donc pas «prévu par la loi» au sens de l'article 8 de la Convention.

ii. La conservation de la fiche

78. La Cour souligne d'abord qu'il paraît douteux que la conservation d'une fiche dont la création n'a pas été «prévue par la loi» puisse satisfaire à cette exigence.

De surcroît, elle relève que le droit suisse, et ce tant avant qu'après 1990, prévoit expressément la destruction des données qui ne s'avèrent plus «nécessaires» ou sont devenues «inutiles» (article 66 § 1^{er} PPF, chiffre 414 des directives du Conseil fédéral du 16 mars 1981 applicables au traitement des données personnelles dans l'administration fédérale et article 7 de l'arrêté fédéral du 9 octobre 1992 sur la consultation des documents du ministère public de la Confédération).

Or, en l'espèce, les autorités n'ont pas détruit les renseignements mémorisés lorsqu'il s'est avéré qu'aucune infraction n'était en cours de

préparation, comme le souligne le Tribunal fédéral dans son arrêt du 14 septembre 1994.

79. Pour ces motifs, la conservation de la fiche concernant le requérant n'était pas «prévue par la loi» au sens de l'article 8 de la Convention.

80. La Cour conclut que tant l'établissement de la fiche litigieuse par le ministère public que la conservation de cette dernière dans le fichier de la Confédération constituent des ingérences dans la vie privée du requérant qui ne sauraient passer pour «prévues par la loi» puisque le droit suisse n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré. Il s'ensuit qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention.

b) Finalité et nécessité de l'ingérence

81. Eu égard à la conclusion qui précède, la Cour n'estime pas nécessaire d'examiner le respect des autres exigences du paragraphe 2 de l'article 8.

III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 13 DE LA CONVENTION

82. Le requérant allègue en outre une violation de l'article 13 de la Convention, 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, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles.»

A. Sur l'exception préliminaire du Gouvernement

83. Le Gouvernement constate que dans son mémoire déposé le 11 mai 1999, le requérant n'est pas revenu sur son grief relatif à l'article 13 de la Convention. Il estime qu'en conséquence, il n'y a pas lieu d'examiner cette question.

84. La Cour relève que le requérant avait invoqué l'article 13 de la Convention devant la Commission, que cette dernière a examiné ce grief dans son rapport établi le 20 mai 1998 et qu'invité devant la Cour à soumettre des mémoires portant sur les questions soulevées par l'affaire, telle que retenue par la Commission, le requérant a présenté des observations sur l'article 13 dans son mémoire déposé le 14 juin 1999.

En conséquence, la Cour estime que le requérant n'a pas manifesté l'intention de renoncer à invoquer devant elle la violation de l'article 13 de la Convention qu'il avait alléguée devant la Commission.

Partant, l'exception préliminaire du Gouvernement ne saurait être retenue.

B. Sur le bien-fondé du grief

85. Le requérant se plaint de n'avoir pas disposé d'un «recours effectif» puisque devant le Tribunal fédéral, il n'a pas eu la possibilité de soulever la question du caractère licite ou non de l'écoute téléphonique, de l'établissement de la fiche et de la conservation de cette dernière.

86. Selon la Commission, l'action de droit administratif intentée par le requérant a constitué un recours effectif.

87. Le Gouvernement souscrit à cette thèse. Il souligne que le requérant, en saisissant le Tribunal fédéral d'une action de droit administratif, a demandé réparation de son tort moral mais aussi, à titre subsidiaire, la constatation du caractère illicite de la fiche le concernant.

88. La Cour rappelle d'abord que dans une affaire issue d'une requête individuelle, elle n'a pas pour tâche de contrôler dans l'abstrait une législation ou une pratique contestée, mais doit autant que possible se limiter, sans oublier le contexte général, à traiter les questions soulevées par le cas concret dont elle se trouve saisie (arrêt *Les saints monastères c. Grèce* du 9 décembre 1994, série A n° 301-A, pp. 30-31, § 55).

Elle rappelle ensuite que l'article 13 de la Convention impose d'accorder à tout individu qui s'estime lésé par une mesure prétendument contraire à la Convention un recours devant une instance nationale aux fins de voir statuer sur son grief et, le cas échéant, obtenir réparation (arrêt *Leander* précité, pp. 29-30, § 77). Cette disposition n'exige toutefois pas la certitude d'un résultat favorable (arrêt *D. c. Royaume-Uni* du 2 mai 1997, *Recueil* 1997-III, p. 798, § 71).

89. En l'espèce, la Cour relève que le requérant a été en mesure de consulter sa fiche dès qu'il en a fait la demande, en 1990, lorsque la population dans son ensemble eut connaissance de l'existence du fichier du ministère public. Elle souligne en outre que le requérant a intenté une action de droit administratif devant le Tribunal fédéral et qu'à cette occasion, il a été en mesure de se plaindre de ce que la surveillance téléphonique et la rédaction de la fiche ne reposaient pas sur une base légale, d'une part, et de l'absence de «recours effectif» contre ces mesures, d'autre part. Elle note que le Tribunal fédéral avait compétence pour se prononcer sur ces griefs et a procédé à leur examen; à cet égard, elle rappelle que le seul fait que le requérant soit débouté de toutes ses conclusions ne constitue pas en soi un élément suffisant pour juger du caractère «effectif» ou non de l'action de droit administratif.

90. Le requérant a donc disposé, en droit suisse, d'un recours effectif pour exposer les violations de la Convention qu'il alléguait. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 13.

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

91. 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

92. Le requérant réclame 1 000 francs suisses (CHF) pour dommage moral et ne sollicite aucune somme au titre du préjudice matériel.

93. Le Gouvernement est d'avis qu'en cas de constat de violation de la Convention par la Cour, le dommage moral serait suffisamment réparé par la publicité donnée à l'arrêt.

94. La Cour juge le dommage moral suffisamment compensé par le constat des violations de l'article 8 de la Convention.

B. Frais et dépens

95. Le requérant demande en outre 7 082,15 CHF au titre des frais et dépens occasionnés par la procédure devant les organes de la Convention.

96. Le Gouvernement se dit prêt à payer, à la lumière de l'ensemble des circonstances de la présente affaire et des montants accordés par la Cour dans d'autres requêtes dirigées contre la Suisse, 5 000 CHF.

97. La Cour estime que la demande relative aux frais et dépens est raisonnable et considère qu'il y a lieu de l'accueillir en totalité.

C. Intérêts moratoires

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

PAR CES MOTIFS, LA COUR, À L'UNANIMITÉ,

1. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention concernant l'interception de l'appel téléphonique ;

2. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention concernant l'établissement et la conservation de la fiche;
3. *Rejette* l'exception préliminaire du Gouvernement relative à l'article 13 de la Convention;
4. *Dit* qu'il n'y a pas eu violation de l'article 13 de la Convention;
5. *Dit* que le présent arrêt constitue en soi une satisfaction équitable suffisante pour le dommage moral subi par le requérant;
6. *Dit*
 - a) que l'Etat défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois, 7 082,15 CHF (sept mille quatre-vingt-deux francs suisses quinze centimes) pour frais et dépens;
 - b) que ce montant sera à majorer d'un intérêt simple de 5 % l'an à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement;
7. *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 16 février 2000.

Elisabeth PALM
Présidente

Michele DE SALVA
Greffier

ANNEXE

**AVIS DE LA COMMISSION EUROPÉENNE
DES DROITS DE L'HOMME¹**

(formulé dans le rapport de la Commission² du 20 mai 1998)

[La Commission siégeait dans la composition suivante :

MM. N. BRATZA, *président*
de la première chambre,
S. TRECHSEL,
E. BUSUTIL,
A. WEITZEL,
C.L. ROZAKIS,
M^{me} J. LIDDY,
MM. L. LOUCAIDES,
B. MARXER,
B. CONFORTI,
I. BÉKÉS,
G. RESS,
A. PERENČIĆ,
C. BIRSAN,
K. HERNDL,
M. VILA AMIGÓ,
M^{me} M. HION,
M. R. NICOLINI,
et M^{me} M.F. BUQUICCHIO, *secrétaire*
de la première chambre.]

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. Grievs déclarés recevables

44. Ont été déclarés recevables les griefs suivants selon lesquels :
- la surveillance des communications téléphoniques du requérant et la conservation des informations qu'elle a permis de recueillir ont enfreint le droit de l'intéressé au respect de sa vie privée ; et
 - le requérant ne disposait d'aucune voie de recours interne pour s'en plaindre.

B. Points en litige

45. Les questions à trancher sont donc celles-ci :
- y a-t-il eu violation de l'article 8 de la Convention ?
 - y a-t-il eu violation de l'article 13 de la Convention ?

C. Quant à l'article 8 de la Convention

46. Le requérant se plaint d'une ingérence dans son droit au respect de sa vie privée, garanti par l'article 8 de la Convention. Selon lui, ni la surveillance de ses conversations téléphoniques avec l'ambassade alors soviétique ni l'établissement et la conservation d'une fiche n'avaient de base légale. Était aussi disproportionné, au sens de l'article 8 § 2 de la Convention, le fait de conserver sur une fiche les informations le concernant.

47. Les passages pertinents de l'article 8 de la Convention sont ainsi libellés :

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

48. Selon le requérant, rien ne garantit que la période d'attente de cinquante ans sera effectivement observée, puisque le législateur a pleinement le loisir de l'abolir en tout ou partie. Il conteste aussi que la fiche n'eût renfermé aucune information sensible. Qu'il ait été étiqueté « contact auprès de l'ambassade russe » représente en réalité pour lui une menace à ne pas négliger. Quiconque est au courant et, de ce fait, n'établit pas de relations commerciales avec lui, ne le lui dira pas. On ne mentionne nulle part que chaque consultation de sa fiche est signalée et l'on ne saurait exclure que la police du canton de Zurich ait encore en sa possession des documents indiquant le contact qu'il aurait eu avec

l'ambassade. Le requérant se plaint d'ailleurs aussi du fait pur et simple qu'une fiche ait été établie, ce qui contreviendrait à l'article 8 de la Convention.

49. L'intéressé relève que la consignation de données était irrégulière en soi. L'article 17 § 3 de la loi fédérale sur la procédure pénale, qui ne vise que les infractions relevant de la compétence des juridictions pénales fédérales, ne pose aucune condition à la surveillance des communications téléphoniques et ne prévoit pas de mesures suffisantes de protection contre les abus. Les directives du 16 mars 1981 applicables au traitement des données personnelles dans l'administration fédérale, qu'invoque le Gouvernement, n'indiquent pas les conditions réelles qui permettraient aux autorités de surveiller les communications téléphoniques de manière extensive. Dans l'ensemble, l'ingérence des autorités dans la vie privée du requérant n'aurait pas de base légale. Partant, ce serait une pratique totalitaire que de consigner et de conserver pendant des décennies des éléments dénués d'intérêt.

50. Le requérant ne voit pas comment la commande et la livraison d'un appareil dépilatoire à pile pourrait mettre la sûreté nationale en danger, comme le prétend le Gouvernement. D'un autre côté, l'on ne pourrait dire que la fiche ne renfermait aucun élément sensible et ne causait aucun inconvénient à l'intéressé. Tout ce que l'on peut dire, c'est qu'aucun effet préjudiciable aux activités commerciales du requérant n'est apparu à cause de la conservation de la fiche. L'élément déterminant est le principe du droit à l'autodétermination, qui interdit aux autorités de l'Etat d'enregistrer les conversations de particuliers quelles qu'elles soient.

51. Le Gouvernement affirme que les mesures dénoncées sont conformes à la Convention. D'une part, la conservation de la fiche du requérant ne s'analyserait pas en une ingérence dans les droits de l'intéressé au regard de l'article 8 § 1 de la Convention, puisqu'en 1996 ladite fiche a été retirée du fichier central et versée aux archives fédérales où nul ne peut la consulter, et ce pendant cinquante ans.

52. D'autre part, même s'il y a eu ingérence, la mesure serait selon le Gouvernement justifiée au regard de l'article 8 § 2 de la Convention. Elle était «prévue par la loi» en ce qu'avant 1990 la situation se trouvait régie par les articles 17 § 3, 66 et suivants de la loi fédérale sur la procédure pénale ainsi que par les directives du 16 mars 1981 applicables au traitement des données personnelles dans l'administration fédérale. Après 1990 cette question fut régie par l'ordonnance relative au traitement des documents de la Confédération établis pour assurer la protection de l'Etat et par l'arrêté fédéral sur la consultation des documents du ministère public de la Confédération, ainsi que par la loi fédérale sur la protection des données personnelles.

53. Le Gouvernement soutient en outre que la mesure dont il s'agit tendait à protéger la sécurité nationale au sens de l'article 8 § 2 de la

Convention et pouvait passer pour «nécessaire dans une société démocratique» eu égard à la marge d'appréciation dont jouissent les autorités. La conservation de la fiche n'a causé au requérant aucun inconvénient. Elle ne renfermait aucune information sensible sur la vie privée de l'intéressé. D'ailleurs, le fichier dans lequel ladite fiche a été placée n'a été consulté qu'à deux reprises; selon toute probabilité, la fiche du requérant n'a jamais été consultée.

54. La Commission rappelle que, selon la jurisprudence de la Cour, l'interception des communications téléphoniques constitue une «ingérence d'une autorité publique» au sens de l'article 8 § 2 de la Convention, dans l'exercice d'un droit que garantit le paragraphe 1 (Cour eur. DH, arrêt Kopp c. Suisse du 25 mars 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-II, p. 540, § 53). La mémorisation d'informations concernant la vie privée d'une personne dans un registre secret tenu par une autorité de l'Etat porte atteinte au droit au respect de la vie privée, garanti par l'article 8 § 1 de la Convention (Cour eur. DH, arrêt Leander c. Suède du 26 mars 1987, série A n° 116, p. 22, § 48).

55. En l'espèce, la Commission estime que la surveillance de la conversation téléphonique du requérant avec ce qui était à l'époque l'ambassade soviétique, puis l'établissement et la conservation d'une fiche sur l'intéressé s'analysent en des ingérences dans le droit de celui-ci au respect de sa vie privée, au sens de l'article 8 § 1 de la Convention. Le Gouvernement rétorque à cet égard que la fiche se trouve désormais dans les archives fédérales où l'on ne peut la consulter. La Commission relève toutefois que de 1981 à 1990, ladite fiche se trouvait auprès du ministère public de la Confédération où elle pouvait être consultée à l'insu du requérant. D'ailleurs, l'existence d'une ingérence ne saurait dépendre d'un préjudice identifiable que le requérant aurait pu subir; une telle exigence rendrait théoriques et illusoirs les garanties que fournit l'article 8 de la Convention, alors qu'elles doivent être concrètes et effectives (Cour eur. DH, arrêt Artico c. Italie du 13 mai 1980, série A n° 37, pp. 15-16, § 33).

56. La Commission doit dès lors rechercher si ces ingérences se justifiaient au regard du paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention.

57. L'expression «prévues par la loi», au sens du paragraphe 2 de l'article 8, veut que l'ingérence ait une base en droit interne. La loi en cause doit par ailleurs être accessible à l'intéressé, qui en outre doit pouvoir en prévoir les conséquences pour lui (arrêt Leander, *loc. cit.*, p. 23, § 50).

58. Lorsqu'il s'agit de mesures secrètes de surveillance ou de l'interception de communications par les autorités publiques, l'expression «prévues par la loi» impose non seulement le respect du droit interne, mais concerne aussi la qualité de la loi, qui doit être compatible avec la prééminence du droit. C'est ainsi que la loi doit user de termes

assez clairs pour indiquer à tous de manière suffisante en quelles circonstances et sous quelles conditions elle habilite la puissance publique à prendre pareilles mesures secrètes (Cour eur. DH, arrêt Halford c. Royaume-Uni du 25 juin 1997, *Recueil* 1997-III, p. 1017, § 49).

59. Néanmoins, la Convention limite le pouvoir qu'a la Commission de contrôler le respect de la législation interne pertinente. Il incombe au premier chef aux autorités nationales d'interpréter et appliquer le droit interne (Cour eur. DH, arrêt Friedl c. Autriche du 31 janvier 1995, série A n° 305-B, avis de la Commission, pp. 22-23, § 58).

60. La Commission considère d'abord la surveillance de la communication téléphonique du requérant avec l'ambassade alors soviétique. Dans son arrêt du 14 septembre 1994, le Tribunal fédéral a mentionné à ce propos deux séries de dispositions légales (paragraphe 30 du rapport). Il a d'abord renvoyé à l'article premier de l'arrêté de 1958 du Conseil fédéral concernant le Service de police du ministère public fédéral, lequel habilite les autorités à surveiller et empêcher les actes de nature à mettre en danger la sûreté intérieure ou extérieure de la Confédération (paragraphe 37 du rapport). Il s'appuie ensuite sur les articles 66 et suivants de la loi fédérale sur la procédure pénale, qui permet la surveillance des communications téléphoniques et postales avant l'ouverture d'une instruction criminelle (paragraphe 39 et suivants du rapport). Le Tribunal fédéral a estimé à cet égard admissible de recueillir des informations pour prévenir des infractions pénales dirigées contre l'Etat si les circonstances montrent que de telles infractions sont en cours de préparation.

61. La Commission considère sur ce point que la présente affaire concerne des mesures secrètes de surveillance fort étendues, s'appliquant en particulier aux activités professionnelles du requérant. Les dispositions légales internes se doivent donc de donner des précisions quant aux mesures envisagées (arrêt Halford, *loc. cit.*).

62. En ce qui concerne l'article premier de l'arrêté du Conseil fédéral qu'invoque le Tribunal fédéral, la Commission estime qu'il est libellé en termes trop généraux et ne peut servir de base légale à la surveillance de la communication téléphonique du requérant.

63. Certes, la seconde série de dispositions dont le Tribunal fédéral fait état, en particulier les articles 66 et suivants de la loi fédérale sur la procédure pénale, mentionne expressément la surveillance des communications téléphoniques. Ces dispositions envisagent aussi diverses garanties procédurales en cas d'interception de pareilles conversations. Ainsi, l'article 66 de la loi fédérale autorise le juge d'instruction à surveiller de telles conversations; selon les articles 66 *bis*, *ter* et *quater*, il doit soumettre sa décision de placer les communications téléphoniques sous surveillance dans un délai de vingt-quatre heures à l'approbation du président de la chambre d'accusation du Tribunal fédéral (paragraphe 41 du rapport).

64. Toutefois, rien n'indique que les procédures prévues aux articles 66 et suivants de la loi fédérale aient été suivies dans le cas du requérant. L'arrêt du Tribunal fédéral du 14 septembre 1994 n'en fait nullement état.

65. Partant, il n'a pas été démontré que la surveillance de la communication téléphonique du requérant respectait les conditions posées par le droit interne.

66. La Commission examinera ensuite si l'établissement et la conservation de la fiche litigieuse reposaient sur une base légale.

67. Certes, d'après la jurisprudence de la Commission, une disposition légale prévoyant les circonstances dans lesquelles des informations peuvent être recueillies fournit en principe une base légale suffisante pour que de tels éléments soient conservés ultérieurement (McVeigh et autres c. Royaume-Uni, requêtes jointes n^{os} 8022/77, 8025/77 et 8027/77, rapport de la Commission du 18 mars 1981, Décisions et rapports 25, pp. 94-95, § 228).

68. La Commission vient toutefois de constater que l'article premier de l'arrêté de 1958 du Conseil fédéral et les articles 66 et suivants de la loi fédérale sur la procédure pénale ne pouvaient fournir de base légale à la surveillance de la communication téléphonique du requérant (paragraphe 64 ci-dessus). Ces dispositions ne peuvent donc pas davantage fournir une base légale à l'établissement de la fiche sur le requérant. La Commission relève à cet égard que le Tribunal fédéral lui-même n'a pas tranché la question de savoir si les articles 66 et suivants de la loi fédérale donnaient aussi une base légale à l'établissement d'une fiche et à la conservation des informations recueillies (paragraphe 31 du rapport).

69. Le gouvernement défendeur invoque en outre les directives applicables au traitement des données personnelles dans l'administration fédérale que le gouvernement suisse a adoptées le 16 mars 1981. Ces directives renferment des dispositions sur le traitement de telles données.

70. La Commission estime toutefois que ces directives ne donnent pas les précisions voulues pour une mesure d'une telle ampleur en ce qu'elles se contentent de présupposer, sans en donner une elles-mêmes, une base légale à l'établissement et à la mémorisation d'informations de ce genre. Elles ne peuvent donc servir de base légale à cet égard.

71. Partant, le droit suisse ne fournissait pas une base légale suffisante à la surveillance de la communication téléphonique du requérant, ni à l'établissement et à la conservation de la fiche le concernant.

72. Les ingérences litigieuses ne peuvent donc être considérées comme « prévues par la loi » aux fins de l'article 8 § 2 de la Convention.

73. Cela étant, la Commission n'estime pas devoir rechercher aussi si les ingérences étaient « nécessaires dans une société démocratique » au sens de l'article 8 § 2 de la Convention.

Conclusion

74. La Commission conclut, par neuf voix contre huit, qu'il y a eu, en l'espèce, violation de l'article 8 de la Convention.

D. Quant à l'article 13 de la Convention

75. Le requérant allègue n'avoir pas disposé d'un recours effectif au sens de l'article 13 de la Convention en ce que le Tribunal fédéral a refusé de lui accorder une réparation ou même de déclarer illégales les diverses mesures litigieuses. Ne suffit pas, selon l'intéressé, le fait qu'il ait pu engager une procédure par laquelle il a demandé que certains éléments mentionnés sur la fiche soient modifiés.

76. L'article 13 de la Convention 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, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. »

77. Selon la jurisprudence des organes de la Convention, l'article 13 exige un recours interne habilitant l'instance nationale compétente à connaître du contenu du grief fondé sur la Convention et à offrir le redressement approprié, même si les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation quant à la manière de se conformer aux obligations que leur fait cette disposition (arrêt *Halford* précité, p. 1020, § 64).

78. En l'occurrence, le requérant a saisi le Tribunal fédéral d'une action de droit administratif par laquelle il demandait une réparation pour avoir été irrégulièrement fiché auprès des services du ministère public fédéral. Le Tribunal aurait pu statuer sur l'illégalité des diverses mesures dénoncées et aussi octroyer une réparation. Or, le 14 septembre 1994, après audience, il a écarté l'action du requérant notamment parce que tous les motifs permettant d'accorder une indemnité ne se trouvaient pas réunis (paragraphe 28 et suivants du rapport).

79. La Commission estime dès lors que le requérant a disposé d'un recours remplissant les exigences de l'article 13 de la Convention.

Conclusion

80. La Commission conclut, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu, en l'espèce, violation de l'article 13 de la Convention.

E. Récapitulation

81. La Commission conclut, par neuf voix contre huit, qu'il y a eu, en l'espèce, violation de l'article 8 de la Convention (paragraphe 74).

82. La Commission conclut, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu, en l'espèce, violation de l'article 13 de la Convention (paragraphe 80).

M.F. BUQUICCHIO
Secrétaire
de la première chambre

N. BRATZA
Président
de la première chambre

OPINION DISSIDENTE DE M. MARXER,
À LAQUELLE M. WEITZEL, M^{me} LIDDY, M. CONFORTI,
M. BÉKÉS, M. RESS, M. PERENIČ ET M^{me} HION
DÉCLARENT SE RALLIER

(Traduction)

Je regrette de ne pouvoir souscrire à la conclusion de la majorité d'après laquelle les mesures litigieuses n'étaient pas « prévues par la loi » au sens de l'article 8 § 2 de la Convention.

C'est l'arrêt du Tribunal fédéral du 14 septembre 1994, lequel mentionnait deux séries de dispositions légales, qui constitue le point de départ à cet égard. Il mentionnait, d'une part, l'article premier de l'arrêt du Conseil fédéral de 1958 concernant le Service de police du ministère public fédéral, article qui habilite les autorités à surveiller et prévenir les actes de nature à mettre en danger la sûreté intérieure ou extérieure de la Confédération et, d'autre part, les articles 66 et suivants de la loi fédérale sur la procédure pénale qui permettaient la surveillance des communications téléphoniques et postales avant l'ouverture d'une instruction criminelle (paragraphe 60 du rapport).

J'admets que ces dispositions ont servi de base légale à la surveillance de la communication téléphonique du requérant.

Se pose alors la question de savoir si l'établissement et la conservation de la fiche querellée avaient une base légale. Le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé à ce sujet, l'action du requérant paraissant non fondée pour d'autres motifs.

Toutefois, d'après la jurisprudence de la Commission, une disposition légale prévoyant les conditions dans lesquelles l'on peut recueillir des empreintes digitales, des photographies et d'autres informations sur une personne, fournit une base légale suffisante à la conservation ultérieure de ces données (McVeigh et autres c. Royaume-Uni, requêtes jointes n^{os} 8022/77, 8025/77 et 8027/77, rapport de la Commission du 18 mars 1981, Décisions et rapports (DR) 25, pp. 94-95, § 228).

Selon moi, l'on pouvait donc considérer que les articles 66 et suivants de la loi fédérale sur la procédure pénale, qui permettaient la surveillance de la communication téléphonique du requérant, autorisaient aussi, du moins à un premier stade, à recueillir et mémoriser des données sur l'intéressé.

En outre, les directives applicables au traitement des données personnelles dans l'administration fédérale, que le gouvernement suisse a adoptées le 16 mars 1981 (paragraphe 42 du rapport), concernent le traitement de données de ce genre. C'est ainsi qu'elles énoncent les conditions auxquelles peuvent être rectifiées, à la demande de la

personne concernée, les données qui se révéleraient inexactes, et auxquelles les données peuvent être communiquées à des tiers. Les données devenues inutiles doivent être détruites sous réserve de leur dépôt dans les archives de la Confédération.

Il y a lieu de rappeler que, dans son arrêt du 14 septembre 1994, le Tribunal fédéral a estimé que la surveillance de la communication téléphonique du requérant reposait sur une base légale suffisante en droit interne. Eu égard à la jurisprudence de la Commission, il s'ensuit que cette base légale suffisait aussi pour la conservation de la fiche établie sur le requérant.

Les ingérences étaient donc « prévues par la loi » au sens de l'article 8 § 2 de la Convention.

Quant aux autres conditions qu'il convient d'examiner sous l'angle de l'article 8 § 2 de la Convention, dans son arrêt du 14 septembre 1994 le Tribunal fédéral a estimé que des infractions contre l'Etat et la défense nationale justifiaient de telles ingérences (paragraphe 31 du rapport). Les ingérences litigieuses étaient donc nécessaires à « la sécurité nationale » au sens de l'article 8 § 2 de la Convention.

Pour rechercher si les mesures étaient « nécessaires dans une société démocratique » au sens de l'article 8 § 2 de la Convention, il faut mettre en balance l'intérêt de l'Etat défendeur à protéger la sécurité nationale et la gravité de l'atteinte au droit du requérant au respect de sa vie privée. La marge d'appréciation dont l'Etat dispose pour choisir les moyens de sauvegarder la sécurité nationale revêt en pareil cas une grande ampleur; il faut néanmoins qu'existent des garanties adéquates et suffisantes contre les abus (Cour eur. DH, arrêt *Leander c. Suède* du 26 mars 1987, série A n° 116, p. 25, §§ 59-60).

En l'espèce, une seule communication téléphonique du requérant a été placée sous surveillance et ce sont seulement ces informations limitées qui ont été mémorisées sur la fiche de l'intéressé le 24 décembre 1981, à savoir que c'était quelqu'un qui avait des contacts avec l'ambassade russe et se livrait à des activités commerciales avec une société déterminée. Comme le Tribunal fédéral l'a relevé dans son arrêt du 14 septembre 1994, rien n'indique que les autorités aient considéré le requérant comme un espion (paragraphe 34 du rapport).

Par ailleurs, diverses garanties ont été prévues pour les informations ainsi mémorisées. Nous venons de mentionner les directives de 1981 applicables au traitement des données personnelles dans l'administration fédérale qui énoncent entre autres les conditions auxquelles des données peuvent être rectifiées, à la demande de l'intéressé, et auxquelles des données peuvent être communiquées à des tiers. Ces directives prévoient donc que, s'il en fait la demande, l'individu doit être informé de l'existence d'une fiche comme celle-là et des renseignements qui y figurent. Il peut alors demander que ceux-ci soient rectifiés.

De plus, en 1990, le Conseil fédéral a promulgué une ordonnance relative au traitement des documents de la Confédération établis pour assurer la protection de l'Etat et un poste de préposé spécial auxdits documents a été créé. Le préposé a d'ailleurs prêté son aide au requérant (paragraphe 43 du rapport).

Nous renvoyons sur ce point à la jurisprudence de la Commission d'après laquelle l'ordonnance de 1990 prévoit des garanties suffisantes pour prévenir les abus éventuels que pourrait entraîner un système de surveillance secrète de ce genre (*Martin c. Suisse*, requête n° 25099/94, décision de la Commission du 5 avril 1995, DR 81-A, p. 136).

Enfin, conformément à l'arrêté fédéral de 1992 sur la consultation des documents du ministère public de la Confédération, la fiche du requérant a été retirée dans l'intervalle du fichier central et versée aux archives fédérales où nul ne pourra la consulter durant cinquante ans (paragraphe 43 du rapport).

Partant, compte tenu de la marge d'appréciation dont disposent les Etats contractants en la matière (arrêt *Leander* précité), les ingérences que le requérant a subies ne sauraient être tenues pour disproportionnées au but légitime poursuivi. Elles peuvent en conséquence raisonnablement passer pour «nécessaires dans une société démocratique à la sécurité nationale», au sens de l'article 8 § 2 de la Convention.

Il n'y a donc pas eu violation de l'article 8 de la Convention.

AMANN v. SWITZERLAND
(Application no. 27798/95)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 16 FEBRUARY 2000

SUMMARY¹

Interception of a telephone call, creation and storing of a card in the card index kept by the Public Prosecutor's Office
Effective remedy

Article 8

Private life – Correspondence – Interception of a telephone call – Creation and storing of a card in the card index kept by the Public Prosecutor's Office – Data relating to “private life” – Interference – In accordance with the law – Existence of a legal basis – Foreseeability – Precision of the law

Article 13

Effective remedy – Remedy “effective” notwithstanding dismissal of applicant's claims

*
* *

In 1981 the applicant received a telephone call from the former Soviet embassy in Berne from someone wanting to order a depilatory appliance. The telephone call was intercepted by the Federal Public Prosecutor's Office, which then requested the Intelligence Service of the police of the Canton of Zürich to carry out an investigation into the applicant and the goods he sold. On the basis of the report drawn up by the police, the Public Prosecutor's Office compiled a card on the applicant for its national security card index. In 1990 the public learned of the existence of that card index and the applicant asked to consult his card. He was given a photocopy of it, which indicated that he was a “contact with the Russian embassy” and did “business of various kinds with the [A.] company”. Two passages had been blue-pencilled. The applicant immediately asked for them to be disclosed, but his request was unsuccessful. He applied to the Federal Court for compensation for the unlawful entry of his particulars in the card index kept by the Public Prosecutor's Office. He also requested that his file and card be sent immediately to the Federal Archives with an order not to disclose any of the information on him. The Federal Court dismissed all the applicant's claims on the ground that an infringement of his personality rights had not been made out and that he had had an effective remedy.

Held

(1) Article 8: (a) Interception of the telephone call: Article 8 was applicable to the case, since telephone calls received on private or business premises were covered by the notions of “private life” and “correspondence”. The interception and

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

recording of the telephone call by the Public Prosecutor's Office constituted an interference by a public authority. It did not appear necessary to determine whether there had been a legal basis for the interception of the telephone call, for, even assuming that there had been, the requirement of foreseeability flowing from the expression "in accordance with the law" had not been satisfied. It should be pointed out that the provisions relied on by the Government did not contain any indication as to the persons concerned by such measures, the circumstances in which they could be ordered, the means to be employed or the procedures to be observed. Those rules could not therefore be considered to be sufficiently clear and detailed to afford appropriate protection against interference by the authorities with the applicant's right to respect for his private life and correspondence. Moreover, although the provisions of the Federal Criminal Procedure Act laid down guarantees whose importance should not be minimised, the Government had been unable to establish that the conditions of application of those provisions had been complied with or that the safeguards provided for had been observed. Furthermore, in the Government's submission, the applicant had not been the subject of the impugned measure, but had been involved "fortuitously" in a telephone conversation recorded in the course of surveillance measures taken against a particular member of the embassy staff. The Federal Criminal Procedure Act did not regulate in detail the case of persons monitored "fortuitously", as "necessary participants" in a telephone conversation recorded by the authorities pursuant to those provisions. In particular, the Act did not specify the precautions which should be taken with regard to those persons. Thus the interference could not be considered to have been "in accordance with the law", since Swiss law did not indicate with sufficient clarity the scope and conditions of exercise of the authorities' discretionary power in the area under consideration.

Conclusion: violation (unanimously).

(b) Creation and storing of a card: Article 8 also applied to that complaint. The impugned card contained data relating to the applicant's "private life". The storing of such data by a public authority constituted an interference within the meaning of Article 8 and the subsequent use of the stored information had no bearing on that finding. It was sufficient, in the case in question, to note that data relating to the private life of an individual had been stored by a public authority, without having to speculate as to whether the information gathered was sensitive or not or as to whether the applicant had been inconvenienced in any way, to conclude that the creation and storing of the card amounted to an interference with the applicant's right to respect for his private life.

With regard to the creation of the card, even supposing that there had been an accessible legal basis for its creation, it had not been "foreseeable". As stated above on the subject of telephone tapping, the provisions relied on did not satisfy the requirement of foreseeability regarding the creation of the card. With regard to the other legal provisions relied on by the Government, although they set out some general principles, they did not contain any appropriate indication as to the scope and conditions of exercise of the power conferred on the Public Prosecutor's Office to gather, record and store information. Thus they did not specify the conditions in which cards could be created or the procedures that had to be followed or, lastly, the possible contents. Neither could those provisions therefore be considered as sufficiently clear and detailed to guarantee adequate protection

against interference by the authorities with the applicant's right to respect for his private life. The creation of the card on the applicant had not therefore been "in accordance with the law".

With regard to the storing of the card, it appeared *a priori* unlikely that the storing of a card which had not been created in accordance with the law could satisfy that requirement. Moreover, Swiss law expressly provided that data which turned out not to be "necessary" or "had no further purpose" should be destroyed. In the case in question the authorities had not destroyed the stored information when it had emerged that no offence was being prepared. The storing of the card had thus not been "in accordance with the law". Both the creation of the impugned card and the storing of it had therefore amounted to interference with the applicant's private life which could not be considered to be "in accordance with the law," since Swiss law did not indicate with sufficient clarity the scope and conditions of exercise of the authorities' discretionary power in the area under consideration.

Conclusion: violation (unanimously).

(2) Article 13: The applicant had been able to consult his card as soon as he had asked to do so. He had also brought an administrative-law action in the Federal Court, which had examined both the complaint about the lack of a legal basis for the telephone tapping and the creation of his card and the complaint about the lack of an "effective remedy" against those measures. The mere fact that all the applicant's claims had been dismissed was not in itself sufficient to determine whether or not the administrative-law action had been "effective". The applicant had therefore had an effective remedy to complain of the violations of the Convention which he had alleged.

Conclusion: no violation (unanimously).

Article 41: The non-pecuniary damage sustained by the applicant was adequately compensated by the finding of violations of Article 8. The claim for costs and expenses had to be allowed in full.

Case-law cited by the Court

Malone v. the United Kingdom, judgment of 2 August 1984, Series A no. 82

Leander v. Sweden, judgment of 26 March 1987, Series A no. 116

Kruslin v. France, judgment of 24 April 1990, Series A no. 176-A

Niemietz v. Germany, judgment of 16 December 1992, Series A no. 251-B

The Holy Monasteries v. Greece, judgment of 9 December 1994, Series A no. 301-A

D. v. the United Kingdom, judgment of 2 May 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-III

Halford v. the United Kingdom, judgment of 25 June 1997, *Reports* 1997-III

Kopp v. Switzerland, judgment of 25 March 1998, *Reports* 1998-II

In the case of Amann v. Switzerland,

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. 11, and the relevant provisions of the Rules of Court¹, as a Grand Chamber composed of the following judges:

Mrs E. PALM, *President*,
Mr L. WILDHABER,
Mr L. FERRARI BRAVO,
Mr GAUKUR JÖRUNDSSON,
Mr L. CAFLISCH,
Mr I. CABRAL BARRETO,
Mr J.-P. COSTA,
Mr W. FUHRMANN,
Mr K. JUNGWIERT,
Mr M. FISCHBACH,
Mr B. ZUPANČIČ,
Mrs N. VAJIĆ,
Mr J. HEDIGAN,
Mrs W. THOMASSEN,
Mrs M. TSATSA-NIKOLOVSKA,
Mr E. LEVITS,
Mr K. TRAJA,

and also of Mr M. DE SALVIA, *Registrar*,

Having deliberated in private on 30 September 1999 and 12 January 2000,

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

PROCEDURE

1. The case was referred to the Court by the European Commission of Human Rights (“the Commission”) on 2 November 1998, within the three-month period laid down by former Articles 32 § 1 and 47 of the Convention. It originated in an application (no. 27798/95) against the

1-2. *Note by the Registry.* Protocol No. 11 and the Rules of Court came into force on 1 November 1998.

Swiss Confederation lodged with the Commission under former Article 25 by a Swiss national, Mr Hermann Amann, on 27 June 1995. Having been designated before the Commission by the initials H.A., the applicant subsequently agreed to the disclosure of his name.

The Commission's request referred to former Articles 44 and 48 and to the declaration whereby Switzerland recognised the compulsory jurisdiction of 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 Articles 8 and 13 of the Convention.

2. In accordance with the provisions of Article 5 § 4 of Protocol No. 11 taken together with Rules 100 § 1 and 24 § 6 of the Rules of Court, a panel of the Grand Chamber decided on 14 January 1999 that the case would be examined by the Grand Chamber of the Court. The Grand Chamber included *ex officio* Mr L. Wildhaber, the judge elected in respect of Switzerland and President of the Court (Articles 27 §§ 2 and 3 of the Convention and Rule 24 § 3), 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 L. Ferrari Bravo, Mr Gaukur Jörundsson, Mr I. Cabral Barreto, Mr W. Fuhrmann, Mr K. Jungwiert, Mr B. 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).

3. Before the Court the applicant was represented by Mr L.A. Minelli, of the Zürich Bar, who was given leave by the President of the Grand Chamber, Mrs Palm, to use the German language (Rule 34 § 3). The Swiss Government ("the Government") were represented by their Agent, Mr P. Boillat, Head of the International Affairs Division, Federal Office of Justice.

4. After consulting the Agent of the Government and the applicant's lawyer, the Grand Chamber decided that it was not necessary to hold a hearing.

5. The Registrar received the Government's memorial and documents on 15 and 22 April and the applicant's memorial and documents on 11 May 1999, and the Government's and applicant's memorials and observations in reply on 10 and 14 June 1999 respectively.

6. As Mr Panjiru was unable to attend deliberations on 12 January 2000, Mr L. Caflisch, substitute judge, replaced him as a member of the Grand Chamber (Rule 24 § 5 (b)).

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

7. The applicant, who was born in 1940, is a businessman living in Switzerland. In the early 1980s he imported depilatory appliances into Switzerland which he advertised in magazines.

8. On 12 October 1981 a woman telephoned the applicant from the former Soviet embassy in Berne to order a "Perma Tweez" depilatory appliance.

9. That telephone call was intercepted by the Federal Public Prosecutor's Office (*Bundesanwaltschaft* – "the Public Prosecutor's Office"), which then requested the Intelligence Service of the police of the Canton of Zürich to carry out an investigation into the applicant and the goods he sold.

10. The report drawn up by the police of the Canton of Zürich in December 1981 stated that the applicant, who had been registered in the Commercial Registry since 1973, was in the aerosols business. It stated that "Perma Tweez" was a battery-operated depilatory appliance; a leaflet describing the appliance was appended to the report.

11. On 24 December 1981 the Public Prosecutor's Office drew up a card on the applicant for its national security card index on the basis of the particulars provided by the police of the Canton of Zürich.

12. In 1990 the public learned of the existence of the card index being kept by the Public Prosecutor's Office and many people, including the applicant, asked to consult their card.

13. Various laws on accessing and processing the Confederation's documents were then enacted.

14. On 12 September 1990 the special officer in charge of the Confederation's national security documents ("the special officer") sent the applicant, at his request, a photocopy of his card.

15. The applicant's card, which was numbered (1153: 0) 614 and on which two passages had been blue-pencilled ..., contained the following information:

"from the Zürich Intelligence Service: A. identified as a contact with the Russian embassy according to A. does business of various kinds with the [A.] company. Appendices: extract from the Commercial Registry and leaflet. ..."

16. As soon as he received his card, the applicant asked the Ombudsman at the Public Prosecutor's Office to disclose the blue-pencilled passages.

17. On 9 October 1990 the Ombudsman replied that the censored passage at the end of the card rightly concealed the initials of the federal police officers who had obtained the information on the card. The other censored passage related to a technical surveillance measure ordered

against a third party; the Ombudsman stated that he would be recommending that the special officer disclose that information, since – in his view – the applicant’s interest prevailed over the public interest in keeping it secret.

18. On 19 April 1991 the special officer decided, on the basis of Article 5 § 1 of the Order of 5 March 1990 on the Processing of Federal National Security Documents, that the initials at the end of the card could not be disclosed. He also considered that the other censored passage contained counter-intelligence which, pursuant to Article 5 § 3 (a) of the Order, should not be disclosed. On the basis of those considerations, the disclosure of the applicant’s card was extended to one word (“report”):

“from the Zürich Intelligence Service: A. identified as a contact with the Russian embassy according to report ... A. does business of various kinds with the [A.] company. Appendices: extract from the Commercial Registry and leaflet. ...”

19. On 26 October 1991 the applicant filed a request for compensation with the Federal Department of Finance. His request was refused on 28 January 1992.

20. On 9 March 1992 the applicant filed an administrative-law action with the Federal Court claiming compensation from the Confederation of 5,000 Swiss francs for the unlawful entry of his particulars in the card index kept by the Public Prosecutor’s Office. He also requested that his file and card be sent immediately to the Federal Archives with a prohibition on making any copies and that they be ordered to store the information under lock and key and not disclose any of it without his agreement.

21. On being invited to submit its written observations, the Confederation stated, in its memorial of 26 May 1992, that according to the information provided by the Public Prosecutor’s Office and the special officer the record of the surveillance was no longer in the federal police’s files. It pointed out in that connection that, pursuant to section 66(1 *ter*) of the Federal Criminal Procedure Act (“FCPA”), documents which were no longer necessary had to be destroyed (“*Das Protokoll der technischen Ueberwachung ist gemäss Auskunft der Bundesanwaltschaft und des Sonderbeauftragten ... in den Akten der Bundespolizei nicht mehr vorhanden. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass nicht mehr benötigte Akten gemäss Art. 66 Abs. 1ter BStP ... vernichtet werden müssen*”).

22. The Federal Court held hearings on 27 October 1993 and 14 September 1994.

The applicant’s lawyer pointed out that the case number of the card, namely (1153: 0) 614, was a code meaning “communist country” (1), “Soviet Union” (153), “espionage established” (0) and “various contacts with the Eastern bloc” (614).

The Confederation's representative stated that where someone (*jemand*) at the former Soviet embassy was under surveillance, on every telephone call both parties to the conversation were identified, a card drawn up on them and a telephone monitoring report (*Telefon-Abhör-Bericht*) made. In that connection she stated that most of the reports had been destroyed and that those which had not been were now stored in bags; the intention had been to destroy them as well, but when the post of special officer had been instituted everything had had to be maintained "in its present state". She went on to state that she did not know whether the telephone monitoring report in respect of the applicant had or had not been destroyed. According to information she had received from the special officer, the reports had not been sorted and it would require about five people and one year's work to examine the contents of all the bags still in existence.

23. In a judgment of 14 September 1994, which was served on 25 January 1995, the Federal Court dismissed all the applicant's claims.

24. Regarding the issue whether there was a legal basis for the measures complained of, the Federal Court referred first to section 17(3) FCPA and Article 1 of the Federal Council's Decree of 29 April 1958 on the Police Service of the Federal Public Prosecutor's Office. However, it considered it unnecessary to examine whether those provisions could have provided a lawful basis for the alleged infringement of the applicant's personality rights, since one of the conditions for awarding compensation had not been met.

25. The court then referred to sections 66 et seq., and particularly section 72 FCPA on the monitoring of telephone communications and postal correspondence, and to Articles 265 et seq. of the Criminal Code, which govern "crimes or major offences against the State," and reiterated that information could lawfully be gathered – even before a prosecution was brought – in order to prevent an offence being committed against the State or national security if there was evidence that such an offence was being prepared.

26. In that connection the Federal Court found:

"... a card was drawn up on the plaintiff in connection with the then monitoring of telephone communications with the Soviet embassy for counter-intelligence reasons. As he had contacts with a male or female employee of the Soviet embassy and it was not immediately clear that the 'Perma Tweez' appliance which he sold was a harmless depilatory instrument, the authorities acted correctly in investigating his identity, his circumstances and the 'Perma Tweez' appliance in question and recording the result."

27. The Federal Court held, however, that it did not have to rule on whether those provisions, particularly section 66(1 *ter*) FCPA, allowed the information thus obtained to be kept after it had become

apparent that no criminal offence was being prepared (“*Fraglich ist, ob die Aufzeichnungen weiter aufbewahrt werden durften, nachdem sich offenbar herausgestellt hatte, dass keine strafbare Handlung vorbereitet wurde*”), since the applicant had not suffered a serious infringement of his personality rights.

28. In that connection the Federal Court reiterated that, pursuant to section 6(2) of the Federal Liability Act of 14 March 1958, the Swiss Confederation had a duty to pay compensation in cases of serious infringement of personality rights, but considered that in this case that condition had not been met. The Federal Court held that the mere fact that the applicant had been named in the file as a “contact with the Russian embassy” could hardly be considered as an infringement of his personality rights. Moreover, even if part of the case number meant “espionage established”, there was nothing to indicate that the authorities had considered the applicant to be a spy and although the expression “contact with the Russian embassy” could conceivably imply that the applicant had effectively had regular contact with the embassy, his card had to be seen, not in isolation, but in the wider context of the card index as a whole and the other circumstances of the case; in particular, the fact that no other entry had been made on his card suggested that the authorities did not suspect the applicant of having illegal contacts with the embassy. Furthermore, it could not be presumed that the applicant had been subject to surveillance on other occasions or that the recorded information had been disclosed to third parties. Taken as a whole, the applicant’s file thus appeared to be of minor importance and there was nothing to indicate that it had been used for other purposes or unlawfully disclosed.

29. Lastly, the Federal Court held that the applicant’s administrative-law action, which he had filed with it on 9 March 1992, was an “effective remedy” within the meaning of Article 13 of the Convention. It also pointed out that the applicant could have instituted proceedings challenging certain data in the Public Prosecutor’s card index and requesting that they be amended. In that connection the Federal Court referred to, *inter alia*, the Federal Council’s Directives of 16 March 1981 applicable to the Processing of Personal Data in the Federal Administration (section 44), to the Federal Decree of 9 October 1992 on the Consultation of Documents of the Federal Public Prosecutor’s Office (Article 7 § 1) and to the Federal Council’s Order of 20 January 1993 on the Consultation of Documents of the Federal Public Prosecutor’s Office (Article 11 § 1).

30. In 1996 the applicant’s card was removed from the card index and transferred to the Federal Archives where it cannot be consulted for fifty years.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW

A. The Federal Constitution

31. The relevant provisions of the Federal Constitution in force at the material time were worded as follows:

Article 102

“The powers and duties of the Federal Council, as referred to in the present Constitution, are the following, among others:

...

9. It shall ensure that Switzerland’s external security is protected and its independence and neutrality maintained;

10. It shall ensure that the Confederation’s internal security is protected and that peace and order are maintained;

...”

B. The Federal Council’s Decree of 29 April 1958 on the Police Service of the Federal Public Prosecutor’s Office

32. The relevant provisions of the Federal Council’s Decree of 29 April 1958 on the Police Service of the Federal Public Prosecutor’s Office are worded as follows:

Article 1

“The Police Service of the Federal Public Prosecutor’s Office (Federal Police) shall provide an investigation and information service in the interests of the Confederation’s internal and external security. That service shall comprise:

1. The surveillance and prevention of acts liable to endanger the Confederation’s internal or external security (*police politique*);

2. Police investigations in the prosecution of offences against the internal or external security of the Confederation (*police judiciaire*).”

C. The Federal Criminal Procedure Act

33. The relevant provisions of the Federal Criminal Procedure Act in force at the material time were worded as follows:

Section 17

“...

3. The Federal Public Prosecutor’s Office shall be provided with the personnel necessary to enable it to run a uniform investigation and information service in the

interests of the Confederation's internal and external security. The Public Prosecutor's Office shall, as a general rule, act in concert with the relevant police authorities of the cantons. It shall in each case inform those police authorities of the results of its investigations as soon as the aim of and stage reached in the proceedings make it possible to do so."

Section 66

"1. The investigating judge may order monitoring of the accused's or suspect's postal correspondence and telephone and telegraphic telecommunications if

(a) the criminal proceedings concern a crime or major offence whose seriousness or particular nature justifies intervention or a punishable offence committed by means of the telephone; and if

(b) specific facts cause the person who is to be monitored to be suspected of being a principal or accessory in the commission of the offence; and if

(c) without interception, the necessary investigations would be significantly more difficult to conduct or if other investigative measures have produced no results.

1 bis. Where the conditions justifying the monitoring of the accused or suspect are satisfied, third parties may also be monitored if specific facts give rise to the presumption that they are receiving or imparting information intended for the accused or suspect or sent by him ... The telephone connection of third parties may be monitored at any time if there are reasons to suspect that it is being used by the accused.

1 ter. Recordings which are not needed for the conduct of an investigation shall be kept in a separate place, under lock and key, and shall be destroyed at the end of the proceedings."

Section 66 bis

"1. Within twenty-four hours of his decision, the investigating judge shall submit a copy of it, accompanied by the file and a brief statement of his reasons, for approval by the President of the Indictment Division.

2. The decision shall remain in force for not more than six months; the investigating judge may extend its validity for one or more further periods of six months. The order extending its validity, accompanied by the file and the statement of reasons, must be submitted, not later than ten days before expiry of the time-limit, for approval by the President of the Indictment Division.

3. The investigating judge shall discontinue the monitoring as soon as it becomes unnecessary, or immediately if his decision is rescinded."

Section 66 ter

"1. The President of the Indictment Division shall scrutinise the decision in the light of the statement of reasons and the file. Where he finds that there has been a breach of federal law, including any abuse of a discretionary power, he shall rescind the decision.

2. He may authorise monitoring provisionally; in that case, he shall lay down a time-limit within which the investigating judge must justify the measure, either by adding any relevant material to the file or orally."

Section 66 *quater*

“1. The procedure shall be kept secret even from the person concerned. The President of the Indictment Division shall give brief reasons for his decision and notify the investigating judge thereof within five days of the date when the monitoring began or, where the period of validity has been extended, before the further period begins.

2. The President of the Indictment Division shall ensure that the interception measures are discontinued on expiry of the time-limit.”

Section 72

“1. Before the opening of a preliminary investigation the Principal Public Prosecutor may order interception of postal correspondence and telephone and telegraphic communications and prescribe the use of technical appliances...

2. He may also order those measures in order to prevent the commission of a punishable offence justifying such intervention where particular circumstances give rise to the presumption that such an offence is being prepared.

3. Sections 66 to 66 *quater* shall be applicable by analogy.”

D. Legislation on the processing and consultation of the Confederation’s documents

34. The relevant provisions of the Federal Council’s Directives of 16 March 1981 applicable to the Processing of Personal Data in the Federal Administration are worded as follows:

4 General principles

41 Principles governing data processing

“411. There must be a legal basis for the processing of personal data.

412. Personal data may be processed only for very specific purposes. The data and technique used to process them must be appropriate and necessary to the performance of the task to be carried out.

413. Inaccurate or incomplete data must be rectified having regard to the purpose of the processing.

414. Data which are of no foreseeable further use or which have evidently been processed illegally must be destroyed.

The obligation to store them in the Federal Archives is reserved.

...”

43 Information

“431. As regards personal data files the federal offices and other administrative units having the same status must take the necessary measures to ensure that they can supply information on the legal basis and aim of the files, the nature of the processed data and the lawful recipients thereof to anyone requesting the same.

432. On request, they must indicate in a comprehensible manner to anyone who has disclosed his identity whether – and which – data on him from a particular file have been processed.

...”

44 Rectification or destruction following a request

“If it emerges, on a request, that the data on the person making the request are inaccurate or incomplete, or inappropriate to the purpose for which they have been recorded, or that processing is illegal for another reason, the organ in question must rectify or destroy such data immediately, and at the latest when the file is next accessed.”

35. The relevant provisions of the Federal Council’s Order of 5 March 1990 on the Processing of Federal National Security Documents are worded as follows:

Article 1

“1. The present Order shall guarantee that persons in respect of whom the federal police possess documents compiled on grounds of national security can defend their personality rights without hindering the performance of national security tasks.

2. Federal documents compiled on grounds of national security shall be placed in the custody of a special officer...”

Article 4

“1. The special officer shall have custody of all documents belonging to the Police Service of the Federal Public Prosecutor’s Office.

2. He shall then sort the documents and withdraw those which serve no further purpose...”

Article 5

“1. The special officer shall allow applicants to consult their cards by sending them a photocopy thereof.

2. He shall conceal data relating to persons who have processed the cards and to foreign intelligence and security services.

3. Furthermore, he may refuse or restrict the consultation if it

(a) reveals details of investigative procedures in progress or of knowledge relating to the fight against terrorism, counter-intelligence or the fight against organised crime;

...”

Article 13

“1. The ombudsman appointed by the Federal Council shall examine, at the request of the person concerned, whether the present Order has been complied with.

...”

Article 14

“1. Anyone claiming that his request to consult his card has not been dealt with in accordance with the present Order may contact the ombudsman within thirty days.

2. If the ombudsman considers that the Order has been complied with, he shall inform the applicant accordingly. The applicant may lodge an appeal with the Federal Council within thirty days of receiving the ombudsman’s decision.

3. If the ombudsman considers that the Order has not been complied with, he shall inform the special officer and the applicant accordingly. The special officer shall then give a fresh decision, which is subject to appeal.”

36. The relevant provisions of the Federal Decree of 9 October 1992 on the Consultation of Documents of the Federal Public Prosecutor’s Office provide:

Article 4

“1. Authorisation to consult documents shall be granted to persons who submit a prima facie case that they have sustained pecuniary or non-pecuniary damage in connection with information transpiring from documents held by the Police Service or with acts by officers of the Federal Public Prosecutor’s Office.

...”

Article 7

“1. The special officer shall sort the documents placed in his custody and eliminate those which are no longer necessary for national security and are no longer the subject of a consultation process.

2. Documents relating to criminal proceedings shall be eliminated if

(a) the time-limit for prosecuting the offence has expired following a stay of the proceedings;

(b) the proceedings have been closed by an enforceable judgment.

3. The eliminated documents shall be stored in the Federal Archives. They can no longer be consulted by the authorities and access to them shall be prohibited for fifty years.”

37. The relevant provisions of the Federal Council’s Order of 20 January 1993 on the Consultation of Documents of the Federal Public Prosecutor’s Office are worded as follows:

Article 11

“1. A person who contests the accuracy of certain data may request that an appropriate annotation be marked on the documents or appended thereto.

2. Documents which are manifestly erroneous shall be rectified at the request of the person concerned.

...”

E. The Parliamentary Commission of Inquiry set up to investigate the so-called “card index” affair

38. A Parliamentary Commission of Inquiry (“PCI”) was set up to investigate the so-called “card index” affair. In its report published in the Federal Gazette (*Feuille fédérale* [FF] 1990, I, pp. 593 et seq.) it noted, among other things, in connection with the monitoring of telephone conversations (pp. 759 and 760):

“According to various sources, a number of people feared that their telephone conversations were being monitored for political reasons. The PCI has conducted a thorough examination of the technical surveillance measures ordered by the Federal Public Prosecutor’s Office. In the course of that examination it requested from the Federal Public Prosecutor’s Office a full and detailed list of the persons whose telephones were tapped and the telephone connections which were monitored; that list was then compared with the list requested independently from the Post, Telecommunications and Telegraph Office. The PCI was then able to satisfy itself, partly with the help of certain documents and also following an interview with the President of the Indictment Division of the Federal Court, that there were no differences between the lists drawn up by the authorities ordering the telephone tapping and the authorities implementing those orders.

...

The federal investigating judge and, before the preliminary investigation begins, the Federal Public Prosecutor have power to order a surveillance measure. A decision taken to this effect is valid for no more than six months but may be extended if necessary. It requires in all cases the approval of the President of the Indictment Division of the Federal Court. That approval procedure has been considerably formalised over recent years and is now applied by means of a pre-printed form. The PCI noted that all decisions had been submitted to the President of the Indictment Division and that he had approved all of them without exception...”

PROCEEDINGS BEFORE THE COMMISSION

39. Mr Amann applied to the Commission on 27 June 1995. Relying on Articles 8 and 13 of the Convention, he complained that a telephone call he had received had been intercepted, that the Public Prosecutor’s Office had filled in a card on him and kept it in the resulting federal card index and that he had had no effective remedy in that connection.

40. The Commission (First Chamber) declared the application (no. 27798/95) admissible on 3 December 1997. In its report of 20 May 1998 (former Article 31 of the Convention) it concluded, by nine votes to eight, that there had been a violation of Article 8 and, unanimously, that there had been no violation of Article 13. The full text of the Commission’s opinion and of the dissenting opinion contained in the report is reproduced as an annex to this judgment.

FINAL SUBMISSIONS TO THE COURT

41. In their memorials the Government asked the Court to find that the applicant had not repeated his complaint of a violation of Article 13 of the Convention and that there was therefore no need to examine it. With regard to the merits, the Government asked the Court to hold that the facts which gave rise to the application introduced by Mr Amann against Switzerland had not amounted to a violation of the Convention.

42. The applicant asked the Court to find that there had been a violation of Articles 8 and 13 of the Convention and to award him just satisfaction under Article 41.

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION ARISING FROM THE INTERCEPTION OF THE TELEPHONE CALL OF 12 OCTOBER 1981

43. The applicant complained that the interception of the telephone call he had received from a person at the former Soviet embassy in Berne had breached Article 8 of the Convention, which is worded as follows:

“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.”

A. Applicability of Article 8

44. The Court reiterates that telephone calls received on private or business premises are covered by the notions of “private life” and “correspondence” within the meaning of Article 8 § 1 (see the *Halford v. the United Kingdom* judgment of 25 June 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-III, p. 1016, § 44). This point was not in fact disputed.

B. Compliance with Article 8

1. *Whether there was any interference*

45. The Court notes that it is not disputed that the Public Prosecutor’s Office intercepted and recorded a telephone call received by the applicant

on 12 October 1981 from a person at the former Soviet embassy in Berne. There was therefore “interference by a public authority”, within the meaning of Article 8 § 2, with the exercise of a right guaranteed to the applicant under paragraph 1 of that provision (see the *Kopp v. Switzerland* judgment of 25 March 1998, *Reports* 1998-II, p. 540, § 53).

2. *Justification for the interference*

46. Such interference breaches Article 8 unless it is “in accordance with the law”, pursues one or more of the legitimate aims referred to in paragraph 2 and is, in addition, “necessary in a democratic society” to achieve those aims.

(a) **Whether the interference was “in accordance with the law”**

47. The applicant submitted that there was no legal basis for the interference in Swiss law. In particular, he asserted that the Government could not rely on sections 66 to 72 FCPA as a basis for the measure complained of since they had not produced any evidence to prove that criminal proceedings had been brought against a third party or that the authorities had complied with the procedure laid down by those provisions. He argued in that connection that the Government’s claim that the documents were no longer available lacked credibility. It transpired from the report of the Parliamentary Commission of Inquiry set up to investigate the so-called “card index” affair that lists had been kept relating to the telephone tapping ordered by the Public Prosecutor’s Office and carried out by the Post, Telecommunications and Telegraph Office; furthermore, the Indictment Division of the Federal Court had kept registers recording the authorisations issued by its President; moreover, the Government could not claim that an employee at the former Soviet embassy in Berne was being monitored unless they had documents to support that assertion; lastly, the fact that the recording had not been destroyed “at the end of the proceedings” (section 66(1 *ter*) FCPA) showed that there had not been an investigation within the meaning of sections 66 et seq. FCPA.

The applicant maintained that all the telephone lines at the former Soviet embassy in Berne had been systematically tapped without any specific person being suspected of committing an offence or judicial proceedings being instituted in accordance with the law. He submitted that this presumption was confirmed by the fact that during the proceedings before the Swiss authorities the latter had expressly mentioned the term “counter-intelligence”. In addition, the inquiries by the Parliamentary Commission of Inquiry set up to investigate the so-called “card index” affair had shown that the federal police had

monitored citizens for decades without a court order. Section 17(3) FCPA could not be relied on as a basis for such practices by the *police politique*.

With regard to the Federal Council's Decree of 29 April 1958 on the Police Service of the Federal Public Prosecutor's Office, the applicant pointed out that the text contained purely organisational provisions relating to the various offices of the Federal Department of Justice and Police and did not in any way empower those offices to interfere with the rights and freedoms protected by the Convention; it could not therefore be considered to be an adequate legal basis. Moreover, the applicant considered that the text was not sufficiently precise and accessible to satisfy the requirement of "foreseeability" as defined by the Court's case-law.

48. The Commission found that there had not been a sufficient legal basis for the monitoring of the applicant's telephone conversation. The Federal Council's Decree of 29 April 1958 on the Police Service of the Federal Public Prosecutor's Office was drafted in too general terms. Furthermore, it had not been shown that the procedure laid down in sections 66 et seq. FCPA had been followed.

49. The Government maintained that there had definitely been a legal basis in Swiss law. As a preliminary point, they indicated that the measure in question had been carried out, under section 66(1 *bis*) FCPA, in the context of monitoring ordered by the Public Prosecutor's Office of a particular employee at the former Soviet embassy in Berne and that the applicant had not been the subject of the telephone tapping, either as a suspect or as a third party (the latter being the person who had ordered the depilatory appliance); the applicant had therefore been recorded "fortuitously" as a "necessary participant".

In the Government's submission it was of little importance whether the measure had been ordered in the context of criminal proceedings which had already been instituted or with the aim of preventing the commission of an offence, since section 17(3) (based on Article 102 §§ 9 and 10 of the Federal Constitution), section 72 FCPA and Article 1 of the Federal Council's Decree of 29 April 1958 on the Police Service of the Federal Public Prosecutor's Office formed a sufficient legal basis in either case. It pointed out that the Court had concluded in a similar case that there had been a legal basis in Swiss law (see the Kopp judgment cited above, pp. 540-41, §§ 56-61).

The only decisive question was whether the safeguards provided for by law had been complied with. In that connection the Government stated that since they were unable to consult the file they could not verify whether the approval of the President of the Indictment Division of the Federal Court required under section 66 *bis* FCPA had been granted. In the light of the statement in the report by the Parliamentary Commission of Inquiry set up to examine the so-called "card index" affair that the

President of the Indictment Division of the Federal Court had approved all the investigating judge's decisions, they presumed, however, that he had also done so in this case.

50. The Court draws attention to its established case-law, according to which the expression "in accordance with the law" not only requires that the impugned measure should have some basis in domestic law, but also refers to the quality of the law in question, requiring that it should be accessible to the person concerned and foreseeable as to its effects (see the Kopp judgment cited above, p. 540, § 55).

(i) Whether there was a legal basis in Swiss law

51. The Government and the applicant disagreed as to whether that condition had been met. The Government's submission that sections 17(3) and 72 FCPA and Article 1 of the Federal Council's Decree of 29 April 1958 on the Police Service of the Federal Public Prosecutor's Office amounted to a sufficient legal basis was disputed by the applicant.

52. The Court reiterates that it is primarily for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply domestic law (see the *Kruslin v. France* judgment of 24 April 1990, Series A no. 176-A, pp. 21-22, § 29, and the Kopp judgment cited above, p. 541, § 59). In that connection it points out that the Federal Court, in its judgment of 14 September 1994, held that it was unnecessary to examine whether sections 17(3) FCPA and Article 1 of the Federal Council's Decree of 29 April 1958 on the Police Service of the Federal Public Prosecutor's Office could justify the alleged infringement of the applicant's personality rights. Moreover, that court expressed itself only in very general terms regarding section 72 FCPA, confining itself to pointing out that information could lawfully be gathered in order to prevent an offence being committed against the State or national security if there was evidence that such an offence was being prepared.

53. The Court has, admittedly, already ruled on the issue whether the Federal Criminal Procedure Act amounted, under Swiss law, to a sufficient legal basis for telephone tapping (see the Kopp judgment cited above, pp. 540-41, §§ 56-61). Unlike the position in the instant case, however, the authority to which Mr Kopp had submitted his complaint (the Federal Council) had examined in detail whether the surveillance was lawful (*ibid.*, p. 533, § 31 (b)) and section 72 FCPA was not in issue.

54. In the instant case the Court does not consider it necessary to determine whether there was a legal basis for the interception of the telephone call of 12 October 1981. Even assuming that there was, one of the requirements flowing from the expression "in accordance with the law", namely – here – foreseeability, was not satisfied.

(ii) *Quality of the law*

55. The Court reiterates that the phrase “in accordance with the law” implies conditions which go beyond the existence of a legal basis in domestic law and requires that the legal basis be “accessible” and “foreseeable”.

56. According to the Court’s established case-law, a rule is “foreseeable” if it is formulated with sufficient precision to enable any individual – if need be with appropriate advice – to regulate his conduct (see the *Malone v. the United Kingdom* judgment of 2 August 1984, Series A no. 82, pp. 31-32, § 66). With regard to secret surveillance measures the Court has underlined the importance of that concept in the following terms (*ibid.*, pp. 32-33, §§ 67-68):

“The Court would reiterate its opinion that the phrase ‘in accordance with the law’ does not merely refer back to domestic law but also relates to the quality of the law, requiring it to be compatible with the rule of law, which is expressly mentioned in the preamble to the Convention ... The phrase thus implies – and this follows from the object and purpose of Article 8 – that there must be a measure of legal protection in domestic law against arbitrary interferences by public authorities with the rights safeguarded by paragraph 1 ... Especially where a power of the executive is exercised in secret, the risks of arbitrariness are evident...”

... Since the implementation in practice of measures of secret surveillance of communications is not open to scrutiny by the individuals concerned or the public at large, it would be contrary to the rule of law for the legal discretion granted to the executive to be expressed in terms of an unfettered power. Consequently, the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim of the measure in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference.”

It has also stated that “tapping and other forms of interception of telephone conversations constitute a serious interference with private life and correspondence and must accordingly be based on a ‘law’ that is particularly precise. It is essential to have clear, detailed rules on the subject, especially as the technology available for use is continually becoming more sophisticated” (see the *Kopp* judgment cited above, pp. 542-43, § 72).

57. The “quality” of the legal provisions relied on in the instant case must therefore be considered.

58. The Court points out first of all that Article 1 of the Federal Council’s Decree of 29 April 1958 on the Police Service of the Federal Public Prosecutor’s Office, according to which the federal police “shall provide an investigation and information service in the interests of the Confederation’s internal and external security”, including by means of “surveillance” measures, contains no indication as to the persons concerned by such measures, the circumstances in which they may be

ordered, the means to be employed or the procedures to be observed. That rule cannot therefore be considered to be sufficiently clear and detailed to afford appropriate protection against interference by the authorities with the applicant's right to respect for his private life and correspondence.

59. It considers that the same is true of section 17(3) FCPA, which is drafted in similar terms.

60. As regards the other provisions of the Federal Criminal Procedure Act, the Court observes that section 66 defines the categories of persons in respect of whom telephone tapping may be judicially ordered and the circumstances in which such surveillance may be ordered. Furthermore, sections 66 *bis* et seq. set out the procedure to be followed; thus, implementation of the measure is limited in time and subject to the control of an independent judge, in the instant case the President of the Indictment Division of the Federal Court.

61. The Court does not in any way minimise the importance of those guarantees. It points out, however, that the Government were unable to establish that the conditions of application of section 66 FCPA had been complied with or that the safeguards provided for in sections 66 et seq. FCPA had been observed.

It points out further that, in the Government's submission, the applicant had not been the subject of the impugned measure, either as a suspect or an accused, or as a third party presumed to be receiving information or sending it to a suspect or an accused, but had been involved "fortuitously" in a telephone conversation recorded in the course of surveillance measures taken against a particular member of staff of the former Soviet embassy in Berne.

The primary object of the Federal Criminal Procedure Act is the surveillance of persons suspected or accused of a crime or major offence (section 66(1) FCPA), or even third parties presumed to be receiving information from or sending it to such persons (section 66(1) *bis* FCPA), but the Act does not regulate in detail the case of persons monitored "fortuitously" as "necessary participants" in a telephone conversation recorded by the authorities pursuant to those provisions. In particular, the Act does not specify the precautions which should be taken with regard to those persons.

62. The Court concludes that the interference cannot therefore be considered to have been "in accordance with the law" since Swiss law does not indicate with sufficient clarity the scope and conditions of exercise of the authorities' discretionary power in the area under consideration.

It follows that there has been a violation of Article 8 of the Convention arising from the recording of the telephone call received by the applicant on 12 October 1981 from a person at the former Soviet embassy in Berne.

(b) Purpose and necessity of the interference

63. Having regard to the foregoing conclusion, the Court does not consider it necessary to examine whether the other requirements of paragraph 2 of Article 8 were complied with.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION ARISING FROM THE CREATION OF A CARD AND THE STORING THEREOF IN THE CONFEDERATION'S CARD INDEX

64. The applicant complained that the creation of a card on him, following the interception of a telephone call he had received from a person at the former Soviet embassy in Berne, and the storing thereof in the Confederation's card index had resulted in a violation of Article 8 of the Convention.

A. Applicability of Article 8

65. The Court reiterates that the storing of data relating to the "private life" of an individual falls within the application of Article 8 § 1 (see the *Leander v. Sweden* judgment of 26 March 1987, Series A no. 116, p. 22, § 48).

It points out in this connection that the term "private life" must not be interpreted restrictively. In particular, respect for private life comprises the right to establish and develop relationships with other human beings; furthermore, there is no reason of principle to justify excluding activities of a professional or business nature from the notion of "private life" (see the *Niemietz v. Germany* judgment of 16 December 1992, Series A no. 251-B, pp. 33-34, § 29, and the *Halford* judgment cited above, pp. 1015-16, § 42).

That broad interpretation corresponds with that of the Council of Europe's Convention of 28 January 1981 for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, which came into force on 1 October 1985 and whose purpose is "to secure in the territory of each Party for every individual ... respect for his rights and fundamental freedoms, and in particular his right to privacy, with regard to automatic processing of personal data relating to him" (Article 1), such personal data being defined as "any information relating to an identified or identifiable individual" (Article 2).

66. In the present case the Court notes that a card was filled in on the applicant on which it was stated that he was a "contact with the Russian embassy" and did "business of various kinds with the [A.] company" (see paragraphs 15 and 18 above).

67. The Court finds that those details undeniably amounted to data relating to the applicant's "private life" and that, accordingly, Article 8 is applicable to this complaint also.

B. Compliance with Article 8

1. Whether there was any interference

68. The Government submitted that the issue whether there had been "interference" within the meaning of Article 8 of the Convention remained open since "the card contained no sensitive information about the applicant's private life", the latter "had not in any way been inconvenienced as a result of the creation and storing of his card" and that it had "in all probability never been consulted by a third party".

69. The Court reiterates that the storing by a public authority of information relating to an individual's private life amounts to an interference within the meaning of Article 8. The subsequent use of the stored information has no bearing on that finding (see, *mutatis mutandis*, the Leander judgment cited above, p. 22, § 48, and the Kopp judgment cited above, p. 540, § 53).

70. In the instant case the Court notes that a card containing data relating to the applicant's private life was filled in by the Public Prosecutor's Office and stored in the Confederation's card index. In that connection it points out that it is not for the Court to speculate as to whether the information gathered on the applicant was sensitive or not or as to whether the applicant had been inconvenienced in any way. It is sufficient for it to find that data relating to the private life of an individual were stored by a public authority to conclude that, in the instant case, the creation and storing of the impugned card amounted to an interference, within the meaning of Article 8, with the applicant's right to respect for his private life.

2. Justification for the interference

71. Such interference breaches Article 8 unless it is "in accordance with the law", pursues one or more of the legitimate aims referred to in paragraph 2 and, in addition, is "necessary in a democratic society" to achieve those aims.

(a) Was the interference "in accordance with the law"?

72. The applicant submitted that there was no legal basis for creating and storing a card on him. In particular, he asserted that section 17(3) FCPA did not authorise the federal police to record the results of their

surveillance measures. As to the Federal Council's Directives of 16 March 1981 applicable to the Processing of Personal Data in the Federal Administration, these were intended for the civil servants of the administration and were not therefore sufficiently clear and precise to enable citizens to ascertain their rights and obligations.

In his submission the authorities had, furthermore, failed to comply with the rules in force, since section 66(1 *ter*) FCPA and section 414 of the Federal Council's Directives of 16 March 1981 applicable to the Processing of Personal Data in the Federal Administration stipulated that recordings which turned out not to be necessary to the conduct of an investigation should be destroyed.

Lastly, he pointed out that the legislation which had come into force in the early 1990s, after the so-called "card index" affair had broken, did not provide for the possibility of instituting judicial proceedings to have a card destroyed. Thus, under the Federal Decree of 9 October 1992 on the Consultation of Documents of the Federal Public Prosecutor's Office and the Federal Council's Order of 20 January 1993 on the Consultation of Documents of the Federal Public Prosecutor's Office, cards were stored in the Federal Archives and all interested persons could do was have their card annotated if they disputed its contents.

73. The Commission agreed with the applicant. In particular, it considered that the Federal Council's Directives of 16 March 1981 applicable to the Processing of Personal Data in the Federal Administration were insufficiently precise and merely presupposed that there was a legal basis to the storing of information without themselves providing one.

74. The Government submitted that the Swiss legal system provided a sufficiently accessible and foreseeable legal basis having regard to "the special nature of secret measures in the field of national security".

Before 1990, they submitted, the impugned measures had mainly been based on section 17(3) FCPA and Article 1 of the Federal Council's Decree of 29 April 1958 on the Police Service of the Federal Public Prosecutor's Office, those provisions being given concrete form by the Federal Council's Directives of 16 March 1981 applicable to the Processing of Personal Data in the Federal Administration. They pointed out that those directives had been published in the Federal Gazette (FF 1981, I, p. 1314).

After 1990, they submitted, a number of texts had been enacted on the processing and consultation of documents containing personal data, in particular the Federal Council's Order of 5 March 1990 on the Processing of Federal National Security Documents, the Federal Decree of 9 October 1992 on the Consultation of Documents of the Federal Public Prosecutor's Office and the Federal Council's Order of 20 January 1993 on the Consultation of Documents of the Federal Public Prosecutor's Office.

(i) Creation of the card

75. The Court notes that in December 1981, when the card on the applicant was created, the Federal Criminal Procedure Act, the Federal Council's Decree of 29 April 1958 on the Police Service of the Federal Public Prosecutor's Office and the Federal Council's Directives of 16 March 1981 applicable to the Processing of Personal Data in the Federal Administration were in force. None of those provisions, however, expressly mentions the existence of a register kept by the Public Prosecutor's Office, which raises the question whether there was "a legal basis in Swiss law" for the creation of the card in question and, if so, whether that legal basis was "accessible" (see the Leander judgment cited above, p. 23, § 51). It observes in that connection that the Federal Council's Directives of 16 March 1981 were above all intended for the staff of the federal administration.

In the instant case, however, it does not consider it necessary to rule on this subject, since even supposing that there was an accessible legal basis for the creation of the card in December 1981, that basis was not "foreseeable".

76. The Court has found above (see paragraphs 58 and 59) that section 17(3) FCPA and Article 1 of the Federal Council's Decree of 29 April 1958 on the Police Service of the Federal Public Prosecutor's Office were drafted in terms too general to satisfy the requirement of foreseeability in the field of telephone tapping. For the reasons already set out, it arrives at the same conclusion concerning the creation of the card on the applicant.

As regards the Federal Council's Directives of 16 March 1981 applicable to the Processing of Personal Data in the Federal Administration, they set out some general principles, for example that "there must be a legal basis for the processing of personal data" (section 411) or that "personal data may be processed only for very specific purposes" (section 412), but do not contain any appropriate indication as to the scope and conditions of exercise of the power conferred on the Public Prosecutor's Office to gather, record and store information; thus, they do not specify the conditions in which cards may be created, the procedures that have to be followed, the information which may be stored or comments which might be forbidden.

Those directives, like the Federal Criminal Procedure Act and the Federal Council's Decree of 29 April 1958 on the Police Service of the Federal Public Prosecutor's Office, cannot therefore be considered sufficiently clear and detailed to guarantee adequate protection against interference by the authorities with the applicant's right to respect for his private life.

77. The creation of the card on the applicant was not therefore “in accordance with the law” within the meaning of Article 8 of the Convention.

(ii) Storing of the card

78. The Court points out first of all that it would seem unlikely that the storing of a card which had not been created “in accordance with the law” could satisfy that requirement.

Moreover, it notes that Swiss law, both before and after 1990, expressly provided that data which turned out not to be “necessary” or “had no further purpose” should be destroyed (section 66(1 *ter*) FCPA, section 414 of the Federal Council’s Directives of 16 March 1981 applicable to the Processing of Personal Data in the Federal Administration and Article 7 of the Federal Decree of 9 October 1992 on the Consultation of Documents of the Federal Public Prosecutor’s Office).

In the instant case the authorities did not destroy the stored information when it emerged that no offence was being prepared, as the Federal Court found in its judgment of 14 September 1994.

79. For these reasons, the storing of the card on the applicant was not “in accordance with the law” within the meaning of Article 8 of the Convention.

80. The Court concludes that both the creation of the impugned card by the Public Prosecutor’s Office and the storing of it in the Confederation’s card index amounted to interference with the applicant’s private life which cannot be considered to be “in accordance with the law” since Swiss law does not indicate with sufficient clarity the scope and conditions of exercise of the authorities’ discretionary power in the area under consideration. It follows that there has been a violation of Article 8 of the Convention.

(b) Purpose and necessity of the interference

81. Having regard to the foregoing conclusion, the Court does not consider it necessary to examine whether the other requirements of paragraph 2 of Article 8 were complied with.

III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 13 OF THE CONVENTION

82. The applicant also alleged a violation of Article 13 of the Convention, which is worded as follows:

“Everyone whose rights and freedoms as set forth in [the] Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity.”

A. The Government's preliminary objection

83. The Government noted that the applicant had not repeated his complaint relating to Article 13 of the Convention in his memorial submitted on 11 May 1999. They accordingly considered that there was no need to examine that issue.

84. The Court notes that the applicant relied on Article 13 of the Convention before the Commission, that the Commission examined that complaint in its report of 20 May 1998 and that, when invited to lodge with the Court memorials relating to the issues raised by this case, as declared admissible by the Commission, the applicant submitted observations on Article 13 in his memorial filed on 14 June 1999.

Accordingly, the Court considers that the applicant did not manifest an intention to waive before it his complaint of a violation of Article 13 of the Convention which he had alleged before the Commission.

The Government's preliminary objection cannot therefore be upheld.

B. Merits of the complaint

85. The applicant complained that he had not had an "effective remedy" since he had been unable to raise before the Federal Court the issue whether the telephone tapping and the creation and storing of the card were lawful.

86. The Commission found that the administrative-law action brought by the applicant had amounted to an effective remedy.

87. The Government agreed with that finding. They stressed that the applicant, in bringing an administrative-law action in the Federal Court, had sought compensation for non-pecuniary damage and, in the alternative, a finding that the card on him was illegal.

88. The Court reiterates first of all that in cases arising from individual petitions the Court's task is not to review the relevant legislation or practice in the abstract; it must as far as possible confine itself, without overlooking the general context, to examining the issues raised by the case before it (see the *Holy Monasteries v. Greece* judgment of 9 December 1994, Series A no. 301-A, pp. 30-31, § 55).

It further observes that Article 13 of the Convention requires that any individual who considers himself injured by a measure allegedly contrary to the Convention should have a remedy before a national authority in order both to have his claim decided and, if appropriate, to obtain redress (see the *Leander* judgment cited above, pp. 29-30, § 77). That provision does not, however, require the certainty of a favourable outcome (see the *D. v. the United Kingdom* judgment of 2 May 1997, *Reports* 1997-III, p. 798, § 71).

89. In the instant case the Court notes that the applicant was able to consult his card as soon as he asked to do so, in 1990, when the general public became aware of the existence of the card index being kept by the Public Prosecutor's Office. It also points out that the applicant brought an administrative-law action in the Federal Court and that on that occasion he was able to complain, firstly, about the lack of a legal basis for the telephone tapping and the creation of his card and, secondly, the lack of an "effective remedy" against those measures. It notes that the Federal Court had jurisdiction to rule on those complaints and that it duly examined them. In that connection it reiterates that the mere fact that all the applicant's claims were dismissed is not in itself sufficient to determine whether or not the administrative-law action was "effective".

90. The applicant therefore had an effective remedy under Swiss law to complain of the violations of the Convention which he alleged. There has not therefore been a violation of Article 13.

IV. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

91. 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

92. The applicant claimed 1,000 Swiss francs (CHF) for non-pecuniary damage and did not claim any amount in respect of pecuniary damage.

93. The Government maintained that if the Court were to find a violation of the Convention, the non-pecuniary damage would be adequately compensated by the publicity given to the judgment.

94. The Court considers that the non-pecuniary damage is adequately compensated by the finding of violations of Article 8 of the Convention.

B. Costs and expenses

95. The applicant also claimed CHF 7,082.15 in respect of his costs and expenses for the proceedings before the Convention institutions.

96. The Government stated that, in the light of all the circumstances of the present case and the amounts awarded by the Court in other applications directed against Switzerland, they were prepared to pay CHF 5,000.

97. The Court considers that the claim for costs and expenses is reasonable and that it should be allowed in full.

C. Default interest

98. According to the information available to the Court, the statutory rate of interest applicable in Switzerland at the date of adoption of the present judgment is 5% per annum.

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Holds* that there has been a violation of Article 8 of the Convention arising from the interception of the telephone call;
2. *Holds* that there has been a violation of Article 8 of the Convention arising from the creation and storing of the card;
3. *Dismisses* the Government's preliminary objection relating to Article 13 of the Convention;
4. *Holds* that there has not been a violation of Article 13 of the Convention;
5. *Holds* that the present judgment in itself constitutes sufficient just satisfaction for the non-pecuniary damage sustained by the applicant;
6. *Holds*
 - (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months, CHF 7,082.15 (seven thousand and eighty-two Swiss francs fifteen centimes) for costs and expenses;
 - (b) that simple interest at an annual rate of 5% shall be payable on this sum from the expiry of the above-mentioned three months until settlement;
7. *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 16 February 2000.

Elisabeth PALM
President

Michele DE SALVIA
Registrar

ANNEX

**OPINION OF THE EUROPEAN COMMISSION
OF HUMAN RIGHTS¹**

(as expressed in the Commission's report² of 20 May 1998)

[The Commission was composed as follows:

Mr N. BRATZA, *Acting President
of the First Chamber,*
Mr S. TRECHSEL,
Mr E. BUSUTTI,
Mr A. WETZEL,
Mr C.L. ROZAKIS,
Mrs J. LIDDY,
Mr L. LOUCAIDES,
Mr B. MARNER,
Mr B. CONFORTI,
Mr I. BÉKÉS,
Mr G. RESS,
Mr A. PERENIĆ,
Mr C. BIRSAN,
Mr K. HERNDL,
Mr M. VILA AMIGÓ,
Mrs M. HION,
Mr R. NICOLINI,
and Mrs M.F. BUQUICCHIO, *Secretary
to the First Chamber.*]

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

44. The following complaints were declared admissible:

- that the monitoring of the applicant's telephone conversation and the storage of the information obtained therefrom violated his right to respect for his private life; and
- that he had no domestic remedy at his disposal to complain thereof.

B. Points at issue

45. Accordingly, the issues to be determined are:

- whether there has been a violation of Article 8 of the Convention;
- whether there has been a violation of Article 13 of the Convention.

C. As regards Article 8 of the Convention

46. The applicant complains of an interference with his right to respect for his private life under Article 8 of the Convention. He submits that there was no legal basis either for the monitoring of his telephone conversation with the former Soviet embassy or for the creation and storing of a card. It was also disproportionate within the meaning of Article 8 § 2 of the Convention to store such information about him on a card.

47. Article 8 of the Convention states, in its relevant parts:

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

48. The applicant submits that there is no guarantee that the waiting period of fifty years will actually be observed, since the legislator is quite free to abolish it wholly or in part. He also contests that the card contained no sensitive information. The fact that the applicant was labelled a “contact with the Russian embassy” actually amounted to a substantial threat for him. Anybody who knows of this and for this reason does not establish business relations with him, will not tell him so. Nowhere is it stated that every consultation of his card has been recorded, and it cannot be excluded that the Zürich cantonal police still have documents available that mention this alleged contact with the embassy. In fact, the applicant also complains that a card was made out at all, which is in breach of Article 8 of the Convention.

49. The applicant points out that the collecting of data was unlawful in itself. Section 17(3) of the Federal Criminal Procedure Act, which only

refers to offences that come under the jurisdiction of federal criminal courts, does not contain any reference to the conditions for monitoring telephone conversations and does not provide for sufficient measures to protect against abuse. The Directives of 16 March 1981 applicable to the Processing of Personal Data in the Federal Administration, referred to by the Government, do not mention the actual conditions that would allow the authorities extensively to monitor telephone calls. On the whole, there is no legal basis for the authorities' interference with the applicant's private life. As a result, it was a totalitarian practice to record and store trifling matters for decades.

50. The applicant fails to see how the ordering and delivery of a battery-operated depilatory device could adversely affect national security, as claimed by the Government. Moreover, it cannot be said that the card contained no sensitive elements and did not cause the applicant any inconvenience. All that can be said is that no detrimental effect to the applicant's business has become apparent as a result of the storing of the card. The decisive factor is the principle of the right of self-determination, which prohibits State authorities from making recordings of any conversations between private individuals.

51. The Government contend that the measures taken are in conformity with the Convention. On the one hand, the storing of the applicant's card does not amount to an interference with his rights under Article 8 § 1 of the Convention, as in 1996 it was removed from the central card index and transferred to the Federal Archives where it may not be consulted and where there will be no access to it for the next fifty years.

52. On the other hand, even if there has been an interference, the measure would in the Government's opinion be justified under Article 8 § 2 of the Convention. The interference was "in accordance with the law" in that, before 1990, the situation was governed by sections 17(3) and 66 et seq. of the Federal Criminal Procedure Act and by the Directives of 16 March 1981 applicable to the Processing of Personal Data in the Federal Administration. After 1990, the situation was governed by the Order on the Processing of Federal National Security Documents and the Federal Decree on the Consultation of Documents of the Federal Public Prosecutor's Office, and by the Federal Act on the Protection of Personal Data.

53. The Government moreover submit that the measure served the purpose of national security within the meaning of Article 8 § 2 of the Convention, and could be considered as "necessary in a democratic society" in view of the margin of appreciation left to the authorities. In particular, the applicant suffered no inconvenience whatsoever from the storing of the card. The latter contained no sensitive information concerning his private life. Moreover, the card index in which the applicant's card was stored was only consulted twice; in all probability, the applicant's card was never consulted.

54. The Commission recalls that, according to the Court’s case-law, the interception of telephone calls constitutes “interference by a public authority”, within the meaning of Article 8 § 2 of the Convention, with the exercise of a right guaranteed under paragraph 1 (see Eur. Court HR, *Kopp v. Switzerland* judgment of 25 March 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-II, p. 540, § 53). The storing of information concerning a person’s private life in a secret register kept by a State authority equally amounts to an interference with the right to respect for private life as guaranteed by Article 8 § 1 of the Convention (see Eur. Court HR, *Leander v. Sweden* judgment of 26 March 1987, Series A no. 116, p. 22, § 48).

55. In the present case, the Commission considers that the monitoring of the applicant’s telephone conversation with the former Soviet embassy and the subsequent creation and storing of a card on the applicant amounted to interferences with his right to respect for his private life within the meaning of Article 8 § 1 of the Convention. The Government object in this respect that the applicant’s card is now stored in the Federal Archives where it may not be consulted. However, the Commission notes that from 1981 until 1990 the card was filed with the Federal Public Prosecutor’s Office where it was open to consultation without the applicant being aware of it. Furthermore, the existence of an interference cannot depend upon the applicant having suffered any identifiable damage, as such a requirement would render the Convention guarantees in Article 8 of the Convention theoretical and illusory, whereas they are intended to be practical and effective (see Eur. Court HR, *Artico v. Italy* judgment of 13 May 1980, Series A no. 37, pp. 15-16, § 33).

56. The Commission must therefore examine whether these interferences were justified under Article 8 § 2 of the Convention.

57. The expression “in accordance with the law” in paragraph 2 of Article 8 requires that the interferences must have some basis in domestic law. Moreover, the law in question must be accessible to the individual concerned and its consequences for him must also be foreseeable (see the *Leander* judgment, loc. cit., p. 23, § 50).

58. In the context of secret measures of surveillance or interception of communications by public authorities, the expression “in accordance with the law” not only necessitates compliance with domestic law, but also relates to the quality of that law, requiring it to be compatible with the rule of law. Thus, the domestic law must be sufficiently clear in its terms to give citizens an adequate indication as to the circumstances and conditions on which public authorities are empowered to resort to any such secret measures (see Eur. Court HR, *Halford v. the United Kingdom* judgment of 25 June 1997, *Reports* 1997-III, p. 1017, § 49).

59. Nevertheless, the Commission’s power to review compliance with the relevant domestic legislation is limited under the Convention. It is in the first place for the national authorities, notably the courts, to interpret

and to apply the domestic law (see Eur. Court HR, Friedl v. Austria judgment of 31 January 1995, Series A no. 305-B, opinion of the Commission, pp. 22-23, § 58).

60. The Commission has first examined the monitoring of the applicant's telephone conversation with the former Soviet embassy. In this respect, the Federal Court mentioned in its judgment of 14 September 1994 two sets of legal provisions (see paragraph 30 of the report). It referred, first, to Article 1 of the Federal Council's Decree of 1958 on the Police Service of the Federal Public Prosecutor's Office which authorises the authorities to monitor and prevent activities capable of endangering the internal or external security of the Confederation (see paragraph 37 of the report). Reference was further made to sections 66 et seq. of the Federal Criminal Procedure Act which permits the monitoring of telephone and postal communications before criminal investigations are instituted (see paragraphs 39 et seq. of the report). In this respect, the court found that it was admissible to obtain information in order to prevent criminal offences against the State if there were circumstances indicating that such an offence was being prepared.

61. In this respect, the Commission considers that the present case related to far-reaching secret measures of surveillance, in particular as to the applicant's professional activities. As a result, specification in some detail would be required in the domestic legal provisions as to the envisaged measures (see the Halford judgment, loc. cit.).

62. As regards Article 1 of the Federal Council's decree referred to by the Federal Court, the Commission considers that this provision is overly general and cannot serve as a legal basis for the monitoring of the applicant's telephone conversation.

63. It is true that the second set of provisions referred to, in particular sections 66 et seq. of the Federal Criminal Procedure Act, expressly refer to the monitoring of telephone communications. Nevertheless, these provisions also envisage various procedural safeguards when intercepting telephone conversations. Thus, section 66 of the Act authorises the investigating judge to monitor such conversations; according to sections 66 *bis*, *ter* and *quater*, the investigating judge shall transmit his decision to monitor telephone conversations within twenty-four hours for approval to the President of the Indictment Division of the Federal Court (see paragraph 41 of the report).

64. However, there is no indication that the procedures mentioned in sections 66 et seq. of the Act were applied in the applicant's case. In particular, no reference is made thereto in the judgment of the Federal Court of 14 September 1994.

65. As a result, it has not been shown that the monitoring of the applicant's telephone conversation complied with the requirements under domestic law.

66. The Commission must next examine whether there was a legal basis for the creation and storing of the card at issue.

67. It is true that according to the Commission's case-law, a legal provision laying down the circumstances in which information may be obtained will generally provide a sufficient legal basis for the subsequent retention of such material (see *McVeigh and Others v. the United Kingdom*, joined applications nos. 8022/77, 8025/77 and 8027/77, Commission's report of 18 March 1981, Decisions and Reports 25, p. 50, § 228).

68. However, the Commission has just found that Article 1 of the Federal Council's decree of 1958, and sections 66 et seq. of the Federal Criminal Procedure Act could not serve as a legal basis for monitoring the applicant's telephone conversation (see paragraph 64 above). These provisions can equally not, therefore, serve as a legal basis for the creation of the applicant's card. In this connection, the Commission also notes that the Federal Court itself left open whether sections 66 et seq. of the Act also served as a legal basis to create a card and store the information obtained (see paragraph 31 of the report).

69. The respondent Government have referred, in addition, to the Directives applicable to the Processing of Personal Data in the Federal Administration adopted by the Swiss government on 16 March 1981. These Directives contain provisions as to the handling of such data.

70. In the Commission's opinion, however, these Directives do not provide the required specification for such a far-reaching measure in that they merely presuppose, but do not themselves provide, a legal basis for the creation and storing of such information. As a result, they cannot serve as a legal basis in this respect.

71. Thus, Swiss law did not provide a sufficient legal basis for the monitoring of the applicant's telephone conversation, or for the creation and storing of the card prepared on him.

72. It cannot therefore be said that the interferences at issue were "in accordance with the law" for the purposes of Article 8 § 2 of the Convention.

73. In the circumstances, the Commission does not find it necessary further to consider whether the interferences were "necessary in a democratic society" within the meaning of Article 8 § 2 of the Convention.

Conclusion

74. The Commission concludes, by nine votes to eight, that in the present case there has been a violation of Article 8 of the Convention.

D. As regards Article 13 of the Convention

75. The applicant complains that he did not have an effective remedy at his disposal within the meaning of Article 13 of the Convention in that

the Federal Court refused to grant him compensation or even to declare the unlawfulness of the various measures in issue. It does not suffice, in the applicant's opinion, that he was able to institute proceedings in which he requested the amendment of certain facts mentioned on the card.

76. Article 13 of the Convention states:

“Everyone whose rights and freedoms as set forth in [the] Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity.”

77. According to the Convention organs' case-law, Article 13 requires the provision of a remedy at national level allowing the competent domestic authority both to deal with the substance of the relevant Convention complaint and to grant appropriate relief, although Contracting States are afforded some discretion as to the manner in which they conform to their obligations under this provision (see the Halford judgment cited above, p. 1020, § 64).

78. In the present case, the applicant filed an administrative-law action with the Federal Court, claiming compensation for the unlawful entry into the card index of the Federal Public Prosecutor's Office. The Federal Court could have determined the unlawfulness of the various measures and also awarded compensation. However, on 14 September 1994, after conducting a hearing, the Federal Court dismissed the applicant's action, *inter alia*, as not all the grounds for awarding compensation had been met (see paragraphs 28 et seq. of the report).

79. In the Commission's opinion, therefore, the applicant had a remedy at his disposal meeting the requirements of Article 13 of the Convention.

Conclusion

80. The Commission concludes, unanimously, that in the present case there has been no violation of Article 13 of the Convention.

E. Recapitulation

81. The Commission concludes, by nine votes to eight, that in the present case there has been a violation of Article 8 of the Convention (paragraph 74).

82. The Commission concludes, unanimously, that in the present case there has been no violation of Article 13 of the Convention (paragraph 80).

M.F. BUQUICCHIO
Secretary
to the First Chamber

N. BRATZA
Acting President
of the First Chamber

DISSENTING OPINION OF Mr MARXER
JOINED BY Mr WEITZEL, Mrs LIDDY,
Mr CONFORTI, Mr BÉKÉS, Mr RESS, Mr PERENIČ
AND Mrs HION

I regret that I cannot agree with the conclusion of the majority that the measures at issue were not "in accordance with the law" within the meaning of Article 8 § 2 of the Convention.

The point of departure in this respect is the Federal Court's judgment of 14 September 1994 which mentioned two sets of legal provisions. It mentioned, on the one hand, Article 1 of the Federal Council's Decree of 1958 on the Police Service of the Federal Public Prosecutor's Office, which authorises the authorities to monitor and prevent activities capable of endangering the internal or external security of the State; and, on the other, sections 66 et seq. of the Federal Criminal Procedure Act, which permitted the monitoring of telephone and postal communications before criminal investigations are instituted (see paragraph 60 of the report).

I accept that these provisions served as a legal basis for the monitoring of the applicant's telephone conversation.

The issue then arises whether there was a legal basis for the creation and storing of the card at issue. In this respect, the Federal Court left open whether these provisions also served as a legal basis to create a card and store the information obtained, as the applicant's action appeared unfounded for other reasons.

However, according to the Commission's case-law, a legal provision laying down the circumstances, for instance, in which fingerprints, photographs and other information may be obtained on a person, will provide sufficient legal basis for the subsequent retention of such material (see *McVeigh and Others v. the United Kingdom*, joined applications nos. 8022/77, 8025/77 and 8027/77, Commission's report of 18 March 1981, Decisions and Reports (DR) 25, p. 50, § 228).

In my opinion, therefore, sections 66 et seq. of the Federal Criminal Procedure Act, which permitted the monitoring of the applicant's telephone conversation, could also be considered as permitting, at least initially, the preparation and storing of information on the applicant.

In addition, the Directives applicable to the Processing of Personal Data in the Federal Administration adopted by the Swiss government on 16 March 1981 (see paragraph 42 of the report), concern the handling of such data. For instance, the Directives list the conditions, upon request of the person concerned, for correcting any data which prove to be incorrect, and for communicating such data to other persons. Data which have

become useless should be destroyed, subject to their deposit in the archives of the Confederation.

It is recalled that the Federal Court, in its judgment of 14 September 1994, considered that the monitoring of the applicant's telephone conversation had a sufficient legal basis under domestic law. In the light of the Commission's case-law, it follows that this legal basis also sufficed for the storage of the card prepared on the applicant.

The interferences were, therefore, "in accordance with the law" within the meaning of Article 8 § 2 of the Convention.

As regards the remaining conditions to be examined under Article 8 § 2 of the Convention, the Federal Court, in its judgment of 14 September 1994, found that offences against the State and national defence justified such interferences (see paragraph 31 of the report). The interferences at issue were, therefore, undertaken "in the interests of national security" within the meaning of Article 8 § 2 of the Convention.

In examining whether the measures were "necessary in a democratic society" within the meaning of Article 8 § 2 of the Convention, the interest of the respondent State in protecting its national security must be balanced against the seriousness of the interference with the applicant's right to respect for his private life. While the margin of appreciation available to a State in choosing the means for achieving the legitimate aim of protecting national security is in such cases a wide one, there must nevertheless exist adequate and effective guarantees against abuse (see Eur. Court HR, *Leander v. Sweden* judgment of 26 March 1987, Series A no. 116, p. 25, §§ 59-60).

In the present case, only one telephone conversation of the applicant was monitored, and only that limited information was stored on the applicant's card of 24 December 1981, namely that he was a contact person with the Russian embassy and did business with a particular company. As the Federal Court noted in its judgment of 14 September 1994, there was no indication that the authorities considered the applicant to be a spy (see paragraph 34 of the report).

Moreover, various safeguards have been introduced in respect of information stored in such a way. Reference has just been made to the 1981 Directives applicable to the Processing of Personal Data in the Federal Administration which list, *inter alia*, the conditions, upon request of the person concerned, for correcting any data which prove to be incorrect, and for communicating such data to other persons. Therefore, under these Directives the individual has to be informed, upon request, about the existence of the card and the information it contains. The individual can then ask for corrections to be made to this information.

In addition, in 1990, the Federal Council issued an Order on the Processing of Federal National Security Documents, and the post of special officer in charge of these documents was created. The special

officer was indeed able to be of assistance to the applicant (see paragraph 43 of the report).

In this respect, reference can be made to the Commission's case-law according to which the guarantees provided for in the 1990 Order are sufficient to prevent potential abuses which may be engendered by such a system of secret surveillance (see *Martin v. Switzerland*, application no. 25099/94, Commission decision of 5 April 1995, DR 81-B, p. 136).

Finally, pursuant to the 1992 Federal Decree on the Consultation of Documents of the Federal Public Prosecutor's Office, the applicant's card has meanwhile been removed from the central card index and transferred to the Federal Archives, where for fifty years there will be no access to it (see paragraph 43 of the report).

As a result, taking into account the margin of appreciation which is left to Contracting States in such cases (see the *Leander* judgment cited above), the interferences to which the applicant was subjected cannot be said to have been disproportionate to the legitimate aim pursued. The interferences could therefore reasonably be considered "necessary in a democratic society in the interests of national security" within the meaning of Article 8 § 2 of the Convention.

As a result, there has been no violation of Article 8 of the Convention.

ROWE AND DAVIS v. THE UNITED KINGDOM
(Application no. 28901/95)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 16 FEBRUARY 2000

SUMMARY¹**Non-disclosure to the defence of evidence held by the prosecution, on grounds of public interest immunity****Article 6 § 1**

Criminal proceedings – Fair hearing – Adversarial trial – Equality of arms – Disclosure of evidence – Duty of prosecution to disclose evidence – Non-disclosure to the defence of evidence held by the prosecution, on grounds of public interest immunity – Procedural safeguards – Balance between public interest and the rights of the defence

*
* * *

The applicants were convicted of murder, assault and robbery. They appealed to the Court of Appeal. At the first hearing, the prosecution submitted to the court a document which was not shown to defence counsel and sought a ruling on disclosure. As defence counsel declined to undertake not to disclose the matter to their clients or their solicitors, the hearing proceeded *ex parte*. The court subsequently refused to order disclosure. At the start of the hearing of the substantive appeal, defence counsel invited the court to order disclosure of the name of any person to whom a reward had been paid for information given to the police. The prosecution showed relevant documents to the court but not to the defence. The court refused to order disclosure and subsequently upheld the applicants' convictions. Leave to appeal to the House of Lords was refused but the convictions were later referred back to the Court of Appeal by the Criminal Cases Review Commission, on the basis that the fact that a witness had received a reward and immunity from prosecution had not previously been disclosed to the defence on grounds of public interest immunity.

Held

Article 6 § 1: The right to an adversarial trial meant, in a criminal case, that both the prosecution and the defence had to be given the opportunity to have knowledge of and comment on the observations filed and the evidence adduced by the other party. In addition, the prosecuting authorities had to disclose to the defence all material evidence in their possession for or against the accused. However, the entitlement to disclosure of relevant evidence was not an absolute right. In any criminal proceedings there might be competing interests which had to be weighed against the rights of the accused. In some cases, it might be necessary to withhold certain evidence from the defence so as to preserve the fundamental rights of another individual or to safeguard an important public interest. However, only such measures restricting the rights of the defence as were strictly necessary were permissible under Article 6 § 1. Moreover, any difficulties caused to

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

the defence by a limitation on its rights had to be sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities. Where evidence had been withheld from the defence on public interest grounds, it was not the role of the Court to decide whether or not such non-disclosure was strictly necessary since, as a general rule, it was for the national courts to assess the evidence before them; rather, the Court had to ascertain whether the decision-making procedure in each case complied, as far as possible, with the requirements of adversarial proceedings and equality of arms and incorporated adequate safeguards to protect the interests of the accused. In the present case, the prosecution had withheld relevant evidence at first instance without notifying the judge, on grounds of public interest. Such a procedure, whereby the prosecution itself attempts to assess the importance of concealed information to the defence and weigh this against the public interest in keeping the information secret, could not comply with the requirements of Article 6. While at the appeal stage the defence had been informed that information had been withheld and the Court of Appeal had twice reviewed the undisclosed evidence in *ex parte* hearings before deciding in favour of non-disclosure, this procedure could not remedy the unfairness resulting from the absence of any scrutiny of the withheld evidence by the trial judge. The latter had seen the witnesses and had been fully versed in all the evidence and issues in the case and would have been in a position to monitor the need for disclosure throughout the trial, whereas the Court of Appeal had been obliged to carry out its appraisal *ex post facto* and might even, to a certain extent, have been unconsciously influenced by the jury's verdict of guilty into underestimating the significance of the undisclosed evidence. Consequently, the prosecution's failure to lay the evidence before the trial judge and to permit him to rule on the question of disclosure had deprived the applicants of a fair trial.

Conclusion: violation (unanimously).

Article 41: The Court considered that the finding of a violation constituted in itself sufficient just satisfaction for any non-pecuniary damage which the applicants might have suffered. It made an award in respect of costs and expenses.

Case-law cited by the Court

Brandstetter v. Austria, judgment of 28 August 1991, Series A no. 211

Edwards v. the United Kingdom, judgment of 16 December 1992, Series A no. 247-B

Doorson v. the Netherlands, judgment of 26 March 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-II

Van Mechelen and Others v. the Netherlands, judgment of 23 April 1997, *Reports* 1997-III

In the case of Rowe and Davis v. the United Kingdom,

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 Protocol¹ No. 11, 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,
 Mr L. FERRARI BRAVO,
 Mr L. CAFLISCH,
 Mr J.-P. COSTA,
 Mr W. FUHRMANN,
 Mr K. JUNGWIERT,
 Mr M. FISCHBACH,
 Mr B. ZUPANČIĆ,
 Mrs N. VAJIĆ,
 Mr J. HEDIGAN,
 Mrs W. THOMASSEN,
 Mrs M. TSATSA-NIKOLOVSKA,
 Mr T. PANTIRU,
 Mr E. LEVITS,
 Mr K. TRAJA,
 Sir John LAWS, *ad hoc judge*,

and also of Mrs M. DE BOER-BUQUICCHIO, *Deputy Registrar*,

Having deliberated in private on 201 October 1999 and on 26 January 2000,

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

PROCEDURE

1. The case was referred to the Court by the European Commission of Human Rights (“the Commission”) on 12 March 1999, within the three-month period laid down by former Articles 32 § 1 and 47 of the Convention. It originated in an application (no. 28901/95) against the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland lodged with the Commission under former Article 25 by two British nationals, Mr Raphael Rowe and Mr Michael Davis, on 20 December 1993.

The Commission’s request referred to former Articles 44 and 48 and to the declaration whereby the United Kingdom recognised the compulsory

1-2. *Note by the Registry.* Protocol No. 11 and the Rules of Court came into force on 1 November 1998.

jurisdiction of 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 6 of the Convention.

2. In accordance with the provisions of Article 5 § 4 of Protocol No. 11 taken together with Rules 100 § 1 and 24 § 6 of the Rules of Court, a panel of the Grand Chamber decided on 31 March 1999 that the case would be examined by the Grand Chamber of the Court. The Grand Chamber included *ex officio* Sir Nicolas Bratza, the judge elected in respect of the United Kingdom (Article 27 § 2 of the Convention and Rule 24 § 4), 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 L. Ferrari Bravo, Mr L. Caflisch, Mr W. Fuhrmann, Mr K. Jungwiert, Mr B. Zupančič, Mrs N. Vajić, Mr J. Hedigan, Mrs W. Thomassen, Mrs M. Tsatsa-Nikolovska, Mr T. Panfîru, Mr E. Levits and Mr K. Traja (Rule 24 § 3).

Subsequently Sir Nicolas Bratza, who had taken part in the Commission's examination of the case, withdrew from sitting in the Grand Chamber (Rule 28). The United Kingdom Government ("the Government") accordingly appointed Sir John Laws to sit as an *ad hoc* judge (Article 27 § 2 of the Convention and Rule 29 § 1).

3. In accordance with the decision of the Grand Chamber, a hearing in this case and in the cases of *Jasper v. the United Kingdom* (application no. 27052/95) and *Fitt v. the United Kingdom* (application no. 29777/96) took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 20 October 1999.

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr M. EATON, Deputy Legal Adviser, Foreign and Commonwealth Office,	<i>Agent,</i>
Mr R. CRANSTON, Solicitor-General,	
Mr J. EADIE, Barrister-at-Law,	<i>Counsel,</i>
Mr R. HEATON, Home Office,	
Ms G. HARRISON, Home Office,	
Mr C. BURKE, Customs and Excise,	
Ms F. RUSSELL, Crown Prosecution Service,	
Mr A. CHAPMAN, Law Officer's Department,	<i>Advisers;</i>

(b) *for the applicant*

Mr B. EMMERSON, Barrister-at-Law,	<i>Counsel,</i>
Ms M. CUNNEEN, Solicitor (Liberty),	
Ms P. KAUFMAN, Barrister-at-Law,	
Mr S. YOUNG, Solicitor,	
Mr A.B.R. MASTERS, Barrister-at-Law,	<i>Advisers.</i>

The Court heard addresses by Mr Emmerson and Mr Cranston and also their replies to questions put by several of its members.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

A. The offences

4. During the night of 15 to 16 December 1988, a series of offences occurred in Surrey, England.

The first, which may have occurred sometime after 1.30 a.m., involved an attack on two men in a parked car in a field near a public house in Fickleshall. Just after the conclusion of sexual activities between the two men (Mr Ely and Mr Hurburgh), two masked men appeared. One carried a knife, the other a gun. Ely was pulled out of the car and 10 pounds sterling (GBP) was taken from him. On orders, he lay face down on the ground while the man with the knife kept guard over him. Ely became aware of a third masked man. The robbers wanted to take the car which belonged to Hurburgh, who objected and was attacked. Ely was made to crawl over to where Hurburgh was lying tied up. He was also tied up and gagged. Petrol was spread around both of them. Ely saw a lit cigarette and passed out. When he recovered consciousness, Hurburgh's Austin Princess car had gone and Hurburgh was dead. The attackers had abandoned a stolen Spitfire car in which they had arrived on the scene in the entrance to a field, about 500 metres away.

5. This offence was followed, at about 3.40 a.m., by three masked robbers arriving at the Napier household in Oxted. They entered by a back window. Two of them went into Timothy Napier's room; one had a knife, the other a gun. Meanwhile, Richard Napier (the father) was awakened by the third robber armed with a revolver. He was taken into Timothy's room. Both were told they would be shot if they did not cooperate. They attacked the robbers and forced them downstairs. In the struggle, Timothy Napier's arm was cut and an artery was severed. Richard Napier was forced back upstairs to the bedroom where his wife was waiting. A knife was pointed at her and she was told to remove her

rings and jewellery or her fingers would be cut off. The other two robbers ransacked the room before all three fled taking Timothy's Toyota car. Timothy Napier was rushed to hospital. He was found to have a stab wound to his back that had punctured the pleural cavity and required the insertion of a chest drain. Hurburgh's car was found abandoned nearby.

6. At 5 a.m., at the home of Mrs Spicer in Fetcham, she and her partner (Mr Almond) awoke to find three masked men in their bedroom. They were asked for money, jewellery and car keys. They told the intruders where to find them. Spicer and Almond were bound and gagged and the house was ransacked. It was nearly an hour before the robbers left, taking a large amount of property and the couple's two cars, a Renault and a Cavalier. Timothy Napier's Toyota was found abandoned nearby.

B. The reward, investigation and arrests

7. There was considerable interest in the above events, including publication in the national media between 17 and 19 December 1988 of the offer of a reward of GBP 25,000 for information leading to the conviction of the offenders. On Sunday 18 December the police incident room received information that the persons responsible for the murder and other offences were living at 25 Lawrie Park Road, Sydenham, South London ("No. 25"). In addition, the caller said that a considerable quantity of property which had been stolen during the course of the robberies had been taken by other persons resident at No. 25 and stored at the flat of a female associate at 71 Queen Adelaide Court.

8. No. 25 was owned by Mr Smith, who occupied the ground floor and basement. The remainder of the house, consisting of the two upper floors, was divided into flats occupied by the applicants, Raphael Rowe and Michael Davis, amongst others. Randolph Johnson visited the house from time to time, most recently to help repair the wiring and various electrical appliances, and he was said to have been there on the night of 15 December 1988. Rowe, Davis and Johnson were black.

9. Three white men also lived at No. 25: Mark Jobbins, Norman Duncan and Shane Griffin ("the Jobbins Group"). They were then aged 29, 21 and 19 years respectively. Duncan and Griffin sniffed glue on a regular basis. All three had criminal records.

10. As a result of the information received by the police, search warrants were obtained for each of the two addresses and were executed simultaneously at 7.50 a.m. on 19 December 1988. In a search of No. 25 carried out sometime between 2.15 p.m. on 19 December and 5 a.m. on 20 December, the police found a brooch from the Spicer/Almond robbery in Rowe's wastepaper basket. Other Spicer/Almond items were found in a storeroom and, also in the storeroom, were some porcelain figurines (not

connected with these offences) which bore Davis's fingerprints. Blood stains on a jacket found in Rowe's bedroom were analysed and found to be of a blood group shared by 8% of the population, including the murder victim, Hurburgh. Rowe, Davis, Jobbins and Griffin were arrested on suspicion of aggravated burglary. Duncan was arrested on 21 December.

11. Kate Williamson, a 16-year-old school student and girlfriend of Rowe, produced to the police a number of items from the Spicer/Almond robbery, including two eternity rings, a yellow metal watch strap and a lady's watch. She told them that she visited Rowe quite regularly and was there during the night of 15 December 1988. She said that she did not know Jobbins, Duncan or Griffin except by sight.

12. Joanne Cassar informed the police that she had stayed with another resident of No. 25, Jason Cooper, for a period in 1988. She knew Davis, Rowe, Jobbins, Duncan and Griffin. She had been at No. 25 during the night of 15 December 1988 and had stayed in Cooper's room.

13. The other search warrant was executed at 71 Queen Adelaide Court. It resulted in the arrest of the tenant, Bernadette Roberts, who was the girlfriend of Jobbins, and the recovery of a large amount of stolen property.

14. Johnson was arrested on 6 January 1989 after an extensive car chase by several police officers. At the time, he was carrying a revolver. In his statement he agreed that he had been to No. 25 on several occasions and, on the night in question, was probably there until late. He denied involvement in the offences and said in police interviews that he might have spent the night with a girlfriend.

C. The trial

15. The trial of the two applicants and Johnson took place at the Central Criminal Court in February 1990.

16. The prosecution case was that the three men had been involved in each incident. It was argued that there was evidence to link the offences: the Austin Princess stolen from Hurburgh was found at the scene of the Napier robbery; the Toyota stolen from the Napiers was found abandoned close to the Spicer/Almond household; and the vehicles stolen from the latter couple were connected to the occupants of No. 25. In addition, the witnesses to each of the robberies had described a team of three robbers, at least one of whom was carrying a gun and a second one a knife, dressed in black and wearing balaclavas.

17. The prosecution relied substantially upon the evidence of the Jobbins Group. The latter admitted having jointly stolen the Spitfire which had been found abandoned near the scene of the first robbery and murder, and having driven the Renault and Cavalier stolen at the last

robbery to a field in Sidcup where they had set fire to them. They gave evidence, *inter alia*, that on the night of 15 to 16 December, Rowe had asked if he could use the Spitfire and that he, Davis and another black man had requested help in other ways, such as the loan of a balaclava and assistance in starting the Spitfire. The Jobbins Group also gave evidence relating to the events of the following morning (16 December), when Rowe had allegedly made a number of incriminating comments about his own involvement in the crimes and had requested them to dispose of the stolen Spicer/Almond cars and to store the stolen property elsewhere.

18. In addition, the prosecution relied on the evidence of Kate Williamson that Rowe had left her during the night of 15 to 16 December and had returned the following morning at 6.30 a.m.; that he gave her rings from the Napier robbery in order to have them valued; that he scratched his bedroom window with one of the diamond rings and that he told her about the stolen cars. The prosecution also relied on the evidence of Joanne Cassar, that she had been given a plant by Davis that, it was suggested, came from the boot of the car stolen from Almond. Finally, Martin Todd, an inmate at Her Majesty's Prison Brixton where Johnson had been held on remand, gave evidence of incriminating remarks allegedly made to him by Johnson.

19. All three of the accused denied any involvement in the offences. Their defence relied on the facts that Kate Williamson and others had given evidence that Rowe and Davis had been in their company at times during the night of 15 to 16 December which were inconsistent with a sighting of the Spitfire at a similar time close to the scene of the Hurburgh murder and that the victims of the offences, including Ely, the Napiers and Spicer, had described their attackers as white. On behalf of Johnson it was argued that there was no evidence of his involvement in the preparatory acts or subsequent disposals.

20. The defence submitted that many of the witnesses for the prosecution were unreliable. Thus, Ely's evidence included a number of inconsistencies, as did the testimony and statements of the Jobbins Group. It was argued that if anyone from No. 25 had been responsible for the crimes, it was the Jobbins Group, and that Jobbins, Duncan and Griffin had given a deliberately false account to the police in order to implicate the accused and thus exonerate themselves. Joanne Cassar may have been an accomplice because she knew Duncan and Griffin, and Kate Williamson's evidence may have been motivated by jealousy of Rowe's relationship with another girlfriend and was in any event inconsistent with a letter which she had sent to Rowe whilst he was in prison. The defence sought to impugn Todd's evidence on the grounds that he may have lied in order to obtain parole. In addition, the defence referred to the substantial reward which had been offered as a factor which may have motivated prosecution witnesses to give evidence.

21. Davis gave evidence, consistent with his statement to the police, that he had played no part in the offences and had had nothing to do with the Spitfire. He claimed to have spent the evening of 15 December at home, and agreed with Kate Williamson's account of going out and not returning until about 12.30 a.m. Rowe's evidence was also consistent with his statement to the police. He denied having played any part in the offences and said that after returning to No. 25 at 12.30 a.m., he had then slept with Kate Williamson throughout the night. Johnson did not give evidence.

22. On 26 February 1990 the jury returned unanimous verdicts convicting the applicants and Johnson of murder, assault occasioning grievous bodily harm, and three counts of robbery. They were each sentenced to concurrent terms of life, fifteen years' and twelve years' imprisonment.

D. The proceedings before the Court of Appeal

23. The applicants and Johnson appealed on the grounds, *inter alia*, that their convictions were unsafe and unsatisfactory because of weaknesses and inconsistencies in the evidence against them.

1. The disclosure procedure

24. On 20 October 1992, at the first hearing before the Court of Appeal, counsel for the prosecution handed to the court a document which was not shown to defence counsel. He sought the Court of Appeal's ruling on a matter of disclosure (see paragraphs 34-35 below), and informed the court that the matter was sensitive to a degree which would require the court to hear him either *ex parte* or, if *inter partes*, only on an undertaking by defence counsel not to disclose what took place to their solicitors or clients. Both defence counsel indicated that they could not conscientiously give such an undertaking and withdrew from the hearing, which proceeded *ex parte*.

25. On 14 and 15 January 1993 the issue of disclosure was re-canvassed before a differently constituted Court of Appeal (although the Lord Chief Justice, Lord Taylor, participated in both hearings), because defence counsel had reconsidered their position and had concluded that they had been incorrect in withdrawing voluntarily as they had done at the first hearing. It was argued by the defence that (i) defence counsel should have been permitted to hear the application by the Crown without giving an undertaking and (ii) counsel for the Crown should, at the least, have been obliged to disclose the category of material in question so that defence counsel could then have made submissions as to whether or not disclosure of material in that category should be ordered. The Court of Appeal, in its judgment, remarked that the procedure to be followed when the

prosecution was in possession of material which it believed should not be disclosed to the defence had been changed by the judgment in *R. v. Ward* (see paragraph 37 below) in that it was now for the court, and not the prosecution, to decide whether disclosure should be made, and set out a series of procedural guidelines to be followed in such cases (see paragraphs 39-40 below). In conclusion, however, it refused to order disclosure.

26. On 22 June 1993, at the outset of the hearing of the substantive appeal before a differently constituted Court of Appeal, defence counsel invited the court to order the Crown to disclose the name of any person or persons to whom any reward money had been paid for information given to the police concerning the applicants, and sought access to the Police Complaints Authority Report concerning a complaint by Rowe. The prosecution showed the court documents relevant to the request for disclosure which were not shown to the defence. However, defence counsel were able to make submissions as to the factors weighing in favour of disclosure and the nature of the balancing exercise to be undertaken by the court. Having considered those submissions and having examined the relevant documents, the court refused to order disclosure.

2. *The substantive appeal*

27. On 29 July 1993 the Court of Appeal upheld the applicants' convictions and that of Johnson, concluding that there was no basis to say that there was even a lurking doubt about their safety.

E. Subsequent events

28. The applicants applied to the Court of Appeal for leave to appeal to the House of Lords, but this application was refused on 30 September 1993.

29. By a letter of 27 November 1994 the first applicant's solicitor, with reference to *R. v. Rasheed* (see paragraph 42 below), asked the Crown Prosecution Service for disclosure of any reward claim made prior to the trial by any witness and, in particular, by one of the Jobbins Group, Williamson or Cassar.

30. On 22 November 1995 the Crown Prosecution Service replied:

"Regarding the question raised in paragraph (1) of your letter of 27th October 1994, you will know that the topic of rewards was raised by [defence counsel] at the outset of the appeal in this matter. This resulted in an *ex parte* application which was heard in camera. This application was upheld and referred to by Watkins LJ in his final judgment in these terms: 'We upheld the claim and refused to order disclosure of any kind for reasons we gave on 22nd June and which are recorded'."

31. In 1994 the applicants applied to the Home Office for a review of the safety of their convictions. In April 1997 the Criminal Cases Review

Commission (“the CCRC”) was set up under the Criminal Appeal Act 1995 and the applicants’ case was transferred to it. In August 1997 the CCRC appointed an officer from Greater Manchester Police to investigate the events surrounding the prosecution of the applicants and Johnson. The investigating officer’s report was submitted in January 1999.

32. In its report of 7 April 1999 the CCRC found, *inter alia*, that Duncan was a long-standing police informant, who, on 18 December 1988 had approached a Sussex police officer and told him that the applicants were responsible for the crimes of 15 to 16 December 1988. As a result of his assistance to the police and the evidence which he gave at the applicants’ trial, Duncan had received a reward of GBP 10,300, in addition to police protection between 18 and 22 December 1988 and immunity from prosecution in relation to his admitted participation as an accessory to the offences in question. It appeared from police records of the information supplied by Duncan that the latter had never identified Johnson as one of the offenders. These facts had not previously been disclosed to the defence on grounds of public interest immunity. The CCRC also found that “the police were not keen that the Jobbins Group should be prosecuted and there was a corresponding inertia on the part of the prosecuting authorities”, and commented that “if the jury had been aware of this then the credibility of the Jobbins Group might have been assessed in a more critical manner”. Moreover, Todd had retracted his statement concerning the incriminating comments allegedly made by Johnson.

The CCRC concluded that, in the light of this new evidence, there was a real possibility that Johnson was not involved in the offences of 15 to 16 December 1988. Whilst there was evidence linking the two applicants to the robberies, if the prosecution case against one of the three, Johnson, might no longer be sustainable, in the CCRC’s view the Court of Appeal ought at the same time to have the opportunity to consider whether the case could still be sustained against Rowe and Davis. It therefore referred the convictions of the applicants and Johnson back to the Court of Appeal, since it considered that there was a real possibility that these convictions would not be upheld if such a reference were made (Criminal Appeal Act 1995, section 13).

33. At the time of the adoption of the present judgment the applicants’ case is pending before the Court of Appeal.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

A. The prosecution’s duty of disclosure

34. At common law, the prosecution has a duty to disclose any earlier written or oral statement of a prosecution witness which is inconsistent

with evidence given by that witness at the trial. The duty also extends to statements of any witnesses potentially favourable to the defence.

B. Limitations to the duty of disclosure on grounds of public interest

1. The Attorney-General's Guidelines (1981)

35. In December 1981 the Attorney-General issued Guidelines, which did not have the force of law, concerning exceptions to the common-law duty to disclose to the defence certain evidence of potential assistance to it ([1982] 74 Criminal Appeal Reports 302: "the Guidelines"). The Guidelines attempted to codify the rules of disclosure and to define the prosecution's power to withhold "unused material". Under paragraph 1, "unused material" was defined as:

"(i) All witness statements and documents which are not included in the committal bundle served on the defence; (ii) the statements of any witnesses who are to be called to give evidence at the committal and (if not in the bundle) any documents referred to therein; (iii) the unedited version(s) of any edited statements or composite statement included in the committal bundles."

Under paragraph 2, any item falling within this definition was to be made available to the defence if "... it ha[d] some bearing on the offence(s) charged and the surrounding circumstances of the case".

36. According to the Guidelines, the duty to disclose was subject to a discretionary power for prosecuting counsel to withhold relevant evidence if it fell within one of the categories set out in paragraph 6. One of these categories (6(iv)) was "sensitive" material which, because of its sensitivity, it would not be in the public interest to disclose. "Sensitive material" was defined as follows:

"... (a) it deals with matters of national security; or it is by, or discloses the identity of, a member of the Security Services who would be of no further use to those services once his identity became known; (b) it is by, or discloses the identity of an informant and there are reasons for fearing that the disclosure of his identity would put him or his family in danger; (c) it is by, or discloses the identity of a witness who might be in danger of assault or intimidation if his identity became known; (d) it contains details which, if they became known, might facilitate the commission of other offences or alert someone not in custody that he is a suspect; or it discloses some unusual form of surveillance or method of detecting crime; (e) it is supplied only on condition that the contents will not be disclosed, at least until a subpoena has been served upon the supplier – e.g. a bank official; (f) it relates to other offences by, or serious allegations against, someone who is not an accused, or discloses previous convictions or other matters prejudicial to him; (g) it contains details of private delicacy to the maker and/or might create risk of domestic strife."

According to paragraph 8, “in deciding whether or not statements containing sensitive material should be disclosed, a balance should be struck between the degree of sensitivity and the extent to which the information might assist the defence”. The decision as to whether or not the balance in a particular case required disclosure of sensitive material was one for the prosecution, although any doubt should be resolved in favour of disclosure. If either before or during the trial it became apparent that a duty to disclose had arisen, but that disclosure would not be in the public interest because of the sensitivity of the material, the prosecution would have to be abandoned.

2. *R. v. Ward (1992)*

37. Subsequent to the applicants’ trial in 1990, but before the appeal proceedings in October 1992-July 1993, the Guidelines were superseded by the common law.

In *R. v. Ward* ([1993] 1 Weekly Law Reports 619) the Court of Appeal dealt with the duties of the prosecution to disclose evidence to the defence and the proper procedure to be followed when the prosecution claimed public interest immunity. It stressed that the court and not the prosecution was to be the judge of where the proper balance lay in a particular case, because:

“... [When] the prosecution acted as judge in their own cause on the issue of public interest immunity in this case they committed a significant number of errors which affected the fairness of the proceedings. Policy considerations therefore powerfully reinforce the view that it would be wrong to allow the prosecution to withhold material documents without giving any notice of that fact to the defence. If, in a wholly exceptional case, the prosecution are not prepared to have the issue of public interest immunity determined by a court, the result must inevitably be that the prosecution will have to be abandoned.”

The Court of Appeal described the balancing exercise to be performed by the judge as follows:

“... a judge is balancing on the one hand the desirability of preserving the public interest in the absence of disclosure against, on the other hand, the interests of justice. Where the interests of justice arise in a criminal case touching and concerning liberty or conceivably on occasion life, the weight to be attached to the interests of justice is plainly very great indeed.”

3. *R. v. Trevor Douglas K. (1993)*

38. In *R. v. Trevor Douglas K.* ([1993] 97 Criminal Appeal Reports 342), the Court of Appeal emphasised that in performing the balancing exercise referred to in *R. v. Ward*, the court must view the material itself:

“In our judgment the exclusion of the evidence without an opportunity of testing its relevance and importance amounted to a material irregularity. When public interest immunity is claimed for a document, it is for the court to rule whether the claim should be upheld or not. To do that involves a balancing exercise. The exercise can only be performed by the judge himself examining or viewing the evidence, so as to have the facts of what it contains in mind. Only then can he be in a position to balance the competing interests of public interest immunity and fairness to the party claiming disclosure.”

This judgment also clarified that, where an accused appeals to the Court of Appeal on the ground that material has been wrongly withheld, the Court of Appeal will itself view the material *ex parte*.

4. *R. v. Davis, Johnson and Rowe (1993)*

39. In *R. v. Davis, Johnson and Rowe* ([1993] 1 Weekly Law Reports 613), the Court of Appeal held that it was not necessary in every case for the prosecution to give notice to the defence when it wished to claim public interest immunity, and outlined three different procedures to be adopted.

The first procedure, which had generally to be followed, was for the prosecution to give notice to the defence that they were applying for a ruling by the court and indicate to the defence at least the category of the material which they held. The defence then had the opportunity to make representations to the court.

Secondly, however, where the disclosure of the category of the material in question would in effect reveal that which the prosecution contended should not be revealed, the prosecution should still notify the defence that an application to the court was to be made, but the category of the material need not be disclosed and the application should be *ex parte*.

The third procedure would apply in an exceptional case where to reveal even the fact that an *ex parte* application was to be made would in effect be to reveal the nature of the evidence in question. In such cases the prosecution should apply to the court *ex parte* without notice to the defence.

40. The Court of Appeal observed that, although *ex parte* applications limited the rights of the defence, in some cases the only alternative would be to require the prosecution to choose between following an *inter partes* procedure or declining to prosecute, and in rare but serious cases the abandonment of a prosecution in order to protect sensitive evidence would be contrary to the public interest. It referred to the important role performed by the trial judge in monitoring the views of the prosecution as to the proper balance to be struck and remarked that even in cases in which the sensitivity of the information required an *ex parte* hearing, the defence had “as much protection as can be given without pre-empting the issue”. Finally, it emphasised that it was for the trial judge to continue to monitor the position as the trial progressed. Issues might emerge during

the trial which affected the balance and required disclosure “in the interests of securing fairness to the defendant”. For this reason it was important for the same judge who heard any disclosure application also to conduct the trial.

5. *R. v. Keane (1994)*

41. Following the applicants’ appeal, the English courts further clarified the principles and procedures relating to the issue of disclosure.

In *R. v. Keane* ([1994] 1 Weekly Law Reports 747) the Court of Appeal emphasised that, since the *ex parte* procedure outlined in *R. v. Davis, Johnson and Rowe* was “contrary to the general principle of open justice in criminal trials”, it should be used only in exceptional cases. It would be an abdication of the prosecution’s duty if, out of an abundance of caution, it were simply “to dump all its unused material in the court’s lap and leave it to the judge to sort through it regardless of its materiality to the issues present or potential”. Thus, the prosecution should put before the court only those documents which it regarded as material but wished to withhold. “Material” evidence was that which could, on a sensible appraisal by the prosecution, be seen (i) to be relevant or possibly relevant to an issue in the case; (ii) to raise or possibly raise a new issue the existence of which was not apparent from the evidence the prosecution proposed to use; or (iii) to hold out a real (as opposed to fanciful) prospect of providing a lead of evidence going to (i) or (ii). Exceptionally, in case of doubt about the materiality of the documents or evidence, the court might be asked to rule on the issue. In order to assist the prosecution in deciding whether evidence in its possession was “material”, and the judge in performing the balancing exercise, it was open to the defence to indicate any defence or issue which they proposed to raise.

6. *R. v. Rasheed (1994)*

42. In *R. v. Rasheed* (*The Times*, 20 May 1994), the Court of Appeal held that a failure by the prosecution to disclose the fact that a prosecution witness whose evidence was challenged had applied for or received a reward for giving information was a material irregularity which justified overturning a conviction.

7. *R. v. Winston Brown (1994)*

43. In *R. v. Winston Brown* ([1995] 1 Criminal Appeal Reports 191), the Court of Appeal reviewed the operation of the Guidelines. It stated:

“The Attorney-General’s objective was no doubt to improve the existing practice of disclosure by the Crown. That was a laudable objective. But the Attorney-General was not trying to make law and it was certainly beyond his power to do so ... The Guidelines are merely a set of instructions to Crown Prosecution Service lawyers and prosecuting counsel ... Judged simply as a set of instructions to prosecutors, the Guidelines would be unobjectionable if they exactly matched the contours of the common law duty of disclosure ... But if the Guidelines, judged by the standards of today, reduce the common law duties of the Crown and thus abridge the common law rights of a defendant, they must be *pro tanto* unlawful ...

[T]oday, the Guidelines do not conform to the requirements of the law of disclosure in a number of critically important respects. First, the judgment in *Ward* established that it is for the court, not prosecuting counsel, to decide on disputed questions as to discloseable materials, and on any asserted legal ground to withhold production of relevant material ... For present purposes the point of supreme importance is that there is no hint in the Guidelines of the primacy of the court in deciding on issues of disclosure ... Secondly, the Guidelines are not an exhaustive statement of the Crown’s common law duty of disclosure: *R. v. Ward* at 25 and 681D. To that extent too the Guidelines are out of date. Thirdly, the Guidelines were drafted before major developments in the field of public interest immunity. [I]n paragraph 6 the Guidelines are cast in the form of a prosecutor’s discretion ... Much of what is listed as ‘sensitive material’ is no doubt covered by public interest immunity. But not everything so listed is covered by public interest immunity...”

8. *R. v. Turner (1994)*

44. In the case of *R. v. Turner* ([1995] 1 Weekly Law Reports 264), the Court of Appeal returned to the balancing exercise, stating, *inter alia*:

“Since *R. v. Ward* ... there has been an increasing tendency for defendants to seek disclosure of informants’ names and roles, alleging that those details are essential to the defence. Defences that the accused has been set up, and allegations of duress, which used at once time to be rare, have multiplied. We wish to alert judges to the need to scrutinise applications for disclosure of details about informants with very great care. They will need to be astute to see that assertions of a need to know such details, because they are essential to the running of the defence, are justified. If they are not so justified, then the judge will need to adopt a robust approach in declining to order disclosure. Clearly, there is a distinction between cases in which the circumstances raise no reasonable possibility that information about the informant will bear upon the issues and cases where it will. Again, there will be cases where the informant is an informant and no more; other cases where he may have participated in the events constituting, surrounding, or following the crime. Even when the informant has participated, the judge will need to consider whether his role so impinges on an issue of interest to the defence, present or potential, as to make disclosure necessary...”

It is sufficient for us to say that in this case we are satisfied that the information concerning the informant showed a participation in the events concerning this crime which, coupled with the way in which the defence was raised from the very first moment by the defendant when he said that he was being set up, gave rise to the need for the defence to be aware of the identity of the informant and his role in this matter. We, therefore, conclude that if one applies the principle which has been quoted from

R. v. Keane ... to the facts of the present case, there could only be one answer to the question as to whether the details concerning this informer were so important to the issues of interest to the defence, present and potential, that the balance which the judge had to strike came down firmly in favour of disclosure.”

9. *The Criminal Procedure and Investigations Act 1996*

45. In 1996 a new statutory scheme covering disclosure by the prosecution came into force in England and Wales. Under the 1996 Act, the prosecution must make “primary disclosure” of all previously undisclosed evidence which, in the prosecutor’s view, might undermine the case for the prosecution. The defendant must then give a defence statement to the prosecution and the court, setting out in general terms the nature of the defence and the matters on which the defence takes issue with the prosecution. The prosecution must then make a “secondary disclosure” of all previously undisclosed material “which might reasonably be expected to assist the accused’s defence as disclosed by the defence statement”. Disclosure by the prosecution may be subject to challenge by the accused and review by the trial court.

C. “Special counsel”

46. Following the judgments of the European Court of Human Rights in *Chahal v. the United Kingdom* (15 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V) and *Tinnelly & Sons Ltd and Others and McElduff and Others v. the United Kingdom* (10 July 1998, *Reports* 1998-IV) the United Kingdom has introduced legislation making provision for the appointment of a “special counsel” in certain cases involving national security. The provisions are contained in the Special Immigration Appeals Commission Act 1997 (“the 1997 Act”) and the Northern Ireland Act 1998 (“the 1998 Act”). Under this legislation, where it is necessary on national security grounds for the relevant tribunal to sit in camera, in the absence of the affected individual and his or her legal representatives, the Attorney-General may appoint a special counsel to represent the interests of the individual in the proceedings. The legislation provides that the special counsel is not however “responsible to the person whose interest he is appointed to represent”, thus ensuring that the special counsel is both entitled and obliged to keep confidential any information which cannot be disclosed.

47. For example, in the immigration context, the relevant Rules under the 1997 Act are contained in the Special Immigration Appeals Act Commission (Procedure) Rules 1998 (Statutory Instrument no. 1998/1881). Rule 3 provides that in exercising its functions, the Commission shall secure that information is not disclosed contrary to the interests of

national security, the international relations of the United Kingdom, the detection and prevention of crime, or in any other circumstances where disclosure is likely to harm the public interest. Rule 7 relates to the special advocate established by section 6 of the 1997 Act. It provides, *inter alia*:

“7. ...

(4) The function of the special advocate is to represent the interest of the appellant by -

(a) making submissions to the Commission in any proceedings from which the appellant or his representative are excluded;

(b) cross-examining witnesses at any such proceedings; and

(c) making written submissions to the Commission.

(5) Except in accordance with paragraphs (6) to (9) the special advocate may not communicate directly or indirectly with the appellant or his representative on any matter connected with proceedings before the Commission.

(6) The special advocate may communicate with the appellant and this representative at any time before the Secretary of State makes the material available to him.

(7) At any time after the Secretary of State has made the material available under Rule 10(3), the special advocate may seek directions from the Commission authorising him to seek information in connection with the proceedings from the appellant or his representative.

(8) The Commission shall notify the Secretary of State of a request for direction under paragraph (7) and the Secretary of State must, within a period specified by the Commission, give the Commission notice of any objection which he has to the request for information being made or to the form in which it is proposed to be made.

(9) Where the Secretary of State makes an objection under paragraph (8), Rule 11 shall apply as appropriate.”

Rules 10 and 11, to which Rule 7 refers, provide:

“10. (1) If the Secretary of State intends to oppose the appeal, he must, no later than 42 days after receiving a copy of the notice of appeal -

(a) provide the Commission with a summary of the facts relating to the decision being appealed and the reasons for the decision;

(b) inform the Commission of the grounds on which he opposes the appeal; and

(c) provide the Commission with a statement of the evidence which he relies upon in support of those grounds.

(2) Where the Secretary of State objects to material referred to in paragraph (1) being disclosed to the appellant or his representative, he must also -

(a) state the reasons for the objection; and

(b) if and to the extent it is possible to do so without disclosing information contrary to the public interest, provide a statement of that material in a form that can be shown to the appellant.

(3) Where he makes an objection under paragraph (2), the Secretary of State must make available to the special advocate, as soon as it is practicable to do so, the material which he has provided to the Commission under paragraphs (1) and (2).

11. (1) Proceedings under this Rule shall take place in the absence of the appellant and his representative.

(2) The Commission shall decide whether to uphold the Secretary of State's objection.

(3) Before doing so it shall invite the special advocate to make written representations.

(4) After considering representations made under paragraph (3) the Commission may -

(a) invite the special advocate to make oral representations; or

(b) uphold the Secretary of State's objections without requiring further representations from the special advocate.

(5) Where the Commission is minded to overrule the Secretary of State's objection, or to require him to provide material in different form from that in which he has provided it under Rule 10(2)(b), the Commission must invite the Secretary of State and the special advocate to make oral representations.

(6) Where -

(a) the Commission overrules the Secretary of State's objection or requires him to provide material in different form from that in which he has provided it under Rule 10(2)(b), and

(b) the Secretary of State wishes to oppose the appeal,

he shall not be required to disclose any material which was the subject of the unsuccessful objection if he chooses not to rely upon it in opposing the appeal."

48. In the context of fair employment proceedings in Northern Ireland, the scheme under sections 90 to 92 of the 1998 Act and the relevant Rules is identical to the mechanism adopted under the 1997 Act (above).

49. In addition, the government has recently placed before Parliament two bills which make provision for the appointment of "special counsel" (operating under the same conditions) in other circumstances. The Electronic Communications Bill 1999 provides for the appointment of a "special representative" in proceedings before an Electronic Communications Tribunal to be established for the purpose of examining complaints relating to the interception and interpretation of electronic communications. In the context of criminal proceedings, the Youth Justice and Criminal Evidence Bill 1999 makes provision for the appointment by the court of a special counsel in any case in which a trial

judge prohibits an unrepresented defendant from cross-examining in person the complainant in a sexual offence.

PROCEEDINGS BEFORE THE COMMISSION

50. Mr Rowe and Mr Davis applied to the Commission on 20 December 1993. They alleged that their trial at first instance and the proceedings before the Court of Appeal had breached their rights under Article 6 §§ 1 and 3 (b) and (d) of the Convention.

51. The Commission declared the application (no. 28901/95) admissible on 15 September 1997. In its report of 20 October 1998 (former Article 31 of the Convention), it expressed the unanimous opinion that there had been a violation of Article 6 § 1 taken in conjunction with Article 6 § 3 (b) and (d). The full text of the Commission's opinion is reproduced as an annex to this judgment.

FINAL SUBMISSIONS TO THE COURT

52. In their memorial and at the hearing, the applicants asked the Court to find that the proceedings before the Crown Court and Court of Appeal, taken together, violated Article 6 § 1 of the Convention taken in conjunction with Article 6 § 3 (b) and (d), and to award them just satisfaction under Article 41.

The Government asked the Court to find that there had been no violation of the Convention in the applicants' case.

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 §§ 1 AND 3 (b) AND (d) OF THE CONVENTION

53. The applicants alleged that the proceedings before the Crown Court and the Court of Appeal, taken together, violated their rights under Article 6 §§ 1 and 3 (b) and (d) of the Convention, which state as relevant:

"1. In the determination 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. ...

...

3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

...

(b) to have adequate time and facilities for the preparation of his defence;

...

(d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;

..."

54. The applicants submitted that any failure to disclose relevant evidence undermined the right to a fair trial, although they agreed with the Government and the Commission that the right to full disclosure was not absolute and could, in pursuit of a legitimate aim such as the protection of national security or of vulnerable witnesses or sources of information, be subject to limitations. Any such restriction on the rights of the defence should, however, be strictly proportionate and counterbalanced by procedural safeguards adequate to compensate for the handicap imposed on the defence. Whilst accepting that in certain circumstances it might be necessary in the public interest to exclude the accused and his representatives from the disclosure procedure, the applicants contended that the procedure whereby the prosecution, without consulting the judge, decided not to disclose material evidence during the applicants' trial violated Article 6. This defect was not rectified by the *ex parte* procedure before the Court of Appeal, which afforded no safeguards against judicial bias or error and no opportunity to put arguments on behalf of the defence.

55. The applicants contended that it was necessary for the purposes of Article 6 to counterbalance the exclusion of the accused from the procedure by the introduction of an adversarial element, such as the appointment of an independent counsel who could advance argument on behalf of the defence as to the relevance of the undisclosed evidence, test the strength of the prosecution's claim to public interest immunity and act as an independent safeguard against the risk of judicial error or bias. They pointed to four examples of cases where a "special counsel" procedure had been introduced in the United Kingdom (see paragraphs 46-49 above). These examples, they submitted, demonstrated that an alternative mechanism was available which would ensure that the rights of the defence were respected as far as possible in the course of a hearing to determine whether evidence should be withheld on public interest grounds, whilst safeguarding legitimate concerns about, for example, national security or the protection of witnesses and sources of information, and they reasoned that the onus was on the Government to show why it would not be possible to introduce such a procedure.

56. The Government accepted that in cases where relevant or potentially relevant material was not disclosed to the defence on grounds of public interest, it was important to ensure the existence of sufficient safeguards to protect the rights of the accused. In their submission,

English law in principle, and in practice in the applicants' case, provided the required level of protection. Thus, the Court of Appeal on two occasions, with the benefit of hindsight and a clear overview of the issues at trial, reviewed the material in question, weighed the interest of the accused in disclosure against the public interest in secrecy, and decided in favour of non-disclosure.

57. The Government submitted that the independent-counsel scheme proposed by the applicants was not necessary to ensure compliance with Article 6. They claimed that the position contrasted with that in immigration proceedings where the Secretary of State wished to deport an individual on grounds of national security prior to the introduction of the special-counsel system (see the *Chahal* judgment cited in paragraph 46 above): in the present case, the national judge was able fully to review and determine all issues relating to disclosure of evidence. Moreover, the proposed scheme would give rise to significant difficulties in practice, for example, with regard to the duties which would be owed by the special counsel to the accused, the amount of information he or she would be at liberty to pass on to the accused and the defence lawyers and the quality of instructions he or she could expect to receive from the defence. Such difficulties would be particularly acute in cases involving more than one co-accused, where it would be necessary to appoint a special counsel in respect of each defendant to avoid the risk of conflict of interest, and in respect of long trials, with constantly evolving disclosure issues.

58. The Commission expressed the view that the trial judge was in the best position to weigh the public interest in non-disclosure against the question of fairness to the defence, and that the review by the Court of Appeal of the undisclosed material could not remedy the absence of any such examination by the trial judge. In addition, the Commission noted that at no stage did any court dealing with the applicants' case have the benefit of hearing submissions on behalf of the defence by a specially appointed counsel.

59. The Court recalls that the guarantees in paragraph 3 of Article 6 are specific aspects of the right to a fair trial set out in paragraph 1 (see the *Edwards v. the United Kingdom* judgment of 16 December 1992, Series A no. 247-B, p. 34, § 33). In the circumstances of the case it finds it unnecessary to examine the applicants' allegations separately from the standpoint of paragraph 3 (b) and (d), since they amount to a complaint that the applicants did not receive a fair trial. It will therefore confine its examination to the question whether the proceedings in their entirety were fair (*ibid.*, pp. 34-35, § 34).

60. It is a fundamental aspect of the right to a fair trial that criminal proceedings, including the elements of such proceedings which relate to procedure, should be adversarial and that there should be equality of arms between the prosecution and defence. The right to an adversarial trial

means, in a criminal case, that both prosecution and defence must be given the opportunity to have knowledge of and comment on the observations filed and the evidence adduced by the other party (see the Brandstetter v. Austria judgment of 28 August 1991, Series A no. 211, pp. 27-28, §§ 66-67). In addition Article 6 § 1 requires, as indeed does English law (see paragraph 34 above), that the prosecution authorities disclose to the defence all material evidence in their possession for or against the accused (see the Edwards judgment cited above, p. 35, § 36).

61. However, as the applicants recognised (see paragraph 54 above), the entitlement to disclosure of relevant evidence is not an absolute right. In any criminal proceedings there may be competing interests, such as national security or the need to protect witnesses at risk of reprisals or keep secret police methods of investigation of crime, which must be weighed against the rights of the accused (see, for example, the Doorson v. the Netherlands judgment of 26 March 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-II, p. 470, § 70). In some cases it may be necessary to withhold certain evidence from the defence so as to preserve the fundamental rights of another individual or to safeguard an important public interest. However, only such measures restricting the rights of the defence which are strictly necessary are permissible under Article 6 § 1 (see the Van Mechelen and Others v. the Netherlands judgment of 23 April 1997, *Reports* 1997-III, p. 712, § 58). Moreover, in order to ensure that the accused receives a fair trial, any difficulties caused to the defence by a limitation on its rights must be sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities (see the Doorson judgment cited above, p. 471, § 72, and the Van Mechelen and Others judgment cited above, p. 712, § 54).

62. In cases where evidence has been withheld from the defence on public interest grounds, it is not the role of this Court to decide whether or not such non-disclosure was strictly necessary since, as a general rule, it is for the national courts to assess the evidence before them (see the Edwards judgment cited above, pp. 34-35, § 34). Instead, the European Court's task is to ascertain whether the decision-making procedure applied in each case complied, as far as possible, with the requirements of adversarial proceedings and equality of arms and incorporated adequate safeguards to protect the interests of the accused.

63. During the applicants' trial at first instance the prosecution decided, without notifying the judge, to withhold certain relevant evidence on grounds of public interest. Such a procedure, whereby the prosecution itself attempts to assess the importance of concealed information to the defence and weigh this against the public interest in keeping the information secret, cannot comply with the above-mentioned requirements of Article 6 § 1. Indeed this principle is recognised by the English case-law from the Court of Appeal's judgment in *R. v. Ward* onwards (see paragraphs 37 et seq. above).

64. It is true that at the commencement of the applicants' appeal, prosecution counsel notified the defence that certain information had been withheld, without however revealing the nature of this material, and that on two separate occasions the Court of Appeal reviewed the undisclosed evidence and, in *ex parte* hearings with the benefit of submissions from the Crown but in the absence of the defence, decided in favour of non-disclosure.

65. However, the Court does not consider that this procedure before the appeal court was sufficient to remedy the unfairness caused at the trial by the absence of any scrutiny of the withheld information by the trial judge. Unlike the latter, who saw the witnesses give their testimony and was fully versed in all the evidence and issues in the case, the judges in the Court of Appeal were dependent for their understanding of the possible relevance of the undisclosed material on transcripts of the Crown Court hearings and on the account of the issues given to them by prosecuting counsel. In addition, the first-instance judge would have been in a position to monitor the need for disclosure throughout the trial, assessing the importance of the undisclosed evidence at a stage when new issues were emerging, when it might have been possible through cross-examination seriously to undermine the credibility of key witnesses and when the defence case was still open to take a number of different directions or emphases. In contrast, the Court of Appeal was obliged to carry out its appraisal *ex post facto* and may even, to a certain extent, have unconsciously been influenced by the jury's verdict of guilty into underestimating the significance of the undisclosed evidence.

66. In conclusion, therefore, the prosecution's failure to lay the evidence in question before the trial judge and to permit him to rule on the question of disclosure deprived the applicants of a fair trial. The facts of the present case set it apart from that of Edwards cited above, where the appeal proceedings were adequate to remedy the defects at first instance since by that stage the defence had received most of the missing information and the Court of Appeal was able to consider the impact of the new material on the safety of the conviction in the light of detailed and informed argument from the defence (*op. cit.*, p. 35, §§ 36-37).

67. It follows that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention.

II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

68. 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

69. The applicants claimed compensation for non-pecuniary damage to be awarded on a just and equitable basis. The Government contended that a finding of a violation would in itself amount to just satisfaction.

70. The Court, agreeing with the Government, finds that the finding of a violation constitutes in itself sufficient just satisfaction for any non-pecuniary damage which the applicants may have suffered.

B. Costs and expenses

71. The applicants claimed Liberty’s costs and expenses of 28,065.15 pounds sterling (GBP) inclusive of value-added tax (“VAT”) in respect of the present application and counsel’s fees which totalled GBP 25,380 (including VAT) in respect of the three applications (the applicants’, that of Mr Jasper (no. 27052/95) and that of Mr Fitt (no. 29777/96) – see paragraph 3 above). The Government contended that, in a number of areas, costs were not necessarily incurred and reasonable in amount.

72. Making an assessment on an equitable basis, the Court awards to the applicants in the present case the sum of GBP 25,000, together with any VAT which may be payable, but less the amounts already paid by way of legal aid by the Council of Europe.

C. Default interest

73. According to the information available to the Court, the statutory rate of interest applicable in England and Wales at the date of adoption of the present judgment is 7.5% per annum.

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Holds* that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention;
2. *Holds*
 - (a) that the respondent State is to pay the applicants, within three months, for costs and expenses, GBP 25,000 (twenty-five thousand pounds sterling), together with any value-added tax that may be chargeable, less FRF 15,233.40 (fifteen thousand two hundred and

thirty-three French francs forty centimes) to be converted into pounds sterling at the rate applicable on the date of delivery of the present judgment;

(b) that simple interest at an annual rate of 7.5% shall be payable from the expiry of the above-mentioned three months until settlement;

3. *Dismisses* the remainder of the applicants' claims for just satisfaction.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 16 February 2000.

For the President

Elisabeth PALM
Vice-President

Paul MAHONEY
Deputy Registrar

ANNEX

**OPINION OF THE EUROPEAN COMMISSION
OF HUMAN RIGHTS¹**

(as expressed in the Commission's report² of 20 October 1998)

[The Commission was composed as follows:

Mr S. TRECHSEL, *President*,
Mr J.-C. GEUS,
Mr M.P. PELLONPÄÄ,
Mr E. BUSUTTIL,
Mr GAUKUR JÖRUNDSSON,
Mr A.Ş. GÖZÜBÜYÜK,
Mr A. WEITZEL,
Mr J.-C. SOYER,
Mr H. DANELIUS,
Mrs G.H. THUNE,
Mr F. MARTÍNEZ,
Mr C.L. ROZAKIS,
Mrs J. LIDDY,
Mr L. LOUCAIDES,
Mr B. MARNER,
Mr M.A. NOWICKI,
Mr I. CABRAL BARRETO,
Mr N. BRATZA,
Mr I. BÉKÉS,
Mr D. ŠVÁBY,
Mr G. RESS,
Mr A. PERENIĆ,
Mr C. BİRSAN,
Mr P. LORENZEN,
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. 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. Complaint declared admissible

53. The Commission has declared admissible the applicants' complaint that the non-disclosure to the defence of certain evidence on the grounds of public interest immunity made in the *ex parte* procedure breached their right to a fair trial and their defence rights.

B. Point at issue

54. The point at issue is accordingly whether there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention taken in conjunction with Article 6 § 3 (b) and (d).

C. As regards Article 6 of the Convention

55. Article 6 of the Convention, as relevant, reads as follows:

“1. In the determination ... of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing ... by an independent and impartial tribunal established by law. ...

...

3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

...

(b) to have adequate time and facilities for the preparation of his defence;

...

(d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;

...”

56. The applicants first submit that there were strong indications that a reward payment was claimed by or made to one of the key prosecution witnesses, and that this information was withheld from the defence. Since such evidence was plainly material, it ought to have been disclosed in order to meet the requirements of a fair trial. They argue that in the absence of a fair procedure and a reasoned judgment on the issue of disclosure, it is impossible to know whether the full facts were put before the Court of Appeal, or whether the Court of Appeal misapplied domestic law in its approach to disclosure.

57. As regards the non-disclosure at trial, the applicants argue that there has been a clear *prima facie* breach of Article 6 of the Convention: a procedure whereby the prosecution decide to withhold material without reference to the court or any independent arbiter cannot, in their view,

satisfy the requirements of fairness under Article 6 of the Convention. As far as the proceedings before the Court of Appeal are concerned, the applicants underline that by contrast to the *Edwards v. the United Kingdom* case (see Eur. Court HR, judgment of 16 December 1992, Series A no. 247-B, pp. 34-35, § 34), in the present case the undisclosed material remained undisclosed throughout, and the Court of Appeal followed an unfair and secretive procedure from which the defence were excluded. Moreover, there is an independent ground of challenge which arises from the interrelation between the *ex parte* public interest immunity rulings and the functions which the Court of Appeal discharged in the substantive appeal. The Court of Appeal, acting as a tribunal of fact, was obliged to ask whether there existed a “lurking doubt” as to the safety of the conviction. In the light of this, the fact that the prosecution had drawn the attention of the court, during *ex parte* hearings, to evidence which the applicants had no opportunity to see or consider, amounts to a fundamental breach of the principle of equality of arms.

58. The applicants contend that the unfairness of this procedure is apparent if the undisclosed evidence included material damaging to the defence. Where the court viewing the material is then required to assess the whole of the evidence in its capacity as a tribunal of fact, fairness requires that the accused should have the right to comment upon the evidence against him. This was recognised in the *Edwards* judgment cited above, where the European Court stressed that the duty of disclosure applied to all material evidence for or against the accused. The applicants therefore submit that there has been a breach of Article 6 of the Convention on the facts of this case, whether the undisclosed evidence advanced the case for the prosecution or that for the defence. If the evidence was damaging to the accused, then, in view of the fact that the Court of Appeal had seen the material, the defence ought to have had an opportunity to answer it. If the evidence was favourable to the accused, then the defence ought to have been able to rely upon it.

59. The Government first submit that neither the general principle of fairness in criminal proceedings under Article 6 § 1 of the Convention nor the specific right to “adequate facilities” under paragraph 3 (b) of this Article implies an absolute right for the defence to disclosure of all relevant material. Moreover, previous cases decided by the Convention organs have recognised the legitimacy of non-disclosure of confidential or sensitive material in criminal proceedings.

60. The Government submit that there are categories of material which the public interest requires either should not be disclosed at all, or should not be disclosed without a compelling reason. The basis on which that public interest rests is that damage would or, at least, might, be caused by disclosure. They claim that the concept of relevant material

covers a very broad spectrum. At one end of the spectrum is material which is likely not to assist the defence at all, but rather the prosecution. In criminal cases the principle of public interest immunity might operate to prevent the use by the prosecution of such material, even if the material incriminated the accused. At the other end is material which would tend to establish an accused's innocence.

61. The Government note that if the disclosure of relevant material is a requirement implicit in the reference to "adequate facilities" in Article 6 of the Convention or the concept of a fair trial, the consequences are that (i) the public interest in preventing the damage which would follow disclosure would be wholly irrelevant to the disclosure requirements in criminal cases – no matter how obvious or serious the risk – and that (ii) it would be impermissible in any case to assess and take into account the true importance of the material to a fair and proper presentation of the defence case, as opposed simply to deciding whether it passed the low threshold of relevance.

62. They contend that it is necessary in this context to bear in mind the important public interest in ensuring that, where there is sufficient admissible evidence to support the prosecution of an individual with at least a realistic prospect of a conviction being obtained, the case should be allowed to proceed to trial. That public interest is directly relevant here because the alternative to disclosure is for a prosecution either not to be mounted or to be abandoned. In relation to informants, (i) the authorities are likely to be extremely reluctant to reveal the identity of an informant, both because of the risk of physical harm to that informant, and because of the importance to the effective detection of crime of ensuring that the sources of information do not dry up, and (ii) an accused will know this and accordingly will have every incentive to seek disclosure of the identity of an informant, in an attempt to ensure that he is not prosecuted, whatever the strength of the evidence against him.

63. The Government argue that a decision not to mount or to abandon a prosecution is an outcome which may be inevitable. If the public interest in non-disclosure is irresistible in a particular case, but it is clear that the material is important to enable the defence case to be properly and fairly put, a prosecution could not be mounted or continued. Fairness to the accused would be paramount. The effect of an absolute principle based solely on relevance would, however, be to increase those cases in which the prosecution could not be mounted or would have to be abandoned. That increase would be accounted for by cases in which the material in question, although passing the low threshold of relevance, was of relatively minor importance to the accused. If the material was of real importance to a fair presentation of the defence case, its disclosure would, if necessary, be ordered in any event under existing principles applied by the courts.

64. The Government further submit that the domestic courts have been astute to ensure that any non-disclosure does not compromise the fairness of proceedings. Thus, the relevant principles applicable under domestic law enable the court to balance the importance and weight of the public interest in not disclosing the material in question and the importance of that material to the fair and proper conduct of the defence case. That balancing exercise is weighted in favour of disclosing material in recognition of the importance of achieving the fullest possible disclosure of relevant material. The Government claim that these principles are sufficient to ensure and safeguard the fairness of proceedings.

65. The Government recall that criminal proceedings are to be judged as a whole including any appellate process, as the European Court stressed in the Edwards judgment cited above. In the present case, the Court of Appeal considered the disclosure issue on three occasions. On each such occasion, it carefully considered the issues which arose at trial and any impact which non-disclosure might have had on the fairness of the proceedings, and decided that the balance clearly came down in favour of non-disclosure. The conclusion in this respect, as reached by counsel for the Crown prior to the trial, was endorsed. At the substantive appeal, defence counsel applied for disclosure of specified categories of material. He was accordingly able to advance submissions as to the appropriate and fair balance to be struck. He did not have sight of any material in the categories applied for (that would have been to pre-empt the outcome). The Court of Appeal fulfilled the criteria which defence counsel had submitted should be applied to such cases and rejected the application. In its judgment, the Court of Appeal considered the nature of the procedure to be followed. The central aim of the procedure laid down by that court was to ensure that, as far as possible, the accused and his lawyers should be given the maximum amount of information and the maximum opportunity to make submissions to the court. The Court of Appeal recognised however that any hearing before, or decision of, the court would be rendered meaningless if the nature of the procedure prior to such a decision itself had the effect of revealing the information. It noted that "... in regard to public interest immunity in criminal cases, it is implicit that the defence cannot have the fullest information without pre-empting the outcome of the application...".

66. The Government submit that the applicants were not impeded from fairly and properly presenting their case by any non-disclosure. They were able, through their counsel, to mount an attack on the prosecution case and, in particular, on the credibility of the main prosecution witnesses, Jobbins, Duncan, Griffin and Kate Williamson. The issues which arose and that attack on credibility were placed squarely before the jury by the trial judge in his detailed and careful summing-up. The totality of the evidence was

then thoroughly reviewed, and further evidence was heard at the applicants' behest, by the Court of Appeal.

67. The Government contend that none of the Convention organs' cases involved a challenge to a procedure which was *ex parte* because that was the only way in which to avoid pre-empting the outcome. Nor is any such principle either inherent in Article 6 of the Convention or necessary in order to ensure the fairness of criminal proceedings. In their view, it would be strange indeed if that were to be the case, because such a principle would require a procedure which rendered any subsequent decision on the issue before the court meaningless. In the present case, no *ex parte* application was made to the trial judge. Such an application was made to the Court of Appeal at the first and second hearings. At these hearings, the court concluded that the category of material could not be revealed without pre-empting the outcome.

68. The Commission recalls that the guarantees in paragraph 3 of Article 6 of the Convention are specific aspects of the right to a fair trial set forth in paragraph 1 (see Eur. Court HR, T. v. Italy judgment of 12 October 1992, Series A no. 245-C, p. 41, § 25). The Commission will therefore consider the applicants' complaint in the light of the two provisions taken together.

69. In assessing whether defence rights have been secured under Article 6 of the Convention, the Commission must consider the proceedings in question as a whole, including the proceedings before the appellate court (see Eur. Court HR, Imbrioscia v. Switzerland judgment of 24 November 1993, Series A no. 275, pp. 13-14, § 38). Moreover, it is not the Commission's task to substitute its own assessment of the facts for that of the domestic courts and, as a general rule, it is for these courts, and in particular the court of first instance, to assess the evidence before them. The Commission shall only ascertain whether the proceedings in their entirety, including the way in which evidence was taken, were fair (see Eur. Court HR, Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain judgment of 6 December 1988, Series A no. 146, p. 31, § 68, and Vidal v. Belgium judgment of 22 April 1992, Series A no. 235-B, pp. 32-33, § 33).

70. Nevertheless, the Commission recalls that the concept of a fair trial includes the fundamental right to an adversarial procedure in criminal proceedings. That right means that each party must be given the opportunity to have knowledge of and comment on the observations filed and the evidence adduced by the other (see Eur. Court HR, Brandstetter v. Austria judgment of 28 August 1991, Series A no. 211, pp. 27-28, §§ 66-67). The Commission has stated in its case-law concerning the rights of an accused under Article 6 § 3 (b) of the Convention that an accused must have at his disposal, for the purposes of exonerating himself or of obtaining a reduction in his sentence, all relevant elements that have been or could be collected by the competent

authorities (see *Jespers v. Belgium*, application no. 8403/78, Commission's report of 14 December 1981, Decisions and Reports 27, pp. 87-88, §§ 55-58). In the *Edwards* judgment the Court considered that it is a requirement of fairness under Article 6 § 1 of the Convention, indeed one which was recognised under English law, that the prosecution authorities disclose to the defence all material evidence for or against the accused and that the failure to do so in that case gave rise to a defect in the trial proceedings (judgment cited above, p. 35, § 36).

71. The Commission recalls that an issue concerning access to a criminal file was considered, under Article 5 § 4 of the Convention, by the Court in *Lamy v. Belgium* (Eur. Court HR, judgment of 30 March 1989, Series A no. 151), in which the Court stated that the appraisal of the need for a remand in custody and the subsequent assessment of guilt are too closely linked for access to documents to be refused in the former case when the law requires it in the latter case. The Court has held that the procedure to review the lawfulness of a detention must ensure equality of arms and be truly adversarial. When the prosecution is familiar with a whole file, a procedure does not afford the detained person an opportunity of challenging appropriately the reasons relied upon to justify a remand in custody, if counsel is refused access to the file (*loc. cit.*, pp. 16-17, § 29). In the light of the above, the Commission considers that the requirements of a fair trial within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention are more extensive than those of Article 5 § 4 of the Convention.

72. The Commission observes that in the present case there was considerable evidence against the applicants as to their involvement in the offences as charged, and the applicants do not contest that they could put forward all their arguments concerning this evidence during the trial. However, there was relevant material which was, at the time of the trial, withheld from the defence by the prosecution on the grounds of its sensitivity, without reference to the trial judge. This material was then reviewed by the Court of Appeal, upon the *ex parte* application filed by the prosecution, which confirmed its non-disclosure on the grounds of public interest immunity. The applicants and their lawyers were informed of the *ex parte* application, but they were unaware even of the category of the material which had been withheld. Nevertheless, one of the areas of information which the applicants have contended may have been withheld was the existence of informants and their claim for financial reward, an element which, if known to the jury, could have affected their assessment of the credibility of prosecution witnesses.

73. The Commission notes that the *ex parte* procedure represents an attempt by the State to strike a balance between the competing interests of the State which claims public interest immunity and the interest of fairness to the accused whose defence might be assisted by the documents or information.

74. In the present case it has not been specified what was the subject of the *ex parte* proceedings before the Court of Appeal and, therefore, for which of the particular reasons listed in paragraph 6 (v) of the Guidelines (see paragraph 41 of the report) the relevant sensitive material was not disclosed.

75. Whatever the category or categories of the material and the reason or reasons for non-disclosure, they were protected by public interest immunity, the maintenance of which is not, in certain circumstances, incompatible with the Convention. In so far as national security could be involved, the Commission recalls that the Court has already recognised that the use of confidential material may be unavoidable where national security is at stake, but national authorities are not free from effective control by the domestic courts whenever they choose to assert that national security and terrorism are involved (see Eur. Court HR, *Chahal v. the United Kingdom* judgment of 15 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V, pp. 1866-67, § 131). In its recent *Tinnelly & Sons Ltd and Others and McElduff and Others v. the United Kingdom* judgment, concerning restrictions based on national security grounds on the applicants' rights to have a determination by a court of their civil claims that they were victims of unlawful discrimination, the Court accepted that the protection of national security is a legitimate aim which may entail limitations on the right of access to a court, including for the purposes of ensuring the confidentiality of security-vetting data. The Court concluded that the right guaranteed to an applicant under Article 6 § 1 of the Convention to submit a dispute to a court or tribunal in order to have a determination of questions of both fact and law cannot be displaced by the *ipse dixit* of the executive (see Eur. Court HR, *Tinnelly & Sons Ltd and Others and McElduff and Others v. the United Kingdom* judgment of 10 July 1998, *Reports* 1998-IV, pp. 1662-63, § 77).

76. As to anonymous witnesses, the Court had occasion to state in its *Doorson v. the Netherlands* judgment that the use of statements made by anonymous witnesses to found a conviction is not under all circumstances incompatible with the Convention. The Court stated, however, that in such cases Article 6 § 1 of the Convention taken together with Article 6 § 3 (d) requires that the handicaps under which the defence labours be sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities (see Eur. Court HR, *Doorson v. the Netherlands* judgment of 26 March 1996, *Reports* 1996-II, pp. 470-71, §§ 69-72). In the *Lüdi v. Switzerland* judgment and the *Van Mechelen and Others v. the Netherlands* judgment the Court recognised in principle that, provided that the rights of the defence are respected, it may be legitimate for the police authorities to wish to preserve the anonymity of an agent deployed in undercover activities, for his own or his family's protection and so as not to impair his usefulness for future operations (see Eur. Court HR,

judgment of 15 June 1992, Series A no. 238, p. 21, § 49, and judgment of 23 April 1997, *Reports* 1997-III, p. 712, § 57).

77. In the present case, the relevant material in question was never put before the jury whose task was to decide, on all the evidence before them, whether the applicants were guilty. The Commission must therefore examine the question whether the judicial authorities dealing with the applicants' case preserved the defence rights to a degree that satisfied the requirements of Article 6 § 1 of the Convention.

78. The starting-point for the Commission's consideration is the principle established by and evolving in the national case-law that in every case in which the prosecution objects to the disclosure of relevant material on the grounds of public interest immunity, the trial court must balance the public interest in non-disclosure against the importance of the materials in question to the defence (see "Relevant domestic law" and "Subsequent development in the domestic law").

79. In the present case, the Commission observes that the trial judge did not see the relevant material as it was withheld by the prosecution which had a discretion, at the time of the trial, not to make disclosure without any reference to the trial judge. Only the Court of Appeal considered the material and conducted the balancing exercise, concluding that the material should not be disclosed to the defence. The Commission notes, however, that the only task of the Court of Appeal was to assess whether there was a lurking doubt as to the safety of the applicants' conviction, within a context where considerable weight was to be attached to the jury's assessment of credibility. It is true that the Court of Appeal had the benefit of transcripts of the hearings before the trial judge. However, the Commission considers that the review of the material by the Court of Appeal could not remedy the absence of examination of the material by the trial judge. The trial judge is in the best position to perform the necessary balancing exercise, namely to examine or view the material and the facts which the material reveals and then to properly weigh the competing interests of public interest immunity and fairness to the defence claiming disclosure. Moreover, at no stage did any court dealing with the applicants' case have the *inter partes* benefit of submissions by a specially appointed counsel on behalf of the defence, who acted only in the particular procedural issue and not for the defence as a whole (see, *mutatis mutandis*, the Chahal judgment cited above, p. 1869, § 144).

80. As in *R. v. Ward* the prosecution acted as judge in their own cause at the trial stage. The trial judge was in a comparable position to that of the judge in the above-mentioned *Tinnelly & Sons Ltd and Others* and *McElduff and Others* case, where the *ipse dixit* of the executive prevented him from determining the merits of the claim (see paragraph 75 above). There was no possibility for the trial judge to monitor the position as the

trial progressed and to consider disclosure of withheld material as issues emerged during the trial which might have affected the balance (see paragraph 32 of the report). Moreover, the seven categories of sensitive material include at least three (see (e), (f) and (g) – paragraph 41 of the report) where the interests of the State in maintaining confidentiality for the purposes of encouraging information to be given to police would prima facie rarely if ever outweigh the interests of the accused in having access to information of possible help to the defence. The failure to indicate even the category of withheld material was a further barrier to ensuring fairness of proceedings. In consequence, the handicaps under which the defence laboured in not having access to relevant material were insufficiently counterbalanced by the procedure followed by the judicial authorities (see the Doorson judgment cited above, pp. 470-71, §§ 69-72).

81. In the Commission's view, the present case falls to be distinguished from the Edwards case: in the latter case the defence had received most of the missing information at the appeal stage. The defence failed to apply to the Court of Appeal for production of the remaining documents which it knew existed and no claim for public interest immunity was ever adjudicated upon in these proceedings (see the Edwards judgment cited above, p. 35, §§ 36, 38).

82. In these circumstances, the Commission is of the opinion that, on balance, the proceedings against the applicants taken as a whole cannot be considered to have been fair. With regard to the facts that the procedural motion could be heard in camera and that the Court of Appeal's ruling was not delivered in public, the Commission considers that these were a necessary consequence of the preceding considerations and, having regard to the exemptions provided for under Article 6 § 1 of the Convention, cannot be said to impinge on the publicity of the trial as a whole. Nonetheless, the latter, in particular, was an aggravating factor in the context of fairness.

Conclusion

83. The Commission concludes, unanimously, that in the present case there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention taken in conjunction with Article 6 § 3 (b) and (d) of the Convention.

M. DE SALVIA
Secretary to the Commission

S. TRECHSEL
President of the Commission

ROWE ET DAVIS c. ROYAUME-UNI
(Requête n° 28901/95)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 16 FÉVRIER 2000

SOMMAIRE¹**Non-divulgence à la défense, pour des motifs d'intérêt public, de preuves détenues par l'accusation****Article 6 § 1**

Procédure pénale – Procès équitable – Procès contradictoire – Egalité des armes – Divulgence des preuves – Obligation pour l'accusation de divulguer ses preuves – Non-divulgence à la défense, pour des motifs d'intérêt public, de preuves détenues par l'accusation – Garanties procédurales – Équilibre entre intérêt public et droits de la défense

*
* * *

Condamnés pour meurtre, coups et blessures et vols avec violences, les requérants se pourvurent devant la Cour d'appel. Lors de la première audience, le représentant de l'accusation remit à ladite juridiction un document qui ne fut pas montré aux avocats de la défense. Il y invitait la Cour d'appel à se prononcer sur une demande de dispense de divulgation. Les deux avocats de la défense ayant fait savoir qu'ils ne pouvaient prendre l'engagement de ne révéler ni à leurs *solicitors* ni à leurs clients le contenu des informations en cause, la requête fut examinée de manière non contradictoire. La Cour d'appel refusa ultérieurement d'ordonner la divulgation des éléments en question. Dès l'ouverture de l'audience consacrée à l'examen au fond du recours, l'avocat de la défense invita la Cour d'appel à ordonner la divulgation du ou des noms de toute personne ou toutes personnes auxquelles une somme d'argent avait été versée en guise de récompense pour des informations livrées à la police. L'accusation remit à la Cour d'appel des documents pertinents, qui ne furent pas montrés à la défense. La Cour d'appel refusa d'ordonner la divulgation des éléments en question et confirma ultérieurement les condamnations des requérants. Ceux-ci se virent refuser l'autorisation de saisir la Chambre des lords, mais leurs condamnations furent ultérieurement renvoyées à la Cour d'appel par la Commission de contrôle des procédures pénales au motif que le fait qu'un témoin avait bénéficié d'une récompense et d'une immunité de poursuites n'avait pas été antérieurement divulgué à la défense, en application de la théorie de l'immunité d'intérêt public.

Article 6 § 1 : le droit à un procès pénal contradictoire implique, pour l'accusation comme pour la défense, la faculté de prendre connaissance des observations ou éléments de preuve produits par l'autre partie. De surcroît, les autorités de poursuite doivent communiquer à la défense toutes les preuves pertinentes en leur possession, à charge comme à décharge. Toutefois, le droit à une divulgation des preuves pertinentes n'est pas absolu. Dans une procédure pénale donnée, il peut y avoir des intérêts concurrents qui doivent être mis en balance avec les droits de l'accusé. Dans certains cas, il peut être nécessaire de dissimuler

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

certaines preuves à la défense, de façon à préserver les droits fondamentaux d'un autre individu ou à sauvegarder un intérêt public important. Toutefois, seules sont légitimes au regard de l'article 6 § 1 les mesures restreignant les droits de la défense qui sont absolument nécessaires. De surcroît, toutes difficultés causées à la défense par une limitation de ses droits doivent être suffisamment compensées par la procédure suivie devant les autorités judiciaires. Lorsque des preuves ont été dissimulées à la défense au nom de l'intérêt public, il n'appartient pas à la Cour de dire si pareille attitude était absolument nécessaire car, en principe, c'est aux juridictions internes qu'il revient d'apprécier les preuves produites devant elles. La Cour a quant à elle pour tâche de contrôler si le processus décisionnel appliqué dans un cas donné a satisfait autant que possible aux exigences du contradictoire et de l'égalité des armes et s'il était assorti de garanties aptes à protéger les intérêts de l'accusé. En l'espèce, l'accusation décida sans en référer au juge de garder par-devers elle, au nom de l'intérêt public, certaines preuves pertinentes. Pareille procédure, où l'accusation s'emploie elle-même à apprécier l'importance des informations dissimulées à la défense pour la mettre en regard de l'intérêt public à tenir ces informations secrètes, ne saurait satisfaire aux exigences de l'article 6. Certes, au début de l'audience d'appel, la défense fut avisée que certaines informations lui avaient été cachées, et, à deux reprises lors d'audiences non contradictoires, la Cour d'appel se pencha sur les éléments dissimulés à la défense et se prononça pour leur non-divulgarion. Cette procédure n'a toutefois pu remédier au manque d'équité du procès résultant de l'absence de tout contrôle par le juge de première instance des preuves non communiquées à la défense. A la différence dudit magistrat, qui vit les témoins déposer et connaissait parfaitement l'ensemble des preuves produites et des questions soulevées, et qui aurait été en mesure de contrôler la nécessité d'une divulgation tout au long du procès, la Cour d'appel fut obligée d'effectuer son appréciation *ex post facto*, et elle peut même avoir été influencée sans en être consciente par le verdict de culpabilité rendu par le jury et avoir ainsi sous-estimé l'importance des preuves non divulguées. En conséquence, l'omission par l'accusation de produire les preuves litigieuses devant le juge de première instance, l'empêchant ainsi de statuer sur la question de la divulgation, a privé les requérants d'un procès équitable.

Conclusion : violation (unanimité).

Article 41 : la Cour estime que le constat d'une violation représente en soi une satisfaction équitable suffisante pour tout dommage moral éventuellement subi par les requérants. Elle alloue aux intéressés une certaine somme pour leurs frais et dépens.

Jurisprudence citée par la Cour

Brandstetter c. Autriche, arrêt du 28 août 1991, série A n° 211

Edwards c. Royaume-Uni, arrêt du 16 décembre 1992, série A n° 247-B

Doorson c. Pays-Bas, arrêt du 26 mars 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II

Van Mechelen et autres c. Pays-Bas, arrêt du 23 avril 1997, *Recueil* 1997-III

En l'affaire Rowe et Davis c. Royaume-Uni,

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,

MM. L. FERRARI BRAVO,

L. CAFLISCH,

J.-P. COSTA,

W. FUHRMANN,

K. JUNGWIERT,

M. FISCHBACH,

B. ZUPANČIĆ,

M^{me} N. VAJIĆ,

M. J. HEDIGAN,

M^{mes} W. THOMASSEN,

M. TSATSA-NIKOLOVSKA,

MM. T. PANTÎRU,

E. LEVITS,

K. TRAJA,

Sir John LAWS, *juge ad hoc*,

ainsi que de M^{me} M. DE BOER-BUQUICCHIO, *greffière adjointe*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 20 octobre 1999 et 26 janvier 2000,

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

PROCÉDURE

1. L'affaire a été déférée à la Cour par la Commission européenne des Droits de l'Homme («la Commission») le 12 mars 1999, 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° 28901/95) dirigée contre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et dont deux ressortissants de cet Etat, M. Raphael Rowe et M. Michael Davis, avaient saisi la Commission le 20 décembre 1993 en vertu de l'ancien article 25.

La demande de la Commission renvoie aux anciens articles 44 et 48 ainsi qu'à la déclaration britannique 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 6 de la Convention.

1-2. *Note du greffe* : entré en vigueur le 1^{er} novembre 1998.

2. Conformément à l'article 5 § 4 du Protocole n° 11, lu en combinaison avec les articles 100 § 1 et 24 § 6 du règlement, un collège de la Grande Chambre a décidé, le 31 mars 1999, que l'affaire serait examinée par la Grande Chambre de la Cour. Cette Grande Chambre comprenait de plein droit Sir Nicolas Bratza, juge élu au titre du Royaume-Uni (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 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. L. Ferrari Bravo, M. L. Caflisch, M. W. Fuhrmann, M. K. Jungwiert, M. B. Zupančič, M^{me} N. Vajić, M. J. Hedigan, M^{me} W. Thomassen, M^{me} M. Tsatsa-Nikolovska, M. T. Panțîru, M. E. Levits et M. K. Traja (article 24 § 3 du règlement).

Ultérieurement, Sir Nicolas Bratza, qui avait participé à l'examen de l'affaire par la Commission, s'est déporté de la Grande Chambre (article 28 du règlement). En conséquence, le gouvernement britannique (« le Gouvernement ») a désigné Sir John Laws pour siéger en qualité de juge *ad hoc* (articles 27 § 2 de la Convention et 29 § 1 du règlement).

3. Ainsi qu'en avait décidé la Grande Chambre, une audience consacrée à la fois à la présente espèce et aux affaires Jasper c. Royaume-Uni (requête n° 27052/95) et Fitt c. Royaume-Uni (requête n° 29777/96) s'est déroulée en public au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 20 octobre 1999.

Ont comparu :

– pour le Gouvernement

MM. M. EATON, conseiller juridique adjoint,
ministère des Affaires étrangères
et du Commonwealth, *agent*,
R. CRANSTON, *Solicitor-General*,
J. EADIE, *Barrister-at-Law*, *conseils*,
R. HEATON, ministère de l'Intérieur,
M^{me} G. HARRISON, ministère de l'Intérieur,
M. C. BURKE, Douanes et accises,
M^{me} F. RUSSELL, *Crown Prosecution Service*,
M. A. CHAPMAN, *Law Officer's Department*, *conseillers* ;

– pour les requérants

M. B. EMMERSON, *Barrister-at-Law*, *conseil*,
M^{mes} M. CUNNEEN, *Solicitor* (Liberty),
P. KAUFMAN, *Barrister-at-Law*,
MM. S. YOUNG, *Solicitor*,
A.B.R. MASTERS, *Barrister-at-Law*, *conseillers*.

La Cour a entendu en leurs déclarations ainsi qu'en leurs réponses à des questions posées par plusieurs de ses membres M. Emmerson et M. Cranston.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

A. Les infractions

4. Dans la nuit du 15 au 16 décembre 1988, une série d'infractions furent commises dans le Surrey, en Angleterre.

Dans le cadre de la première, qui peut avoir été perpétrée à un moment quelconque après 1 h 30 du matin, deux hommes furent attaqués alors qu'ils se trouvaient à bord d'un véhicule garé dans un champ jouxtant un pub, à Ficklehall. Juste après la conclusion de rapports sexuels entre les intéressés (M. Ely et M. Hurburgh), deux individus masqués surgirent. L'un portait un couteau, l'autre un revolver. Ely fut tiré hors de la voiture et ses agresseurs lui dérobèrent 10 livres sterling (GBP). Sommé de s'allonger face contre terre, il s'exécuta sous la surveillance de l'homme muni du couteau. Il s'aperçut alors de la présence d'un troisième individu masqué. Les agresseurs voulurent prendre la voiture, qui appartenait à Hurburgh. Ne l'entendant pas de cette oreille, celui-ci fut à son tour agressé. Ely reçut l'ordre de ramper jusqu'à l'endroit où Hurburgh, qui avait été ligoté, se trouvait allongé. Il fut lui aussi ligoté et bâillonné. De l'essence fut répandue autour d'eux. A la vue d'une cigarette allumée, Ely s'évanouit. Lorsqu'il reprit connaissance, l'Austin Princess appartenant à Hurburgh avait disparu et ce dernier était mort. Les agresseurs avaient abandonné quelque 500 mètres plus loin, à l'entrée d'un champ, la Spitfire volée à bord de laquelle ils étaient arrivés sur les lieux.

5. Plus tard dans la nuit, vers 3 h 40 du matin, trois hommes masqués firent irruption dans le logement des Napier, à Oxted. Ils entrèrent par une fenêtre donnant sur l'arrière de l'immeuble. Deux d'entre eux pénétrèrent dans la chambre de Timothy Napier; l'un avait un couteau, l'autre un revolver. Entre-temps, Richard Napier (le père) fut réveillé par le troisième agresseur, qui était armé d'un revolver. Il fut conduit dans la chambre de Timothy. L'un et l'autre s'entendirent déclarer que s'ils ne se montraient pas coopératifs, ils seraient abattus. Ils se jetèrent alors sur leurs agresseurs et les forcèrent à descendre les escaliers. Dans la lutte, Timothy Napier se fit taillader un bras, ce qui provoqua le sectionnement d'une artère. Richard Napier fut contraint par ses agresseurs de remonter les escaliers jusqu'à la chambre où sa femme attendait. Un couteau pointé sur elle, celle-ci fut invitée à se débarrasser de ses bagues et de ses autres

bijoux, faute de quoi elle aurait les doigts tranchés. Les deux autres agresseurs mirent la pièce à sac avant que tous trois ne s'enfuissent à bord de la Toyota de Timothy. Ce dernier fut emmené à l'hôpital. Les médecins découvrirent qu'il avait reçu dans le dos un coup de couteau qui avait percé la cavité pleurale, rendant nécessaire l'insertion d'un drain dans la poitrine. La voiture de Hurburgh fut découverte abandonnée non loin de là.

6. A 5 heures du matin, M^{me} Spicer et son partenaire (M. Almond), qui dormaient au domicile de la première à Fetcham, se réveillèrent pour constater la présence de trois hommes masqués dans leur chambre. Ces derniers leur demandèrent de l'argent, des bijoux et les clés de leurs voitures. Ils indiquèrent aux intrus où trouver ce qu'ils demandaient. Leurs agresseurs les ligotèrent et les bâillonnèrent, après quoi ils saccagèrent la maison. Il s'écoula presque une heure avant qu'ils ne partissent, emportant avec eux une grande quantité d'objets, ainsi que les deux voitures appartenant au couple, une Renault et une Cavalier. La Toyota de Timothy Napier fut découverte abandonnée à proximité.

B. La récompense, l'enquête et les arrestations

7. Les événements décrits ci-dessus défrayèrent la chronique. Ainsi fut notamment publiée dans les médias nationaux, entre le 17 et le 19 décembre 1988, l'offre d'une récompense de 25 000 GBP pour tout renseignement conduisant à la condamnation des auteurs des infractions. Le dimanche 18 décembre parvint au centre opérationnel de la police une information selon laquelle les personnes responsables du meurtre et des autres infractions résidaient au numéro 25 Lawrie Park Road, à Sydenham, dans le sud de Londres («le n° 25»). En outre, l'auteur de l'appel déclara qu'une grande quantité des biens qui avaient été dérobés au cours des vols avaient été recueillis par d'autres personnes résidant au n° 25, puis entreposés dans l'appartement d'un comparse de sexe féminin situé au 71 Queen Adelaide Court.

8. Le propriétaire du n° 25 était M. Smith, qui occupait le rez-de-chaussée et le sous-sol. Le restant de la maison (les deux étages supérieurs) était divisé en appartements, occupés notamment par les requérants, Raphael Rowe et Michael Davis. Randolph Johnson venait à la maison de temps à autre, les derniers temps pour aider à réparer les conduites et diverses installations électriques, et il y serait venu dans la nuit du 15 décembre 1988. Rowe, Davis et Johnson étaient noirs.

9. Trois hommes blancs vivaient également au n° 25: Mark Jobbins, Norman Duncan et Shane Griffin («le groupe Jobbins»). Ils étaient à l'époque âgés de vingt-neuf, vingt et un et dix-neuf ans respectivement. Duncan et Griffin sniffaient régulièrement de la colle. Tous trois avaient des antécédents judiciaires.

10. A la suite des informations reçues par la police, des mandats de perquisition furent obtenus pour chacune des adresses et furent exécutés simultanément le 19 décembre 1988 à 7 h 50 du matin. Lors de la perquisition effectuée au n° 25, à un moment quelconque entre 14 h 15 de l'après-midi le 19 décembre et 5 heures du matin le 20 décembre, la police découvrit dans la corbeille à papier de Rowe une broche dérobée au couple Spicer/Almond. D'autres objets provenant du même vol furent trouvés dans une pièce servant de dépôt. Les policiers y découvrirent également des figurines de porcelaine (ne présentant aucun lien avec les infractions susdécrites), qui portaient les empreintes de Davis. Des taches de sang visibles sur une veste trouvée dans la chambre de Rowe furent analysées. Elles révélèrent que le sang était celui d'une personne appartenant à un groupe sanguin partagé par 8 % de la population, dont la victime du meurtre, Hurburgh. Rowe, Davis, Jobbins et Griffin furent arrêtés au motif qu'on les soupçonnait de vols avec effraction aggravés. Duncan fut appréhendé le 21 décembre.

11. Kate Williamson, une lycéenne de seize ans qui était la petite amie de Rowe, livra à la police un certain nombre d'objets provenant du vol Spicer/Almond, notamment deux bagues de fidélité, un bracelet de montre en métal jaune et une montre de dame. Elle déclara à la police qu'elle rendait fréquemment visite à Rowe et qu'elle se trouvait chez lui dans la nuit du 15 décembre 1988. Elle affirma ne connaître Jobbins, Duncan et Griffin que de vue.

12. Joanne Cassar informa la police qu'elle avait demeuré avec un autre résidant du n° 25, Jason Cooper, pendant une certaine période en 1988. Elle connaissait Davis, Rowe, Jobbins, Duncan et Griffin. Elle s'était trouvée au n° 25 pendant la nuit du 15 décembre 1988, où elle avait dormi dans la chambre de Cooper.

13. L'autre mandat de perquisition fut exécuté au n° 71 Queen Adelaide Court. Il déboucha sur l'arrestation de la locataire, Bernadette Roberts, qui était la petite amie de Jobbins, et permit de récupérer une grande quantité de biens volés.

14. Johnson fut arrêté le 6 janvier 1989 par plusieurs policiers, après une longue course-poursuite. Il était en possession d'un revolver. Dans sa déposition, il admit qu'il s'était rendu au n° 25 à diverses reprises et que la nuit en question il y était probablement resté jusqu'à une heure tardive. Il nia avoir participé aux infractions et déclara lors de ses interrogatoires par la police qu'il pouvait avoir passé la nuit avec une petite amie.

C. Le procès

15. Le procès des deux requérants et de Johnson se déroula devant la *Central Criminal Court* en février 1990.

16. La thèse de l'accusation consistait à dire que les trois hommes avaient participé à chacune des infractions. D'après l'accusation, il y avait des preuves établissant un lien entre les infractions: l'Austin Princess volée à Hurburgh avait été trouvée sur les lieux du vol Napier, la Toyota volée aux Napier avait été découverte abandonnée à côté de l'endroit où résidait le couple Spicer/Almond, et les véhicules dérobés à ce dernier se rattachaient aux occupants du n° 25. En outre, les témoins de chacun des vols avaient décrit une équipe de trois voleurs dont au moins un était muni d'un revolver et un second d'un couteau, tous étant vêtus de noir et portant des cagoules.

17. L'accusation s'appuya en grande partie sur les témoignages livrés par les membres du groupe Jobbins. Ceux-ci reconnurent avoir volé ensemble la Spitfire qui avait été trouvée abandonnée à côté de l'endroit où avait eu lieu le premier vol à main armée et le meurtre, et avoir conduit la Renault et la Cavalier volées lors de la dernière infraction dans un champ à Sidcup où ils y avaient mis le feu. Ils déclarèrent notamment que la nuit du 15 au 16 décembre Rowe avait demandé s'il pouvait utiliser la Spitfire et que le même Rowe, Davis et un autre homme noir avaient demandé de l'aide sous d'autres formes, telles que le prêt d'une cagoule et un coup de main pour faire démarrer la Spitfire. Les membres du groupe Jobbins témoignèrent également au sujet des événements du matin suivant (16 décembre) où Rowe avait, d'après eux, fait un certain nombre de commentaires qui attestaient sa participation aux infractions et leur avait demandé de se débarrasser des voitures dérobées au ménage Spicer/Almond et de conserver ailleurs les objets volés.

18. En outre, l'accusation se fonda sur le témoignage de Kate Williamson. Au dire de celle-ci, Rowe l'avait quittée pendant la nuit du 15 au 16 décembre, pour revenir le lendemain matin à 6 h 30, il lui avait donné des bagues provenant du vol Napier afin qu'elle les fit estimer, il avait griffé la vitre de sa chambre avec une des bagues sertie d'un diamant et il lui avait parlé des voitures volées. L'accusation s'appuya également sur la déposition de Joanne Cassar, qui avait affirmé que Davis lui avait donné une plante qu'il disait avoir trouvée dans le coffre de la voiture volée à Almond. Enfin, Martin Todd, un détenu de la prison de Brixton, où Johnson avait séjourné en détention provisoire, déclara que ce dernier avait fait en sa présence des remarques qui démontraient qu'il avait pris part aux infractions.

19. Les trois accusés nièrent toute participation aux infractions. Ils excipèrent du fait que Kate Williamson et d'autres avaient déclaré que Rowe et Davis s'étaient trouvés en leur compagnie à des moments de la nuit du 15 au 16 décembre qui étaient incompatibles avec l'allégation selon laquelle la Spitfire avait été aperçue à peu près au même moment tout près du lieu où avait été perpétré le meurtre de Hurburgh, et que les victimes des infractions, notamment Ely, les Napier et Spicer, avaient déclaré que leurs

agresseurs étaient blancs. Au nom de Johnson, il avait été soutenu que rien ne prouvait que l'intéressé eût participé aux actes préparatoires ou qu'il eût ensuite contribué à faire disparaître les objets volés.

20. La défense soutint que beaucoup des témoins à charge n'étaient pas crédibles. Ainsi, la déposition de Ely comportait un certain nombre d'incohérences, de même que celles des membres du groupe Jobbins. Les accusés affirmèrent que si des résidents du n° 25 étaient responsables des infractions, c'étaient les membres du groupe Jobbins, et que Jobbins, Duncan et Griffin avaient livré à la police des explications délibérément travesties afin d'impliquer les accusés et d'ainsi s'exonérer eux-mêmes. Joanne Cassar pouvait avoir été complice car elle connaissait Duncan et Griffin, et le témoignage de Kate Williamson pouvait avoir été motivé par un sentiment de jalousie suscité par la relation de Rowe avec une autre petite amie, et il était de toute manière incompatible avec une lettre que l'intéressée avait envoyée à Rowe alors que celui-ci se trouvait en prison. La défense chercha à contester la validité du témoignage de Todd en arguant que celui-ci pouvait avoir menti afin d'obtenir une libération conditionnelle. Par ailleurs, évoquant la récompense substantielle qui avait été offerte, elle soutint qu'il s'agissait là d'un élément qui pouvait avoir incité des témoins à charge à déposer.

21. Lors de sa déposition devant le tribunal, Davis affirma – et cette déclaration concordait avec celle qu'il avait faite à la police – qu'il n'avait joué aucun rôle dans les infractions et qu'il n'avait rien eu à voir avec la Spitfire. Il dit avoir passé chez lui la nuit du 15 décembre et souscrivit à la déclaration de Kate Williamson selon laquelle il était sorti et n'était rentré que vers minuit trente. La déposition de Rowe se conciliait elle aussi avec la déclaration qu'il avait faite à la police. L'intéressé nia avoir participé en aucune façon aux infractions et déclara qu'après être retourné au n° 25 à minuit trente, il avait dormi avec Kate Williamson le restant de la nuit. Johnson ne déposa pas.

22. Le 26 février 1990, la *Central Criminal Court* reconnut les requérants et leur coaccusé coupables de meurtre, de coups et blessures volontaires graves et de trois chefs de vol avec violences. Elle les condamna chacun à des peines d'emprisonnement – à vie, de quinze ans et de douze ans – qui furent confondues.

D. La procédure devant la Cour d'appel

23. Les requérants et Johnson interjetèrent appel, estimant notamment que leurs condamnations reposaient sur des bases peu solides et peu satisfaisantes, compte tenu des faiblesses et incohérences qui entachaient les déclarations des témoins qui avaient déposé contre eux.

1. La procédure de divulgation

24. Le 20 octobre 1992, lors de la première audience devant la Cour d'appel, le représentant de l'accusation remit à ladite juridiction un document qui ne fut pas montré à l'avocat de la défense. Il y invitait la Cour d'appel à se prononcer sur une demande de dispense de divulgation (paragraphe 34-35 ci-dessous) et l'informait que la question présentait un degré de sensibilité tel que la requête devait être examinée dans le cadre d'un débat non contradictoire ou, à admettre la tenue d'une audience contradictoire, à la seule condition que les avocats de la défense prisent l'engagement de ne révéler ni à leurs *solicitors* ni à leurs clients le contenu des informations en cause. Les deux avocats de la défense firent savoir qu'ils ne pouvaient en conscience prendre pareil engagement et ils quittèrent la salle d'audience. La requête fut alors examinée de manière non contradictoire.

25. Les 14 et 15 janvier 1993, la question de la divulgation fut réexaminée par une Cour d'appel siégeant dans une composition différente (même si Lord Taylor, le *Lord Chief Justice*, siégea les deux fois). La raison en était que les avocats de la défense avaient reconsidéré leur position, pour conclure qu'ils avaient eu tort de se retirer volontairement de la première audience. Ils soutenaient i. que les avocats de la défense auraient dû se voir donner l'autorisation d'assister sans devoir prendre d'engagement au débat sur la requête formée par la Couronne, et ii. que le représentant de l'accusation aurait dû à tout le moins être obligé de dire de quelle catégorie les éléments en question relevaient, ce qui eût permis aux avocats de la défense de formuler des observations sur la question de savoir si la non-divulgation d'éléments relevant de la catégorie en cause pouvait ou non être autorisée. Dans son arrêt, la Cour d'appel observa que la procédure à suivre lorsque l'accusation est en possession d'éléments dont elle estime qu'ils ne doivent pas être divulgués à la défense avait été modifiée par l'arrêt *R. v. Ward* (paragraphe 37 ci-dessous) : c'était désormais au tribunal et non à l'accusation de décider si la divulgation s'imposait ou non. Elle énonça par ailleurs une série de directives procédurales devant être suivies dans les affaires de ce type (paragraphe 39-40 ci-dessous). En définitive, toutefois, elle décida qu'il n'y avait pas lieu à divulgation.

26. Le 22 juin 1993, dès l'ouverture de l'audience consacrée à l'examen au fond du recours par une formation différente de la Cour d'appel, l'avocat de la défense invita celle-ci à ordonner à la Couronne de divulguer le ou les noms de toute personne ou toutes personnes auxquelles une somme d'argent avait été versée en guise de récompense pour des informations données à la police au sujet des requérants et demanda à pouvoir consulter le rapport établi par le Bureau des plaintes contre la police à la suite d'une plainte introduite par le premier

requérant. La Cour d'appel se vit remettre des documents pertinents pour la requête en divulgation, qui ne furent pas montrés à l'avocat de la défense. Néanmoins, celui-ci formula des observations sur les éléments dont il estimait qu'ils rendaient nécessaire la divulgation des documents en question et sur l'exercice de mise en balance. Après avoir examiné ces observations et l'ensemble des documents pertinents, la Cour d'appel refusa d'ordonner la divulgation des éléments en question.

2. *L'appel au principal*

27. Le 29 juillet 1993, la Cour d'appel confirma les condamnations des requérants et celle de Johnson, estimant que rien ne permettait de dire qu'un doute planait sur leur légitimité.

E. Les événements subséquents

28. Les requérants sollicitèrent de la Cour d'appel l'autorisation de saisir la Chambre des lords, mais leur demande fut rejetée le 30 septembre 1993.

29. Par une lettre du 27 novembre 1994, le *solicitor* du premier requérant, s'appuyant sur l'arrêt *R. v. Rasheed* (paragraphe 42 ci-dessous), invita le Service des poursuites de la Couronne (*Crown Prosecution Service*) à révéler toute demande de récompense faite avant le procès par tout témoin, et en particulier par l'un des membres du groupe Jobbins, par Williamson ou par Cassar.

30. Le 22 novembre 1995, ledit service répondit ainsi :

« En ce qui concerne le point mentionné au paragraphe 1 de votre lettre du 27 octobre 1994, vous n'êtes pas sans savoir que la question des récompenses a été soulevée par [l'avocat de la défense] au début de l'audience consacrée à l'examen de l'appel interjeté contre la dispense de divulgation. Il en résulta une requête unilatérale, qui fut examinée en chambre du conseil. Cette requête fut accueillie, et le *Lord Justice Watkins* s'exprima ainsi à son sujet dans son jugement définitif : « Nous avons accueilli la demande et refusé d'ordonner la divulgation de quelques éléments que ce soit, pour les motifs que nous avons indiqués le 22 juin et qui ont été consignés au procès-verbal. »

31. En 1994, les requérants saisirent le ministère de l'Intérieur d'une demande de vérification des fondements de leur condamnation. En avril 1997 fut instituée par la loi de 1995 sur les recours en matière pénale la Commission de contrôle des procédures pénales (*Criminal Cases Review Commission* – « la CCRC »), à laquelle la cause des requérants fut transférée. En août 1997, la CCRC désigna un officier de la police du Grand Manchester pour enquêter au sujet des circonstances ayant entouré les poursuites dirigées contre les requérants et Johnson. L'enquêteur remit son rapport en janvier 1999.

32. La CCRC rendit quant à elle son rapport le 7 avril 1999. Elle y constatait notamment que Duncan était de longue date un informateur de la police, que le 18 décembre 1988 il avait pris contact avec un policier du Sussex et lui avait déclaré que les requérants étaient les auteurs des infractions des 15-16 décembre 1988. Pour cette aide apportée à la police et pour le témoignage livré par lui lors du procès des requérants, Duncan avait reçu une récompense de 10 300 GBP et avait, en outre, bénéficié de la protection de la police entre le 18 et le 22 décembre 1988, ainsi que d'une immunité de poursuites en rapport avec sa participation reconnue, en qualité de comparse, aux infractions en question. Il ressortait des documents de la police où avaient été consignés les renseignements fournis par Duncan que ce dernier n'avait jamais déclaré que Johnson faisait partie des auteurs de l'infraction. Au nom de l'intérêt public, ces faits n'avaient pas été divulgués à la défense auparavant. La CCRC conclut également que «la police ne tenait pas tellement à ce que les membres du groupe Jobbins fussent poursuivis et [qu'] il y avait une inertie correspondante de la part des autorités de poursuite». Elle observa également que «si le jury avait eu connaissance de ces éléments, il aurait pu évaluer d'une manière plus critique la crédibilité des membres du groupe Jobbins». De surcroît, Todd était revenu sur sa déclaration concernant les prétendus commentaires de Johnson concernant sa participation aux infractions.

La CCRC concluait que, à la lumière de ces nouveaux éléments de preuve, il y avait une possibilité réelle que Johnson n'eût pas été impliqué dans les infractions des 15-16 décembre 1988. Il y avait certes des éléments rattachant les deux requérants aux infractions, mais si la thèse de l'accusation relative à l'un des trois auteurs présumés, Johnson, pouvait ne plus être défendable, la Cour d'appel devait se voir donner en même temps l'occasion de rechercher si les condamnations prononcées à l'encontre de Rowe et Davis tenaient toujours. Aussi la CCRC renvoya-t-elle les condamnations des requérants et de Johnson à la Cour d'appel, considérant qu'il y avait une possibilité réelle qu'elles ne seraient pas confirmées en cas de réexamen de la cause (article 13 de la loi de 1995 sur les recours en matière pénale).

33. Au moment de l'adoption du présent arrêt la cause des requérants se trouve toujours pendante devant la Cour d'appel.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

A. L'obligation de divulgation s'imposant à l'accusation

34. Selon la *common law*, l'accusation a l'obligation de divulguer toute déclaration écrite ou orale faite par un témoin à charge et se révélant

incompatible avec une déposition faite par le même témoin au procès. L'obligation s'étend également aux déclarations de tous témoins potentiellement favorables à la défense.

B. Les exceptions d'intérêt public à l'obligation de divulgation

1. Les directives de l'Attorney-General (1981)

35. En décembre 1981, l'*Attorney-General* émit des directives, qui n'avaient pas force de loi, concernant les exceptions à l'obligation, prévue par la *common law*, de communiquer à la défense certains éléments de preuve pouvant se révéler utiles pour elle (*Criminal Appeal Reports* 1982, vol. 74, p. 302; «les directives»). Ces directives visaient à codifier les règles en matière de divulgation et à délimiter le pouvoir qu'avait l'accusation de garder par-devers elle des «éléments non exploités». L'article 1 des directives définissait comme suit l'expression «éléments non exploités»:

«i. L'ensemble des témoignages et documents non inclus dans le dossier de mise en accusation communiqué à la défense; ii. les déclarations de tous témoins devant être appelés à déposer à l'audience de mise en accusation et (s'ils ne figurent pas au dossier) tous documents auxquels il est fait référence dans ces déclarations; iii. la version brute de toutes déclarations expurgées ou résumées incluses dans le dossier de mise en accusation.»

D'après l'article 2, tout élément relevant de cette définition devait être communiqué à la défense si «(...) il a[vait] une incidence sur l'infraction ou les infractions reprochées et sur les circonstances entourant l'affaire».

36. D'après les directives, l'obligation de divulgation était assortie du pouvoir discrétionnaire pour le représentant de l'accusation de garder par-devers lui des éléments pertinents lorsque ces éléments relevaient de l'une des catégories définies à l'article 6. L'une de ces catégories (6 iv) englobait des éléments «sensibles» que, de ce fait, il valait mieux, dans l'intérêt public, ne pas divulguer. Ces éléments sensibles étaient ainsi définis:

«(...) a) ceux qui touchent à des questions intéressant la sécurité nationale, émanent d'un agent des services de sécurité ou divulguent l'identité d'un agent des services de sécurité qui ne pourrait plus être utilisé par lesdits services une fois son identité connue; b) ceux qui émanent d'un informateur ou divulguent l'identité d'un informateur lorsqu'il y a des raisons de craindre que la divulgation de l'identité de l'intéressé compromettrait sa sécurité ou celle de sa famille; c) ceux qui émanent d'un témoin ou divulguent l'identité d'un témoin qui courrait le risque d'être agressé ou de faire l'objet d'intimidations si son identité venait à être connue; d) ceux qui comportent des précisions qui, si elles venaient à être connues, pourraient faciliter la commission d'autres infractions ou alerter une personne non détenu du fait que des soupçons pèsent sur elle, ou qui trahissent une forme inhabituelle de surveillance ou une

méthode inhabituelle de découverte d'une infraction; e) ceux qui ne sont fournis qu'à condition que le contenu n'en soit pas divulgué, du moins tant qu'une assignation n'a pas été signifiée au fournisseur, par exemple à un cadre bancaire; f) ceux qui se rapportent à d'autres infractions ou allégations graves d'infractions commises par une personne non accusée ou qui révèlent des condamnations antérieures ou d'autres précisions de nature à nuire à cette personne; g) ceux qui comportent des détails d'ordre privé concernant leur auteur et qui pourraient compromettre la paix de son ménage.»

Aux termes de l'article 8, «pour déterminer s'il y a lieu ou non de divulguer des déclarations contenant des éléments sensibles, il convient de ménager un équilibre entre le degré de sensibilité des éléments en question et la mesure dans laquelle les informations en cause pourraient aider la défense». La décision de savoir si l'équilibre à ménager dans une affaire donnée nécessite ou non la divulgation d'éléments sensibles appartenait à l'accusation, qui devait cependant statuer en faveur de la divulgation en présence du moindre doute. S'il se révélait, avant ou pendant le procès, qu'une question touchant à l'obligation de divulguer était en jeu mais qu'une divulgation ne serait pas dans l'intérêt public, à cause du caractère sensible des éléments concernés, l'accusation devait être abandonnée.

2. *R. v. Ward (1992)*

37. Après le procès des requérants en 1990, mais avant la procédure d'appel en octobre 1992-juillet 1993, les directives ont été remplacées par la *common law*.

Dans sa décision *R. v. Ward (Weekly Law Reports 1993, vol. 1, p. 619)*, la Cour d'appel se pencha sur les obligations de l'accusation en matière de divulgation des éléments de preuve à la défense et sur la procédure à suivre lorsque l'accusation soutient que certains éléments sont couverts par une immunité d'intérêt public. Elle souligna que c'était au tribunal et non à l'accusation qu'il appartenait de dire où se situait, dans une affaire donnée, le juste équilibre à ménager. A cet égard, elle déclara :

«(...) En agissant comme juge en sa propre cause sur la question de l'immunité d'intérêt public en l'espèce, l'accusation a commis un nombre important d'erreurs qui ont nui à l'équité de la procédure. Aussi des considérations de politique judiciaire renforcent-elles beaucoup l'idée qu'il ne serait pas bon d'autoriser l'accusation à garder par-devers elle des documents pertinents sans en informer la défense. Si, dans une espèce tout à fait exceptionnelle, l'accusation n'est pas disposée à faire trancher la question de l'immunité d'intérêt public par une juridiction, le résultat doit en être inévitablement l'abandon des poursuites.»

La Cour d'appel décrit comme suit l'exercice de mise en balance devant être accompli par le juge :

«(...) le juge met en balance, d'une part, le caractère souhaitable d'une préservation de l'intérêt public à ne pas divulguer, et, de l'autre, l'intérêt de la justice. Lorsque ce

dernier est en jeu dans une affaire pénale touchant et concernant la liberté, voire, à l'occasion, la vie, le poids qu'il convient de lui accorder est évidemment très important.»

3. R. v. Trevor Douglas K. (1993)

38. Dans sa décision *R. v. Trevor Douglas K.* (*Criminal Appeal Reports* 1993, vol. 97, p. 342), la Cour d'appel souligna que pour effectuer l'exercice de mise en balance visé dans l'arrêt *Ward*, le tribunal doit examiner lui-même *de visu* les éléments litigieux :

«La Cour d'appel estime que le fait d'exclure des preuves sans que la possibilité ait été donnée de vérifier leur pertinence et leur importance s'analyse en une irrégularité matérielle. Lorsque l'accusation invoque une immunité d'intérêt public pour un document, c'est au tribunal qu'il appartient de décider si l'argument peut être accueilli ou non. Pour ce faire, le tribunal doit se livrer à un exercice de mise en balance. Cet exercice ne peut être effectué que par le juge lui-même, qui doit examiner ou analyser *de visu* les preuves, de manière à pouvoir les mettre en rapport avec les faits. Ce n'est que de cette manière qu'il peut être en mesure de mettre en balance l'intérêt de reconnaître une immunité d'intérêt public et l'intérêt de garantir à la partie sollicitant la divulgation des éléments litigieux l'équité de la procédure.»

La Cour d'appel précisa également que lorsqu'un accusé la saisit au motif que l'accusation a, de manière illégitime, gardé certains éléments par-devers elle, il lui faut examiner elle-même les éléments en question dans le cadre d'une procédure non contradictoire.

4. R. v. Davis, Johnson and Rowe (1993)

39. Dans sa décision *R. v. Davis, Johnson and Rowe* (*Weekly Law Reports* 1993, vol. 1, p. 613), la Cour d'appel jugea qu'il n'était pas nécessaire dans chaque espèce que l'accusation informe la défense de son souhait d'invoquer une immunité d'intérêt public. Elle décrivit à cet égard trois procédures différentes.

La première, qu'il y a lieu de suivre en général, consiste pour l'accusation à informer la défense qu'elle sollicite du tribunal une décision et à indiquer au moins à la défense quelle catégorie d'éléments elle détient. La défense se voit alors donner l'occasion de formuler des observations au tribunal.

Dans le cadre de la deuxième procédure, en revanche, là où la divulgation de la catégorie dont relèvent les éléments en question aboutirait de fait à révéler ce que l'accusation affirme ne pouvoir l'être, l'accusation doit aussi informer la défense qu'une requête va être adressée au tribunal, mais elle n'est pas obligée de faire connaître la catégorie dont relèvent les éléments en question, et la requête est formulée dans le cadre d'une procédure non contradictoire.

La troisième procédure s'appliquerait dans un cas exceptionnel, où la divulgation du fait même qu'une requête unilatérale va être introduite équivaudrait de fait à révéler la nature des preuves en question. Dans ce cas, l'accusation pourrait saisir le tribunal d'une requête unilatérale sans en avertir la défense.

40. La Cour d'appel observa que, si les requêtes unilatérales limitaient les droits de la défense dans certains cas, la seule solution de rechange consisterait à obliger l'accusation à choisir entre suivre une procédure contradictoire ou abandonner les poursuites, et dans des cas rares mais graves, l'abandon des poursuites dans le but de protéger des éléments sensibles serait contraire à l'intérêt public. Elle évoqua le rôle important joué par le juge dans le contrôle de l'opinion de l'accusation quant au juste équilibre à ménager et fit observer que même dans les cas où le caractère sensible des informations requérait une procédure non contradictoire la défense bénéficiait d'une «protection aussi grande qu'il [était] possible de lui donner sans qu'il ne soit porté atteinte à l'intérêt public». Enfin, elle souligna qu'il incombait au tribunal de continuer à surveiller la situation au fur et à mesure que le procès avançait. Il était possible que surgissent au cours du débat des questions de nature à affecter l'équilibre recherché et à exiger une divulgation de certaines données «afin de garantir à l'accusé l'équité de la procédure». Aussi fallait-il veiller à ce que ce soit le même juge qui connaisse de la requête et qui assure la conduite du procès.

5. *R. v. Keane (1994)*

41. A la suite de l'appel interjeté par les requérants, les juridictions anglaises clarifièrent plus avant les principes et procédures applicables en matière de divulgation.

Dans sa décision *R. v. Keane* (*Weekly Law Reports* 1994, vol. 1, p. 747), la Cour d'appel souligna que dès lors que la procédure non contradictoire décrite dans *R. v. Davis, Johnson and Rowe* était «contraire au principe général d'une justice ouverte en matière pénale» il ne fallait y recourir que dans des cas exceptionnels. On assisterait à une abdication du devoir de l'accusation si, par excès de précaution, celle-ci se contentait de «déverser devant le tribunal tous ses éléments non exploités, s'en remettant à lui pour les trier, indépendamment de leur pertinence pour les questions actuelles ou potentielles». Ainsi, l'accusation ne devait produire devant le tribunal que les documents qu'elle jugeait pertinents et souhaitait ne pas devoir divulguer. Les éléments «pertinents» étaient ceux que, de façon raisonnable, l'accusation pouvait considérer comme i. pertinents ou éventuellement pertinents pour un aspect de la cause, ii. soulevant ou susceptibles de soulever une nouvelle question dont l'existence ne transparaissait pas des preuves que l'accusation entendait utiliser, ou

iii. recelant un risque réel (et non purement imaginaire) de fournir des indications quant à des preuves relevant des points i et ii. Exceptionnellement, en cas de doute quant à la pertinence des documents ou témoignages en cause, le tribunal pouvait être invité à statuer sur la question. Afin d'aider l'accusation à décider si des éléments en sa possession étaient « pertinents » et pour faciliter au juge l'accomplissement de son exercice de mise en balance, la défense avait la faculté d'indiquer tout moyen ou toute question qu'elle entendait soulever.

6. R. v. Rasheed (1994)

42. Dans sa décision *R. v. Rasheed* (*The Times*, 20 mai 1994), la Cour d'appel jugea que l'omission par l'accusation de divulguer le fait qu'un témoin à charge dont la déposition est contestée a sollicité ou obtenu une récompense pour les informations fournies par lui constitue une irrégularité de fond justifiant l'infirmité d'une condamnation.

7. R. v. Winston Brown (1994)

43. Dans sa décision *R. v. Winston Brown* (*Criminal Appeal Reports* 1995, vol. 1, p. 191), la Cour d'appel passa en revue le fonctionnement des directives. Elle déclara :

« L'objectif poursuivi par l'*Attorney-General* était indubitablement d'améliorer la pratique existante de divulgation des données par la Couronne. C'est là un objectif louable. Mais l'*Attorney-General* ne cherchait pas à créer des règles de droit, ce qui eût d'ailleurs certainement excédé ses pouvoirs (...). Les directives ne sont qu'un ensemble d'instructions à l'attention des juristes du service des poursuites de la Couronne et des représentants de celle-ci (...). Considérées simplement comme un ensemble d'instructions destinées aux procureurs, les directives seraient insusceptibles de critique si elles suivaient exactement les contours de l'obligation de divulgation que prévoit la *common law* (...). En revanche, si jugées à l'aune des critères actuels les directives réduisent les obligations que la *common law* fait peser sur la Couronne et réduisent ainsi les droits que la *common law* garantit aux accusés, elles doivent être réputées *pro tanto* illégales (...)

[A]ujourd'hui, les directives enfreignent les exigences du principe de divulgation sous un certain nombre d'aspects d'une importance capitale. Premièrement, la décision rendue dans l'affaire *Ward* a établi qu'il appartient au tribunal et non au représentant de l'accusation de trancher les questions litigieuses concernant les données susceptibles d'être divulguées, et de statuer sur les motifs juridiques avancés pour justifier la non-production d'éléments pertinents (...). Aux fins de la présente espèce, il y a un point qui revêt une importance cruciale : il ne ressort absolument pas des directives que c'est au tribunal qu'il appartient en définitive de se prononcer sur la nécessité ou non de divulguer (...). Deuxièmement, les directives ne présentent pas de manière exhaustive l'obligation de divulgation que fait peser la *common law* sur l'accusation (*R. v. Ward*, pp. 25 et 681D). Dans cette mesure également, elles sont dépassées. Troisièmement, les directives ont été rédigées avant que n'interviennent des changements très importants dans le domaine de l'immunité d'intérêt public. [A]insi, l'article 6 des directives est

libellé d'une manière telle que le procureur jouit d'un pouvoir discrétionnaire en la matière (...). Beaucoup de ce qui relève de la catégorie des « éléments sensibles » est, à n'en pas douter, couvert par la notion d'immunité d'intérêt public. Mais ce n'est pas le cas de toutes les données (...)

8. *R. v. Turner (1994)*

44. Dans sa décision *R. v. Turner* (*Weekly Law Reports* 1995, vol. 1, p. 264), la Cour d'appel, revenant sur l'exercice de mise en balance, déclara notamment :

« Depuis la décision *R. v. Ward* (...), on constate une tendance croissante, de la part des accusés, à solliciter la divulgation des noms et du rôle joué par les informateurs en soutenant que ces éléments revêtent une importance essentielle pour leur défense. On a vu se multiplier les défenses consistant à dire que l'accusé avait été victime d'un coup monté, ainsi que les allégations de recours à la contrainte par les autorités, choses qui étaient rares par le passé. Nous souhaitons attirer l'attention des juges sur la nécessité d'examiner avec un soin particulier les demandes de divulgation de précisions concernant des informateurs. Les juges doivent faire preuve de beaucoup de discernement pour déterminer si sont justifiées les allégations selon lesquelles l'accusé a besoin de connaître pareilles précisions au motif que celles-ci revêtent une importance essentielle pour sa défense. Si elles ne le sont pas, il faut alors que le juge adopte une attitude de fermeté pour refuser d'ordonner la divulgation des données litigieuses. Il est manifeste que l'on peut distinguer entre les affaires où les circonstances font apparaître qu'il n'y a aucune possibilité réaliste que les renseignements concernant l'informateur aient une incidence sur les questions à trancher et celles où les circonstances laissent entrevoir pareille possibilité. Là encore, il y a des affaires où l'informateur est un informateur et rien de plus, et il y en a d'autres où l'informateur peut avoir participé aux faits constitutifs de l'infraction ou à des faits l'ayant entourée ou suivie. Même là où l'informateur a participé à semblables faits, le juge doit se demander si le rôle joué par celui-ci a une incidence telle sur une question présentant un intérêt actuel ou potentiel pour la défense qu'il rend nécessaire la divulgation sollicitée (...)

Qu'il nous suffise de dire qu'en l'espèce nous sommes convaincus que les renseignements relatifs à l'informateur révélaient sa participation aux événements en rapport avec l'infraction, ce qui, combiné avec la manière dont la défense s'est articulée d'emblée, l'accusé affirmant être la victime d'un coup monté, faisait ressortir la nécessité pour la défense de connaître l'identité de l'informateur et le rôle joué par lui à cet égard. En conséquence, si l'on applique le principe énoncé dans la décision *R. v. Keane* (...) aux faits de la présente espèce, il ne peut y avoir qu'une réponse à la question de savoir si les données relatives à l'informateur étaient d'une importance telle pour les questions présentant un intérêt actuel ou potentiel pour la défense que l'équilibre que le juge avait à ménager plaider nettement en faveur d'une divulgation. »

9. *La loi de 1996 sur la procédure pénale et les enquêtes*

45. En 1996 est entré en vigueur en Angleterre et au pays de Galles un nouveau régime légal précisant les devoirs de l'accusation en matière de divulgation. En vertu de ses dispositions, l'accusation doit opérer une

«première divulgation» de l'ensemble des éléments non divulgués antérieurement qui, de l'avis du procureur, pourraient affaiblir la thèse de l'accusation. L'accusé doit alors soumettre à l'accusation et au tribunal une déclaration exposant dans ses grandes lignes la nature de sa défense et les questions sur lesquelles il n'est pas d'accord avec l'accusation. Celle-ci opère alors une «seconde divulgation» de l'ensemble des éléments précédemment non divulgués «dont on peut raisonnablement supposer qu'ils peuvent aider la défense de l'accusé telle que celle-ci se dégage de la déclaration de défense». La manière dont l'accusation s'acquitte de ses obligations en matière de divulgation peut être contrôlée par le tribunal sur demande de l'accusé.

C. L'«avocat spécial»

46. A la suite des arrêts rendus par la Cour européenne des Droits de l'Homme dans les affaires *Chahal c. Royaume-Uni* (15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V) et *Tinnelly & Sons Ltd et autres et McElduff et autres c. Royaume-Uni* (10 juillet 1998, *Recueil* 1998-IV), le Royaume-Uni a adopté un dispositif prévoyant la désignation d'un «avocat spécial» dans certaines affaires touchant à la sécurité nationale. Les dispositions en sont contenues dans la loi de 1997 sur la Commission spéciale de recours en matière d'immigration (*Special Immigration Appeals Commission Act* – «la loi de 1997») et dans la loi de 1998 sur l'Irlande du Nord (*Northern Ireland Act* – «la loi de 1998»). En vertu de cette législation, lorsqu'il est nécessaire pour des motifs tenant à la sécurité nationale que le tribunal saisi siège à huis clos en l'absence de la personne concernée et de ses représentants, l'*Attorney-General* peut désigner un avocat spécial pour assumer dans la procédure les intérêts de la personne concernée. La législation prévoit que l'avocat spécial n'est toutefois pas «responsable envers la personne dont il est chargé d'assumer les intérêts», ce qui a pour effet d'autoriser et d'obliger l'avocat spécial à garder secrète toute information ne pouvant être divulguée.

47. Ainsi, par exemple, en matière d'immigration les règles pertinentes au regard de la loi de 1997 sont contenues dans le règlement de procédure de 1998, pris pour l'application de la loi sur la Commission spéciale de recours en matière d'immigration (*Statutory Instrument* n° 1998/1881). L'article 3 de ce règlement de procédure prévoit que, dans l'exercice de ses fonctions, la Commission de recours veille à ce qu'aucune divulgation d'informations n'ait lieu qui soit contraire aux intérêts de la sécurité nationale, aux relations internationales du Royaume-Uni, à la découverte ou à la prévention des infractions, ou en toutes autres circonstances où pareille divulgation serait de nature à

nuire à l'intérêt public. L'article 7 se rapporte à l'avocat spécial institué par l'article 6 de la loi de 1997. Il prévoit notamment ce qui suit :

« 7. (...) »

4) La fonction de l'avocat spécial est de représenter les intérêts de l'appelant

a) en formulant des observations devant la Commission de recours dans toute procédure dont l'appelant ou son représentant sont exclus ;

b) en contre-interrogeant les témoins dans toute procédure de ce type ;

c) en présentant des observations écrites à la Commission de recours.

5) Sauf ce qui est dit aux paragraphes 6 à 9, l'avocat spécial ne peut communiquer directement ou indirectement avec l'appelant ou son représentant sur aucune question liée à la procédure devant la Commission de recours.

6) L'avocat spécial peut communiquer avec l'appelant et son représentant à tout moment avant que le ministre ne lui soumette les éléments en cause.

7) A tout moment après que le ministre a communiqué les éléments en cause conformément à l'article 10 § 3, l'avocat spécial peut demander à la Commission de recours des instructions l'autorisant à solliciter de l'appelant ou de son représentant des informations en rapport avec la procédure.

8) La Commission de recours informe le ministre de toute demande d'instructions formulée au titre du paragraphe 7, et le ministre doit, dans un délai précisé par la Commission de recours, informer celle-ci de toute objection qu'il peut avoir à la communication des informations sollicitées ou à la forme proposée pour cette communication.

9) Lorsque le ministre formule une objection au titre du paragraphe 8, l'article 11 s'applique en tant que de besoin.»

Les articles 10 et 11, auxquels l'article 7 se réfère, prévoient :

« 10. 1) Si le ministre entend s'opposer au recours, il doit, au plus tard dans les quarante-deux jours de la réception par lui d'une copie de l'acte d'appel,

a) produire devant la Commission de recours un résumé des faits sous-jacents à la décision attaquée, ainsi que les motifs de cette décision ;

b) informer la Commission de recours des raisons pour lesquelles il s'oppose au recours ; et

c) produire devant la Commission de recours une déclaration relative aux preuves invoquées par lui à l'appui.

2) Lorsque le ministre s'oppose à ce que des éléments mentionnés au paragraphe 1 soient divulgués à l'appelant ou à son représentant, il doit également

a) énoncer les raisons de son objection ;

b) produire une description des éléments litigieux revêtant une forme pouvant être montrée à l'appelant, si et dans la mesure où il lui est possible de le faire sans divulguer d'informations contraires à l'intérêt public.

3) Lorsqu'il formule une objection au titre du paragraphe 2, le ministre doit dès que possible mettre à la disposition de l'avocat spécial les éléments qu'il a produits devant la Commission de recours en vertu des paragraphes 1 et 2.

11. 1) La procédure visée au présent article se déroule en l'absence de l'appelant et de son représentant.

2) La Commission de recours statue sur la question de savoir s'il convient ou non d'entériner l'objection du ministre.

3) Elle invite au préalable l'avocat spécial à soumettre des observations écrites.

4) Après avoir examiné les observations soumises au titre du paragraphe 3, elle peut

a) inviter l'avocat spécial à formuler des observations orales ; ou

b) entériner les objections du ministre sans inviter l'avocat spécial à soumettre de nouvelles observations.

5) Lorsque la Commission de recours entend passer outre l'objection du ministre ou inviter celui-ci à produire des éléments sous une forme différente de celle sous laquelle il les a produits au titre de l'article 10 § 2 b), elle doit inviter le ministre et l'avocat spécial à formuler des observations orales.

6) Lorsque

a) la Commission de recours passe outre l'objection du ministre ou lui demande de produire des éléments sous une forme différente de celle sous laquelle il les a produits au titre de l'article 10 § 2 b), et que

b) le ministre souhaite s'opposer au recours,

il ne doit être invité à divulguer aucun élément couvert par l'objection rejetée s'il choisit de ne pas s'en prévaloir en s'opposant au recours.»

48. Dans le contexte de la procédure relative à l'égalité en matière d'emploi en Irlande du Nord, le régime mis en place par les articles 90 à 92 de la loi de 1998 et par les articles pertinents du règlement de procédure est identique au mécanisme adopté en vertu de la loi de 1997 (ci-dessus).

49. De surcroît, le gouvernement a déposé il y a peu devant le parlement deux projets qui prévoient la désignation d'«avocats spéciaux» (intervenant dans les mêmes conditions) dans d'autres circonstances. Le projet de 1999 sur les communications électroniques prévoit la désignation d'un «représentant spécial» dans les procédures devant un tribunal des communications électroniques devant être établi pour examiner les plaintes relatives à l'interception et à l'interprétation des communications électroniques. Dans le contexte de la procédure pénale, le projet de 1999 sur la justice pour les jeunes et les preuves en matière pénale prévoit la désignation par le tribunal d'un avocat spécial dans tous les cas où un juge interdit à un accusé non représenté de contre-interroger personnellement le plaignant qui se dit victime d'une infraction sexuelle.

PROCÉDURE DEVANT LA COMMISSION

50. M. Rowe et M. Davis ont saisi la Commission le 20 décembre 1993. Ils alléguaient que leur procès en première instance et la procédure devant la Cour d'appel avaient violé les droits à eux garantis par l'article 6 §§ 1 et 3 b) et d) de la Convention.

51. La Commission a déclaré la requête (n° 28901/95) recevable le 15 septembre 1997. Dans son rapport du 20 octobre 1998 (ancien article 31 de la Convention), elle formule l'avis unanime qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 combiné avec l'article 6 § 3 b) et d). Le texte intégral de son avis figure en annexe au présent arrêt.

CONCLUSIONS PRÉSENTÉES À LA COUR

52. Dans leur mémoire comme à l'audience, les requérants ont invité la Cour à juger que, considérées globalement, les procédures suivies devant la *Crown Court* et la Cour d'appel ont violé l'article 6 § 1 de la Convention combiné avec l'article 6 § 3 b) et d), et à leur accorder une satisfaction équitable au titre de l'article 41.

Le Gouvernement demande pour sa part à la Cour de dire qu'il n'y a pas eu violation de la Convention en l'espèce.

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 §§ 1 ET 3 b) ET d) DE LA CONVENTION

53. Les requérants allèguent que, prises ensemble, les procédures devant la *Crown Court* et la Cour d'appel ont violé les droits à eux garantis par l'article 6 §§ 1 et 3 b) et d) de la Convention, dont les parties pertinentes en l'espèce sont ainsi libellées:

«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 (...) du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. (...)

(...)

3. Tout accusé a droit notamment à :

(...)

b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;

(...)

d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge;

(...)»

54. Les intéressés considèrent que toute omission de divulguer des preuves pertinentes sape le droit à un procès équitable. Avec le Gouvernement et la Commission, ils reconnaissent que le droit à une divulgation intégrale n'est pas absolu et peut, lorsque sont poursuivis des buts légitimes, tels que la protection de la sécurité nationale, de témoins vulnérables ou de sources d'information, être soumis à des limitations, mais ils estiment que toute restriction aux droits de la défense doit être strictement proportionnée et assortie de garanties procédurales propres à compenser le handicap infligé à la défense. Tout en admettant que dans certaines circonstances il pourrait être nécessaire, dans l'intérêt public, d'exclure l'accusé et ses représentants de la procédure de divulgation, ils soutiennent que la procédure par laquelle l'accusation, sans en référer au juge, décida de ne pas divulguer certaines preuves pertinentes lors de leur procès a violé l'article 6. Ce défaut n'aurait pas été redressé par la procédure suivie devant la Cour d'appel : non contradictoire, celle-ci n'offrait aucune garantie contre les préventions ou erreurs judiciaires et il n'y fut pas possible de présenter des arguments au nom de la défense.

55. Les requérants estiment qu'il était nécessaire, aux fins de l'article 6, de contrebalancer la non-participation de la défense à la procédure par l'introduction d'un élément contradictoire tel que la désignation d'un avocat indépendant qui eût été à même de présenter des arguments pour le compte de la défense quant au caractère pertinent ou non des preuves dissimulées, de vérifier le bien-fondé de la demande de reconnaissance d'une immunité d'intérêt public présentée par l'accusation et d'agir comme rempart indépendant contre le risque d'erreurs ou de préventions judiciaires. Et de citer quatre cas où une procédure faisant intervenir un « avocat spécial » a été introduite au Royaume-Uni (paragraphe 46-49 ci-dessus). Ces exemples démontreraient qu'un mécanisme de rechange était disponible qui eût assuré, dans toute la mesure du possible, le respect des droits de la défense dans le cadre d'une audience consacrée à l'examen de la question de savoir si l'intérêt public justifiait la rétention par l'accusation de certains éléments de preuve, tout en prenant en compte des soucis légitimes relatifs, par exemple, à la sécurité nationale ou à la protection de témoins ou de sources d'information, et il incomberait au Gouvernement de démontrer qu'il n'était pas possible en l'espèce d'introduire pareille procédure.

56. Le Gouvernement admet que dans les affaires où, pour des motifs d'intérêt public, des éléments pertinents ou potentiellement pertinents

n'ont pas été divulgués à la défense, il importe de veiller à l'existence de garanties suffisantes pour protéger les droits de l'accusé. Il considère que le droit anglais, en principe comme en pratique dans la cause des requérants, offrait le niveau requis de protection. Ainsi à deux reprises la Cour d'appel, avec le bénéfice du recul et une vue d'ensemble claire des questions en jeu, examina les éléments litigieux, mit en balance l'intérêt des accusés à leur divulgation et l'intérêt public à les garder secrets et statua en faveur d'une non-divulgation.

57. Le Gouvernement soutient que le système faisant intervenir un avocat spécial proposé par les requérants ne s'imposait pas pour assurer le respect de l'article 6. La situation en l'espèce contrasterait avec celle qui prévalait dans les procédures en matière d'immigration, où, avant l'introduction du système prévoyant l'intervention d'un avocat spécial (arrêt Chahal cité au paragraphe 46 ci-dessus), il arrivait que le ministre souhaite expulser un individu pour des motifs tenant à la sécurité nationale: en l'occurrence, le juge national fut parfaitement en mesure d'examiner et de trancher l'ensemble des questions relatives à la divulgation des preuves. De surcroît, le système proposé engendrerait des difficultés importantes sur le plan pratique, par exemple pour déterminer les obligations de l'avocat spécial envers l'accusé, la quantité d'informations qu'il serait libre de transmettre à l'accusé et à ses avocats, ou encore la qualité des instructions qu'il pourrait escompter recevoir de la défense. Pareilles difficultés seraient particulièrement aiguës dans les affaires où il y a plusieurs accusés, car pour éviter le risque de conflits d'intérêts il faudrait alors désigner un avocat spécial pour chacun, de même que dans les procès de longue durée, où les questions de divulgation évoluent constamment.

58. La Commission formule l'avis que c'est le juge de première instance qui eût été le mieux à même de peser l'intérêt public à ne pas divulguer et la question de l'équité envers la défense, et que l'absence de pareil examen par ledit magistrat n'a pu être compensée par le contrôle effectué par la Cour d'appel. Elle note de surcroît qu'aucune juridiction ayant eu à connaître de la cause des requérants n'a eu, à aucun moment, la possibilité d'entendre des observations formulées au nom de la défense par un avocat spécialement désigné.

59. La Cour rappelle que les exigences du paragraphe 3 de l'article 6 représentent des aspects particuliers du droit à un procès équitable garanti par le paragraphe 1 (arrêt Edwards c. Royaume-Uni du 16 décembre 1992, série A n° 247-B, p. 34, § 33). Eu égard aux circonstances de l'espèce, elle juge superflu d'examiner séparément sous l'angle du paragraphe 3 b) et d) les allégations des requérants, celles-ci s'analysant en un grief selon lequel les intéressés n'ont pas bénéficié d'un procès équitable. Aussi se bornerait-elle à rechercher si, considérée dans son ensemble, la procédure a revêtu un caractère équitable (*ibidem*, pp. 34-35, § 34).

60. Tout procès pénal, y compris ses aspects procéduraux, doit revêtir un caractère contradictoire et garantir l'égalité des armes entre l'accusation et la défense : c'est là un des aspects fondamentaux du droit à un procès équitable. Le droit à un procès pénal contradictoire implique, pour l'accusation comme pour la défense, la faculté de prendre connaissance des observations ou éléments de preuve produits par l'autre partie (arrêt *Brandstetter c. Autriche* du 28 août 1991, série A n° 211, pp. 27-28, §§ 66-67). De surcroît, l'article 6 § 1 exige, comme du reste le droit anglais (paragraphe 34 ci-dessus), que les autorités de poursuite communiquent à la défense toutes les preuves pertinentes en leur possession, à charge comme à décharge (arrêt *Edwards* précité, p. 35, § 36).

61. Cela dit, les requérants l'admettent au demeurant (paragraphe 54 ci-dessus), le droit à une divulgation des preuves pertinentes n'est pas absolu. Dans une procédure pénale donnée, il peut y avoir des intérêts concurrents – tels que la sécurité nationale ou la nécessité de protéger des témoins risquant des représailles ou de garder secrètes des méthodes policières de recherche des infractions – qui doivent être mis en balance avec les droits de l'accusé (voir, par exemple, l'arrêt *Doorson c. Pays-Bas* du 26 mars 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II, p. 470, § 70). Dans certains cas, il peut être nécessaire de dissimuler certaines preuves à la défense, de façon à préserver les droits fondamentaux d'un autre individu ou à sauvegarder un intérêt public important. Toutefois, seules sont légitimes au regard de l'article 6 § 1 les mesures restreignant les droits de la défense qui sont absolument nécessaires (arrêt *Van Mechelen et autres c. Pays-Bas* du 23 avril 1997, *Recueil* 1997-III, p. 712, § 58). De surcroît, si l'on veut garantir un procès équitable à l'accusé, toutes difficultés causées à la défense par une limitation de ses droits doivent être suffisamment compensées par la procédure suivie devant les autorités judiciaires (arrêts *Doorson* précité, p. 471, § 72, et *Van Mechelen et autres* précité, p. 712, § 54).

62. Lorsque des preuves ont été dissimulées à la défense au nom de l'intérêt public, il n'appartient pas à la Cour de dire si pareille attitude était absolument nécessaire car, en principe, c'est aux juridictions internes qu'il revient d'apprécier les preuves produites devant elles (arrêt *Edwards* précité, pp. 34-35, § 34). La Cour a quant à elle pour tâche de contrôler si le processus décisionnel appliqué dans un cas donné a satisfait autant que possible aux exigences du contradictoire et de l'égalité des armes et était assorti de garanties aptes à protéger les intérêts de l'accusé.

63. Lors du procès en première instance des requérants, l'accusation décida, sans en référer au juge, de garder par-devers elle, au nom de l'intérêt public, certaines preuves pertinentes. Pareille procédure, où l'accusation s'emploie elle-même à apprécier l'importance des

informations dissimulées à la défense, pour la mettre en regard de l'intérêt public à tenir ces informations secrètes, ne saurait satisfaire aux exigences précitées de l'article 6 § 1. De fait, ce principe est reconnu par la jurisprudence anglaise depuis l'arrêt *Ward* (paragraphe 37 et suivants ci-dessus).

64. Certes, au début de l'audience d'appel le représentant de l'accusation avisa la défense que certaines informations lui avaient été cachées, sans toutefois révéler la nature de celles-ci, et à deux reprises, lors d'audiences non contradictoires où elle entendit les observations de la Couronne, la Cour d'appel se pencha sur les éléments dissimulés à la défense et se prononça pour leur non-divulgateion.

65. Toutefois, la Cour considère que cette procédure devant la Cour d'appel n'a pu remédier au manque d'équité du procès résultant de l'absence de tout contrôle par le juge de première instance des preuves non communiquées à la défense. A la différence dudit magistrat, qui vit les témoins déposer et connaissait parfaitement l'ensemble des preuves produites et des questions soulevées, les juges de la Cour d'appel étaient tributaires, pour apprécier la possible pertinence des éléments non divulgués, des comptes rendus du procès devant la *Crown Court* et des explications fournies par le représentant de l'accusation. De surcroît, le juge de première instance aurait été en mesure de contrôler la nécessité d'une divulgation tout au long du procès, évaluant ainsi l'importance des preuves dissimulées à un stade où de nouvelles questions surgissaient, où il eût été possible, en contre-interrogeant les témoins clés, d'entamer sérieusement la crédibilité de ceux-ci, et où il était toujours loisible à la défense de structurer son argumentation de diverses manières et de faire porter l'accent sur tel aspect plutôt que sur tel autre. Par contraste, la Cour d'appel fut obligée d'effectuer son appréciation *ex post facto*, et elle peut même avoir été influencée, sans en être consciente, par le verdict de culpabilité rendu par le jury et avoir ainsi sous-estimé l'importance des preuves non divulguées.

66. En conclusion, l'omission par l'accusation de produire les preuves litigieuses devant le juge de première instance, l'empêchant ainsi de statuer sur la question de la divulgation, a privé les requérants d'un procès équitable. Les faits de la présente espèce la distinguent de l'affaire *Edwards* précitée. Dans cette dernière, en effet, la procédure d'appel permit de remédier aux défauts qui avaient entaché celle de première instance car à ce stade la défense avait reçu la plupart des informations manquantes et la Cour d'appel eut la possibilité d'apprécier à la lumière d'arguments détaillés et pertinents présentés par la défense l'impact des nouveaux éléments sur la solidité de la condamnation (*op. cit.*, p. 35, §§ 36-37).

67. Il en résulte qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

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

68. 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. »

A. Dommage

69. Les requérants invitent la Cour à leur allouer en équité une indemnité pour dommage moral. Le Gouvernement soutient que le constat d'une violation vaudrait en soi satisfaction équitable.

70. La Cour estime comme le Gouvernement que le constat d'une violation représente en soi une satisfaction équitable suffisante pour tout dommage moral éventuellement subi par les intéressés.

B. Frais et dépens

71. Les requérants sollicitent le remboursement, d'une part, des frais et dépens de Liberty, soit 28 065,15 livres sterling (GBP), taxe sur la valeur ajoutée (« TVA ») comprise, et, d'autre part, des honoraires de leurs avocats, lesquels s'élèvent au total à 25 380 GBP, TVA comprise, pour les trois requêtes (la leur, celle de M. Jasper (n° 27052/95) et celle de M. Fitt (n° 29777/96); paragraphe 3 ci-dessus). Le Gouvernement soutient que, sur un certain nombre de points, les frais engagés n'étaient pas nécessaires ni raisonnables quant à leur taux.

72. Statuant en équité, la Cour alloue à MM. Rowe et Davis la somme de 25 000 GBP, plus tout montant pouvant être dû au titre de la TVA, moins les sommes déjà versées par le Conseil de l'Europe dans le cadre de l'assistance judiciaire.

C. Intérêts moratoires

73. D'après les informations dont la Cour dispose, le taux d'intérêt légal applicable en Angleterre et au pays de Galles à la date d'adoption du présent arrêt est de 7,5 % l'an.

PAR CES MOTIFS, LA COUR, À L'UNANIMITÉ,

1. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention ;
2. *Dit*
 - a) que l'Etat défendeur doit verser aux requérants, dans les trois mois, pour frais et dépens, 25 000 GBP (vingt-cinq mille livres sterling), plus

tout montant pouvant être dû au titre de la taxe sur la valeur ajoutée, moins 15 233,40 FRF (quinze mille deux cent trente-trois francs français quarante centimes), à convertir en livres sterling au taux applicable à la date de prononcé du présent arrêt ;

b) que ces sommes seront à majorer d'un intérêt simple de 7,5 % l'an, à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement ;

3. *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 16 février 2000.

Pour le Président

Elisabeth PALM
Vice-présidente

Paul MAHONEY
Greffier adjoint

ANNEXE

**AVIS DE LA COMMISSION EUROPÉENNE
DES DROITS DE L'HOMME¹**

(formulé dans le rapport de la Commission² du 20 octobre 1998)

[La Commission siégeait dans la composition suivante :

- MM. S. TRECHSEL, *président*,
J.-C. GEUS,
M.P. PELLONPÄÄ,
E. BUSUTTI,
GAUKUR JÖRUNDSSON,
A.Ş. GÖZÜBÜYÜK,
A. WEITZEL,
J.-C. SOYER,
H. DANELIUS,
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,
N. BRATZA,
I. BÉKÉS,
D. ŠVÁBY,
G. RESS,
A. PERENČ,
C. BIRSAN,
P. LORENZEN,
E. BIELŪNAS,
E.A. ALKEMA,
M. VILA AMIGÓ,
M^{me} M. HION,
MM. R. NICOLINI,
A. ARABADJIEV,
et M. M. DE SALVIA, *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. Grief déclaré recevable

53. La Commission a retenu le grief des requérants consistant à dire que, fondée sur une immunité d'intérêt public revendiquée dans le cadre d'une procédure non contradictoire, la non-divulgence de certaines preuves à la défense a porté atteinte à leur droit à un procès équitable et a méconnu à leur égard les droits de la défense.

B. Point en litige

54. Il s'agit donc en l'espèce de rechercher s'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention, combiné avec l'article 6 § 3 b) et d).

C. Quant à l'article 6 de la Convention

55. La partie pertinente en l'espèce de l'article 6 de la Convention est ainsi libellée :

«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 (...) du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. (...)

(...)

3. Tout accusé a droit notamment à :

(...)

b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;

(...)

d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ;

(...)

56. Les requérants soutiennent premièrement qu'il y avait des éléments donnant fortement à croire qu'une somme d'argent avait été versée en guise de récompense à l'un des témoins clés de l'accusation ou réclamée par ce dernier et que cette information n'a pas été communiquée à la défense. Eu égard à son caractère manifestement pertinent, cette donnée aurait dû être divulguée afin que fussent remplies les conditions d'un procès équitable. En l'absence d'une procédure équitable et d'un jugement motivé sur la question de l'immunité d'intérêt public, il serait impossible de savoir si l'intégralité des faits ont été portés à la connaissance de la Cour d'appel ou si celle-ci

a bien ou mal appliqué le droit interne en statuant sur la demande de dispense de divulgation.

57. Quant à la non-divulgation d'éléments pertinents lors du procès, les requérants soutiennent qu'il y a manifestement une apparence de violation de l'article 6 de la Convention : une procédure au travers de laquelle l'accusation décide de garder par-devers elle des éléments sans en référer au tribunal ou à un arbitre indépendant ne saurait, d'après eux, satisfaire aux exigences d'équité posées par l'article 6 de la Convention. En ce qui concerne la procédure devant la Cour d'appel, les requérants soulignent que, par contraste avec l'affaire *Edwards c. Royaume-Uni* (Cour eur. DH, arrêt du 16 décembre 1992, série A n° 247-B, pp. 34-35, § 34), les éléments non divulgués en l'espèce demeurèrent secrets jusqu'à l'issue de la procédure, et la Cour d'appel suivit une procédure inéquitable et secrète dont la défense fut exclue. De surcroît, il existe un motif indépendant de contester la procédure si l'on considère la relation qui existe entre les décisions rendues, à l'issue de procédures non contradictoires, sur les demandes de dispense de divulgation pour cause d'intérêt public et les fonctions dont la Cour d'appel s'est acquittée lors de l'examen du fond du recours. La Cour d'appel, agissant comme juge du fait, était tenue de rechercher s'il « ne plan[ait] pas un doute » sur la légitimité de la condamnation. Dès lors, le fait que, dans le cadre d'audiences non contradictoires, l'accusation ait attiré l'attention de la juridiction sur des preuves que les requérants n'avaient pas eu l'occasion de voir ou d'examiner s'analyse en une violation fondamentale du principe de l'égalité des armes.

58. Les requérants soutiennent que le caractère inéquitable de la procédure suivie en l'espèce est manifeste dès l'instant où parmi les éléments de preuve non divulgués figuraient des éléments préjudiciables à la défense. Là où un tribunal examinant les éléments de preuve est obligé d'apprécier l'ensemble des preuves en sa qualité de juge du fait, l'équité exige que l'accusé ait la possibilité de formuler des observations sur les preuves à charge. Ce principe a été reconnu dans l'arrêt *Edwards* précité, où la Cour a souligné que l'obligation de divulgation s'applique à l'ensemble des preuves pertinentes, à charge comme à décharge. En conséquence, les requérants soutiennent qu'il y a eu en l'espèce violation de l'article 6 de la Convention, indépendamment de la question de savoir si les éléments de preuve non divulgués servaient les intérêts de l'accusation ou ceux de la défense. S'il s'agissait de preuves à charge, alors, eu égard au fait que la Cour d'appel les avait examinées, la défense aurait dû se voir donner l'occasion d'y répondre. S'il s'agissait de preuves à décharge, alors la défense aurait dû avoir la possibilité de s'appuyer sur elles.

59. Le Gouvernement soutient tout d'abord que ni le principe général d'équité des procédures pénales inscrit à l'article 6 § 1 de la Convention ni

le droit spécifique à des «facilités nécessaires» consacré par l'article 6 § 3 b) de la Convention n'impliquent un droit absolu pour la défense à se voir communiquer l'ensemble des éléments de preuve pertinents. De surcroît, les organes de la Convention ont reconnu dans des affaires antérieures la légitimité d'une non-divulgaration de données confidentielles ou sensibles en matière pénale.

60. Il y aurait des catégories de données que l'intérêt public soit commande de ne pas divulguer, soit commande de ne pas divulguer en l'absence de raisons impérieuses justifiant une divulgation. L'intérêt public en question tiendrait au fait qu'une divulgation entraînerait ou du moins risquerait d'entraîner des dommages. La notion de données pertinentes engloberait des données couvrant un spectre très large. A un bout du spectre on trouverait les données non susceptibles d'aider la défense mais susceptibles plutôt d'aider l'accusation. En matière pénale, le principe de l'immunité d'intérêt public pourrait s'appliquer de façon à prévenir l'utilisation par l'accusation de telles données, quand bien même elles incrimineraient l'accusé. A l'autre bout du spectre, on trouverait les données tendant à établir l'innocence d'un accusé.

61. Le Gouvernement relève que si la divulgation de données pertinentes constitue une exigence contenue implicitement dans les termes «facilités nécessaires» figurant à l'article 6 de la Convention, ou dans la notion de procès équitable, les conséquences en sont i. que l'intérêt public à empêcher la survenance du dommage risquant de découler d'une divulgation serait entièrement dépourvu de pertinence pour l'obligation de divulgation en matière pénale, aussi évident ou grave que le risque puisse être, et ii. qu'il serait impossible, dans quelque affaire que ce soit, d'apprécier et de prendre en considération l'importance réelle des données pour une présentation équitable et adéquate de la défense. La situation serait alors tout à fait différente de celle où prévaudrait la règle selon laquelle il faudrait simplement décider si les éléments litigieux sont ou non pertinents (critère nettement moins exigeant).

62. Le Gouvernement souligne qu'il est nécessaire dans ce contexte de garder présent à l'esprit l'important intérêt public à garantir que, là où il y a suffisamment de preuves recevables justifiant qu'un individu soit poursuivi avec des chances au moins réalistes d'obtenir une condamnation, l'affaire puisse donner lieu à un procès. Cet intérêt public est directement pertinent en l'espèce car, s'il ne peut y avoir divulgation, le choix pour l'accusation est simple : soit elle n'entame pas les poursuites, soit elle les abandonne. En ce qui concerne les informateurs, i. il est probable que les autorités se montrent extrêmement réticentes à révéler l'identité d'un informateur, tant à cause du risque de compromettre l'intégrité physique de celui-ci qu'en raison de l'importance pour la découverte effective des infractions de veiller à ce que les sources d'informations ne se tarissent pas, et ii. dès lors que tout accusé a

conscience de ces préoccupations, il déploie un maximum d'efforts pour obtenir la divulgation de l'identité des informateurs afin d'échapper aux poursuites, quelque lourdes que soient les preuves qui l'accablent.

63. Le Gouvernement soutient qu'une décision de ne pas entamer ou d'abandonner les poursuites est une issue qui peut s'avérer inévitable. Si l'intérêt public à ne pas divulguer est irrésistible dans une affaire donnée mais qu'il est manifeste que les données en question sont importantes pour permettre à l'accusé de se défendre de manière équitable, les poursuites ne doivent pas être entamées ou continuées. L'équité envers l'accusé doit en pareil cas se voir accorder la priorité. L'effet d'un principe absolu fondé uniquement sur la pertinence des données en question serait toutefois d'augmenter les cas dans lesquels les poursuites ne pourraient être entamées ou devraient être abandonnées. Cette augmentation serait contrebalancée par les affaires où les données litigieuses, tout en répondant au critère peu exigeant de la pertinence, revêtiraient une importance relativement mineure pour l'accusé. Si pareilles données revêtaient une réelle importance pour une présentation équitable de la cause de la défense, leur divulgation serait au besoin ordonnée, sur la base des principes aujourd'hui appliqués par les tribunaux.

64. Le Gouvernement affirme de surcroît que les tribunaux font preuve de bon sens pour garantir que les cas de non-divulgation de données ne compromettent pas l'équité des procédures. Ainsi, les principes pertinents applicables en droit interne permettraient aux tribunaux de mettre en balance l'importance et le poids de l'intérêt public à ne pas divulguer les données en question et l'importance de ces données pour l'équité de la procédure et l'efficacité de la conduite de la défense de l'accusé. La balance pencherait toujours en faveur d'une divulgation des données pertinentes, l'importance d'une divulgation aussi complète que possible étant reconnue. Ces principes seraient suffisants pour garantir et sauvegarder l'équité des procédures.

65. Le Gouvernement rappelle que les procédures pénales doivent être évaluées dans leur ensemble, c'est-à-dire y compris leur phase d'appel, ainsi que la Cour européenne l'a souligné dans l'affaire *Edwards* précitée. En l'espèce, la Cour d'appel s'est penchée sur la question de l'immunité d'intérêt public à trois reprises. Chaque fois, elle a soigneusement examiné les questions soulevées par le procès ainsi que l'incidence qu'une non-divulgation pouvait avoir sur l'équité de la procédure, et elle décida que, tout bien pesé, il y avait manifestement lieu de trancher en faveur d'une non-divulgation. Elle entérina la conclusion à laquelle le représentant de la Couronne était parvenu à cet égard avant le procès. Lors de l'examen au fond de l'appel, l'avocat de la défense sollicita la divulgation de catégories bien précises d'éléments de preuve. Il eut donc la possibilité de formuler des observations à propos du

juste équilibre à ménager. Il ne put examiner aucun des éléments relevant des catégories désignées par lui (cela aurait préjugé l'issue de la procédure). La Cour d'appel observa le critère dont l'avocat de la défense avait soutenu qu'il devait s'appliquer à une affaire de ce genre et elle rejeta la demande. Dans son arrêt, elle se pencha sur la nature de la procédure à suivre. Celle-ci visait essentiellement à garantir que, dans toute la mesure du possible, l'accusé et ses avocats se voient donner un maximum d'informations et les plus amples possibilités de soumettre des observations au tribunal. La Cour d'appel reconnut toutefois qu'une audience devant le tribunal ou une décision de celui-ci seraient rendues vaines si la nature de la procédure préalable à la décision elle-même avait pour effet de révéler les informations en question. Elle releva que « (...) lorsqu'est revendiquée une immunité d'intérêt public en matière pénale, il est implicite que la défense ne peut se voir communiquer les informations les plus complètes sans que cela préjuge l'issue de la procédure (...) ».

66. Le Gouvernement soutient que les requérants n'ont pas été mis dans l'impossibilité, par une non-divulgateion, de présenter leur cause de manière équitable et efficace. Par l'intermédiaire de leurs avocats, ils ont pu combattre la thèse de l'accusation, notamment quant à la crédibilité des témoins principaux de celle-ci: Jobbins, Duncan, Griffin et Kate Williamson. Les questions soulevées et les critiques visant la crédibilité desdits témoins ont été exposées de façon fidèle par le juge de première instance dans le résumé détaillé et minutieux présenté par lui oralement au jury. L'ensemble des preuves ont ensuite été réexaminées par la Cour d'appel qui, sur l'invitation des requérants, a de surcroît entendu de nouveaux témoignages.

67. Le Gouvernement affirme que jamais dans les affaires traitées jusqu'ici par les organes de la Convention n'a été incriminée une procédure ayant revêtu un caractère non contradictoire au motif que c'était le seul moyen d'éviter de préjuger l'issue de la procédure. Pareil principe ne serait d'ailleurs ni inhérent à l'article 6 de la Convention ni nécessaire pour assurer l'équité des procédures pénales. De l'avis du Gouvernement, il serait en effet très étrange que cela fût le cas, car pareil principe nécessiterait une procédure qui priverait de son sens toute décision subséquente sur la question soumise au tribunal. En l'espèce, aucune requête unilatérale ne fut présentée au juge de première instance. Pareille requête fut soumise à la Cour d'appel lors de la première et de la seconde audience. Les deux fois, la Cour d'appel conclut que la catégorie dont relevaient les données litigieuses ne pouvait être divulguée sans préjuger l'issue de la procédure.

68. La Commission rappelle que les exigences du paragraphe 3 de l'article 6 de la Convention s'analysent en des aspects particuliers du droit à un procès équitable garanti par le paragraphe 1 (Cour eur. DH,

arrêt T. c. Italie du 12 octobre 1992, série A n° 245-C, p. 41, § 25). Aussi la Commission examinera-t-elle le grief des requérants à la lumière des deux dispositions combinées.

69. Pour déterminer si les droits de la défense ont été respectés comme le veut l'article 6 de la Convention, la Commission doit examiner la procédure considérée dans son ensemble, y compris la phase s'étant déroulée devant la Cour d'appel (Cour eur. DH, arrêt *Imbrioscia c. Suisse* du 24 novembre 1993, série A n° 275, pp. 13-14, § 38). De surcroît, la Commission n'a pas à substituer sa propre appréciation des faits à celle à laquelle se sont livrées les juridictions internes, et en principe il revient à ces juridictions, et spécialement au tribunal de première instance, d'apprécier les éléments recueillis par elles. La Commission se bornera à vérifier si la procédure considérée dans son ensemble, y compris le mode de présentation des moyens de preuve a été équitable (Cour eur. DH, arrêt *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne* du 6 décembre 1988, série A n° 146, p. 31, § 68, et arrêt *Vidal c. Belgique* du 22 avril 1992, série A n° 235-B, pp. 32-33, § 33).

70. La Commission rappelle néanmoins que la notion de procès équitable inclut le droit fondamental à une procédure contradictoire en matière pénale. Ce droit implique pour chacune des parties la faculté de prendre connaissance des observations ou éléments de preuve produits par l'autre partie, ainsi que de les discuter (Cour eur. DH, arrêt *Brandstetter c. Autriche* du 28 août 1991, série A n° 211, pp. 27-28, §§ 66-67). D'après la jurisprudence de la Commission relative aux droits de l'accusé, au sens de l'article 6 § 3 b) de la Convention, un accusé doit disposer, aux fins de prouver son innocence ou d'obtenir une réduction de sa peine, de l'ensemble des éléments pertinents qui ont été ou qui auraient pu être recueillis par les autorités compétentes (*Jespers c. Belgique*, requête n° 8403/78, rapport de la Commission du 14 décembre 1981, Décisions et rapports 27, pp. 71-72, §§ 55-58). Dans son arrêt *Edwards*, la Cour a considéré que l'équité des procédures requise par l'article 6 § 1 de la Convention exigeait, ce que prévoyait d'ailleurs le droit anglais, que les autorités de poursuite révèlent à la défense l'ensemble des éléments de preuve, à charge comme à décharge, et que le fait que lesdites autorités n'avaient pas appliqué ce principe dans le cas d'espèce avait vicié la procédure (arrêt précité, p. 35, § 36).

71. La Commission rappelle que, dans l'affaire *Lamy c. Belgique* (arrêt du 30 mars 1989, série A n° 151), la Cour a examiné sous l'angle de l'article 5 § 4 de la Convention une question relative à l'accès à un dossier pénal. Elle a déclaré à cette occasion qu'il existe un lien trop étroit entre l'appréciation de la nécessité de la détention et celle – ultérieure – de la culpabilité pour que l'on puisse refuser la communication de pièces dans le premier cas, tandis que la loi l'exige dans le second. D'après la Cour, la procédure de contrôle de la légalité

d'une détention doit respecter le principe de l'égalité des armes et celui du contradictoire. Lorsque l'accusation a connaissance de l'ensemble du dossier, la procédure n'offre pas à la personne détenue l'occasion de contester de manière appropriée les motifs invoqués pour justifier un maintien en détention si l'avocat de l'intéressé se voit refuser l'accès au dossier (*loc. cit.*, pp. 16-17, § 29). Compte tenu de ce qui précède, la Commission estime que les exigences liées à l'équité des procès, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention, sont plus larges que celles qui se dégagent de l'article 5 § 4.

72. La Commission observe qu'en l'espèce il y avait de nombreuses preuves tendant à accréditer la thèse de la participation des requérants aux infractions reprochées, et les intéressés ne contestent pas avoir eu une occasion adéquate et suffisante de combattre ces preuves lors du procès. Il n'en reste pas moins que, sans en référer au juge, l'accusation s'est abstenue de communiquer à la défense lors du procès des éléments pertinents au motif qu'elle les jugeait sensibles. A la suite d'une requête unilatérale de l'accusation, ces éléments furent, à un stade ultérieur, examinés par la Cour d'appel, qui confirma la nécessité de ne pas les divulguer, leur reconnaissant ainsi une immunité d'intérêt public. Les requérants et leurs avocats furent avisés de la requête unilatérale mais non de la catégorie dont relevaient les données tenues secrètes. Ils soutiennent toutefois que parmi les informations qui ne leur ont pas été communiquées certaines concernaient l'existence d'informateurs et la sollicitation de leur part d'une récompense financière, élément qui, s'il avait été porté à la connaissance du jury, aurait pu avoir une incidence sur l'appréciation par lui de la crédibilité des témoins de l'accusation.

73. La Commission note que la procédure non contradictoire en cause est le fruit des efforts déployés par l'Etat pour ménager un juste équilibre entre les intérêts de l'Etat à voir reconnaître une immunité d'intérêt public et l'intérêt de garantir à l'accusé une procédure équitable, dans la mesure où sa défense pourrait être facilitée par la divulgation de documents ou informations.

74. En l'espèce, il n'a pas été précisé quel était l'objet des procédures non contradictoires suivies devant la Cour d'appel ni, en conséquence, pour quelle(s) raison(s), parmi celles énumérées à l'article 6 v des directives (paragraphe 41 du rapport), les données sensibles pertinentes n'ont pas été divulguées.

75. Quelles que soient la ou les catégories dont elles relevaient, les données concernées étaient protégées par une immunité d'intérêt public, dont le maintien n'est pas, dans certaines circonstances, incompatible avec la Convention. Dans la mesure où la sécurité nationale pourrait être intéressée, la Commission rappelle que la Cour a déjà reconnu que l'utilisation d'informations confidentielles peut se révéler indispensable lorsque la sécurité nationale est en jeu, cela ne signifiant cependant pas

que les autorités nationales échappent à tout contrôle des tribunaux internes dès lors qu'elles affirment que l'affaire touche à la sécurité nationale et au terrorisme (Cour eur. DH, arrêt *Chahal c. Royaume-Uni* du 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V, pp. 1866-1867, § 131). Dans son récent arrêt *Tinnelly & Sons Ltd et autres et McElduff et autres c. Royaume-Uni*, relatif à des restrictions fondées sur des motifs tenant à la sécurité nationale, au droit des requérants à faire statuer par un tribunal sur leur prétention de caractère civil selon laquelle ils étaient victimes d'une discrimination illégale, la Cour a admis que la protection de la sécurité nationale constitue un but légitime qui peut autoriser des limitations au droit d'accès à un tribunal aux fins, notamment, d'assurer la confidentialité des données touchant à la sécurité. La Cour conclut que le droit garanti à tout requérant par l'article 6 § 1 de la Convention de soumettre un litige à un tribunal pour obtenir une décision sur des questions de fait comme sur des questions de droit ne saurait être évincé par décision de l'exécutif (Cour eur. DH, arrêt *Tinnelly & Sons Ltd et autres et McElduff et autres c. Royaume-Uni* du 10 juillet 1998, *Recueil* 1998-IV, pp. 1662-1663, § 77).

76. Pour ce qui est des témoins anonymes, la Cour a eu l'occasion de déclarer, dans son arrêt *Doorson c. Pays-Bas*, que l'utilisation de déclarations de témoins anonymes pour asseoir une condamnation n'est pas en toutes circonstances incompatible avec la Convention. Elle a toutefois précisé qu'en pareil cas l'article 6 § 1 combiné avec l'article 6 § 3 d) de la Convention exige que les obstacles auxquels se heurte la défense soient suffisamment contrebalancés par la procédure suivie devant les autorités judiciaires (Cour eur. DH, arrêt *Doorson c. Pays-Bas* du 26 mars 1996, *Recueil* 1996-II, pp. 470-471, §§ 69-72). Dans ses arrêts *Lüdi c. Suisse* et *Van Mechelen et autres c. Pays-Bas*, la Cour a reconnu en principe que pourvu que les droits de la défense soient respectés, il peut être légitime pour les autorités de police de souhaiter préserver l'anonymat d'un agent employé à des activités secrètes, afin non seulement d'assurer sa protection et celle de sa famille, mais aussi de ne pas compromettre la possibilité de l'utiliser dans des opérations futures (Cour eur. DH, arrêts des 15 juin 1992, série A, n° 238, p. 21, § 49, et 23 avril 1997, *Recueil* 1997-III, p. 712, § 57).

77. En l'espèce, les données pertinentes en question n'ont jamais été soumises au jury appelé à décider, sur la base de l'ensemble des preuves produites devant lui, si les requérants étaient coupables. Aussi la Commission doit-elle examiner la question de savoir si les autorités judiciaires, dans leur manière de traiter la cause des requérants, ont préservé les droits de la défense à un degré compatible avec les exigences de l'article 6 § 1 de la Convention.

78. La Commission raisonnera à partir du principe établi par la jurisprudence interne selon lequel chaque fois que l'accusation s'oppose

à la divulgation de données pertinentes en arguant d'une immunité d'intérêt public, le tribunal saisi doit mettre en balance l'intérêt public à ne pas divulguer les données litigieuses et l'importance que celles-ci revêtent pour la défense (voir «Le droit interne pertinent» et «Les développements intervenus ultérieurement dans le droit interne»).

79. En l'espèce, la Commission observe que le juge de première instance n'a pas pu examiner les éléments pertinents, ceux-ci ayant été tenus secrets par l'accusation, qui, à l'époque du procès, avait un pouvoir discrétionnaire lui permettant de se dispenser de divulguer des éléments sans en référer au juge. Seule la Cour d'appel a examiné les éléments en question et s'est livrée au nécessaire exercice de mise en balance, pour conclure que les éléments litigieux ne devaient pas être divulgués à la défense. La Commission note toutefois que la Cour d'appel avait pour seule tâche de se prononcer sur la question de savoir si, eu égard au contexte, où un poids considérable devait être attaché à l'appréciation faite par le jury de la crédibilité des témoins, il ne planait pas un doute sur la légitimité de la condamnation des requérants. Certes, la Cour d'appel put examiner les comptes rendus des audiences tenues devant le juge de première instance. La Commission considère toutefois que l'examen des éléments litigieux par la Cour d'appel n'a pu porter remède au fait que le juge de première instance n'a pu étudier les éléments en question. C'est le juge de première instance qui est le mieux à même d'effectuer le nécessaire exercice de mise en balance, c'est-à-dire d'examiner, au besoin *de visu*, les éléments de preuve et les faits révélés par eux, puis de peser de manière adéquate les intérêts opposés consistant, d'une part, à reconnaître une immunité d'intérêt public et, d'autre part, à garantir l'équité de la procédure en ordonnant la divulgation sollicitée par la défense. De surcroît, aucune juridiction ayant eu à connaître de la cause des requérants n'a eu, à aucun moment, la possibilité d'entendre, dans le cadre d'un débat contradictoire, des observations de la part d'un avocat spécialement désigné par la défense pour défendre ses intérêts dans le contexte de ladite question procédurale et non pour assumer ses intérêts d'une manière générale (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt Chahal précité, p. 1869, § 144).

80. Comme dans l'affaire *R. v. Ward*, l'accusation a agi comme juge en sa propre cause lors du procès. Le juge de première instance se trouvait dans une situation comparable à celle du juge dans l'affaire *Tinnelly & Sons Ltd et autres et McElduff et autres*, qu'une décision de l'exécutif empêchait de statuer sur le fond de la prétention dont il se trouvait saisi (paragraphe 75 ci-dessus). Le juge de première instance n'a pas eu la possibilité de contrôler la situation au fur et à mesure que le procès avançait et d'envisager la communication d'éléments non divulgués si se faisaient jour pendant le procès des questions susceptibles de faire pencher la balance d'un côté (paragraphe 32 du rapport). Or, parmi les

sept catégories de données sensibles, il en est toujours au moins trois (e), f) et g); paragraphe 41 du rapport) où l'intérêt de l'Etat à maintenir la confidentialité afin d'éviter que la police ne reçoive plus d'informations ne peut, à première vue, que très rarement, sinon jamais, l'emporter sur l'intérêt de l'accusé à avoir accès à des informations de nature à faciliter sa défense. Le fait qu'aucune indication ne fut donnée quant à la catégorie dont relevaient les éléments non divulgués a constitué un obstacle supplémentaire à la garantie d'un procès équitable. Dès lors, les obstacles auxquels s'est heurtée la défense dans la mesure où elle n'a pas eu accès à des données pertinentes n'ont pas été suffisamment contrebalancés par la procédure suivie devant les autorités judiciaires (arrêt Doorson précité, pp. 470-471, §§ 69-72).

81. Pour la Commission, la présente espèce doit être distinguée de l'affaire Edwards: dans cette dernière, la défense avait reçu, au stade de la procédure d'appel, la plupart des informations manquantes. La défense avait omis de demander à la Cour d'appel la production des documents restants dont elle connaissait l'existence, et aucun juge n'avait été saisi d'une demande de reconnaissance d'une immunité d'intérêt public dans la procédure (arrêt Edwards précité, p. 35, §§ 36, 38).

82. Dans ces conditions, la Commission estime en définitive que, considérée globalement, la procédure intentée contre les requérants ne peut passer pour avoir été équitable. En ce qui concerne le fait que la requête unilatérale a pu être examinée à huis clos et que la décision de la Cour d'appel à son sujet n'a pas été rendue en public, la Commission considère qu'il s'agit là d'une conséquence nécessaire des considérations qui précèdent et, eu égard aux exemptions prévues par l'article 6 § 1 de la Convention, il ne lui paraît pas qu'elle ait enfreint l'obligation de publicité du procès dans son ensemble. Néanmoins, ladite absence de publicité (surtout en ce qui concerne la décision de la Cour d'appel) constitue un facteur aggravant dans le contexte de l'équité du procès.

Conclusion

83. La Commission conclut, à l'unanimité, qu'il y a eu en l'espèce violation de l'article 6 § 1 de la Convention combiné avec l'article 6 § 3 b) et d).

M. DE SALVIA
Secrétaire de la Commission

S. TRECHSEL
Président de la Commission

FITT v. THE UNITED KINGDOM
(Application no. 29777/96)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 16 FEBRUARY 2000

SUMMARY¹**Non-disclosure to the defence of evidence held by the prosecution, on grounds of public interest immunity****Article 6 § 1**

Criminal proceedings – Fair hearing – Adversarial trial – Equality of arms – Disclosure of evidence – Duty of prosecution to disclose evidence – Non-disclosure to the defence of evidence held by the prosecution, on grounds of public interest immunity – Procedural safeguards – Balance between public interest and the right of the defence

*
* *

The applicant was convicted of conspiracy to rob, possession of a firearm and possession of a prohibited weapon. He was sentenced to eleven years' imprisonment. Prior to the start of the trial, the prosecution applied *ex parte* to the trial judge for an order that they should not be required to disclose certain material to the defence. The defence were told that the material related to sources of information. The contents of the material were described by the prosecution to the trial judge who, having heard submissions from the defence, refused to order disclosure. The prosecution subsequently made a further *ex parte* application for non-disclosure of a statement made by a co-accused after he had pleaded guilty. The trial judge held an *inter partes* hearing during which the prosecution described the category of information which had been the subject of the *ex parte* application. The judge, having read the entirety of the unedited statement, ordered that the defence be served with a summary, omitting any reference to sources of information. The applicant's appeal against his conviction was dismissed by the Court of Appeal, which also refused an application for disclosure of certain material.

Held

Article 6 § 1: The right to an adversarial trial meant, in a criminal case, that both the prosecution and defence had to be given the opportunity to have knowledge of and comment on the observations filed and the evidence adduced by the other party. In addition, the prosecuting authorities had to disclose to the defence all material evidence in their possession for or against the accused. However, the entitlement to disclosure of relevant evidence was not an absolute right. In any criminal proceedings there might be competing interests which had to be weighed against the rights of the accused. In some cases, it might be necessary to withhold certain evidence from the defence so as to preserve the fundamental rights of another individual or to safeguard an important public interest. However, only such measures restricting the rights of the defence as were strictly

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

necessary were permissible under Article 6 § 1. Moreover, any difficulties caused to the defence by a limitation on its rights had to be sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities. Where evidence had been withheld from the defence on public interest grounds, it was not the role of the Court to decide whether or not such non-disclosure was strictly necessary since, as a general rule, it was for the national courts to assess the evidence before them; rather, the Court had to ascertain whether the decision-making procedure in each case complied, as far as possible, with the requirements of adversarial proceedings and equality of arms and incorporated adequate safeguards to protect the interests of the accused. In the present case, the defence had been told on the first *ex parte* application that the material related to sources of information and had been able to make representations to the judge, while the second *ex parte* application was followed by an *inter partes* hearing in the course of which the defence had been able to argue the case for disclosure and to hear the prosecution's arguments and the judge's reasons for refusing to order complete disclosure. The defence had thus been kept informed and permitted to make submissions and participate in the decision-making process as far as was possible without revealing to them the material which the prosecution sought to keep secret on public interest grounds. Furthermore, the undisclosed material had formed no part of the prosecution case and had never been put to the jury. The fact that the need for disclosure had at all times been under assessment by the trial judge provided a further, important safeguard, as he had been fully versed in all the evidence and issues in the case and had been in a position to monitor the relevance to the defence of the withheld information both before and during the trial. The assessment which the trial judge had had to make fulfilled the conditions which were essential for ensuring a fair trial in instances of non-disclosure of prosecution material. The domestic trial court had thus applied standards which were in conformity with the relevant principles of a fair trial. Finally, during the appeal proceedings the Court of Appeal had also considered whether or not the evidence should have been disclosed, providing an additional level of protection for the applicant's rights. In conclusion, the decision-making procedure had complied with the requirements of adversarial proceedings and equality of arms and had incorporated adequate safeguards to protect the interests of the accused. *Conclusion*: no violation (nine votes to eight).

Case-law cited by the Court

Brandstetter v. Austria, judgment of 28 August 1991, Series A no. 211

Edwards v. the United Kingdom, judgment of 16 December 1992, Series A no. 247-B

Doorson v. the Netherlands, judgment of 26 March 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-II

Van Mechelen and Others v. the Netherlands, judgment of 23 April 1997, *Reports* 1997-III

In the case of Fitt v. the United Kingdom,

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,
 Mr L. FERRARI BRAVO,
 Mr L. CAFLISCH,
 Mr J.-P. COSTA,
 Mr W. FUHRMANN,
 Mr K. JUNGWIERT,
 Mr M. FISCHBACH,
 Mr B. ZUPANČIĆ,
 Mrs N. VAJIĆ,
 Mr J. HEDIGAN,
 Mrs W. THOMASSEN,
 Mrs M. TSATSA-NIKOLOVSKA,
 Mr T. PANTIRU,
 Mr E. LEVITS,
 Mr K. TRAJA,
 Sir John LAWS, *ad hoc judge*,

and also of Mrs M. DE BOER-BUQUICCHIO, *Deputy Registrar*,

Having deliberated in private on 20 October 1999 and 26 January 2000,

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

PROCEDURE

1. The case was referred to the Court by the European Commission of Human Rights (“the Commission”) on 12 March 1999, within the three-month period laid down by former Articles 32 § 1 and 47 of the Convention. It originated in an application (no. 29777/96) against the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland lodged with the Commission under former Article 25 by a British national, Mr Barry Fitt, on 30 November 1995.

The Commission’s request referred to former Articles 44 and 48 and to the declaration whereby the United Kingdom recognised the compulsory jurisdiction of the Court (former Article 46). The object of the request was

1-2. *Note by the Registry.* Protocol No. 11 and the Rules of Court came into force on 1 November 1998.

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 of the Convention.

2. In accordance with the provisions of Article 5 § 4 of Protocol No. 11 taken together with Rules 100 § 1 and 24 § 6 of the Rules of Court, a panel of the Grand Chamber decided on 31 March 1999 that the case would be examined by the Grand Chamber of the Court. The Grand Chamber included *ex officio* Sir Nicolas Bratza, the judge elected in respect of the United Kingdom (Article 27 § 2 of the Convention and Rule 24 § 4), 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 L. Ferrari Bravo, Mr L. Caflisch, Mr W. Fuhrmann, Mr K. Jungwiert, Mr B. Zupančič, Mrs N. Vajić, Mr J. Hedigan, Mrs W. Thomassen, Mrs M. Tsatsa-Nikolovska, Mr T. Panțiru, Mr E. Levits and Mr K. Traja (Rule 24 § 3).

Subsequently Sir Nicolas Bratza, who had taken part in the Commission's examination of the case, withdrew from sitting in the Grand Chamber (Rule 28). The United Kingdom Government ("the Government") accordingly appointed Sir John Laws to sit as an *ad hoc* judge (Article 27 § 2 of the Convention and Rule 29 § 1).

3. In accordance with the decision of the Grand Chamber, a hearing in this case and in the cases of *Jasper v. the United Kingdom* (application no. 27052/95) and *Rowe and Davis v. the United Kingdom* (application no. 28901/95) took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 20 October 1999.

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr M. EATON, Deputy Legal Adviser, Foreign and Commonwealth Office,	<i>Agent,</i>
Mr R. CRANSTON, Solicitor-General,	
Mr J. EADIE, Barrister-at-Law,	<i>Counsel,</i>
Mr R. HEATON, Home Office,	
Ms G. HARRISON, Home Office,	
Mr C. BURKE, Customs and Excise,	
Ms F. RUSSELL, Crown Prosecution Service,	
Mr A. CHAPMAN, Law Officer's Department,	<i>Advisers;</i>

(b) *for the applicant*

Mr B. EMMERSON, Barrister-at-Law,	<i>Counsel,</i>
Ms M. CUNNEEN, Solicitor (Liberty),	
Ms P. KAUFMAN, Barrister-at-Law,	
Mr S. YOUNG, Solicitor,	
Mr A.B.R. MASTERS, Barrister-at-Law,	<i>Advisers.</i>

The Court heard addresses by Mr Emmerson and Mr Cranston and also their replies to questions put by several of its members.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

A. The alleged offence

4. At the time of the introduction of the application, the applicant was serving a prison sentence. The background to his conviction is as follows.

According to the Crown's case the applicant, together with C., S. and another, planned to carry out an armed robbery of a Royal Mail van as it was due to leave the Sorting Office at Sandgate Close in Romford. C. and S. had worked for the Post Office and were familiar with the procedures necessary to send packages of great value through the post. Using up-to-date technology the conspirators posted a letter containing a tracking device. The letter was to appear, in due course, amongst other packages of a similar kind, in a mail van the conspirators proposed to rob. Unknown to them, the police were fully informed as to the robbery that had been planned.

5. On 26 August 1993, the date of the robbery, the police were keeping the area and conspirators under observation.

At 8.40 p.m. an Orion (driven by C.) parked in Crow Lane, with its lights on, near the Post Office depot. S.'s Sierra arrived in Crow Lane. The applicant emerged from S.'s Sierra, dressed entirely in black. He made his way into the cemetery carrying a jacket over his arm. C. in the Orion then followed the Sierra, only to return to Sandgate Close, where he parked the Orion with the headlights on.

At 8.46 p.m. the applicant was seen lying down by the railings, inside the cemetery, at a spot directly opposite Sandgate Close where there was a gap in the railings. At 8.49 p.m. he was disturbed by a passing resident, who stopped and spoke to him. He was also spotted by a Post Office employee. The police officers observed the incident.

At about 8.50 p.m. the applicant ran further back into the cemetery constantly stopping to face the depot and gesticulating in a manner consistent with his trying to attract the attention of C. in the Orion which was parked opposite. Having disappeared between the bushes for about a minute, he re-appeared, now without his jacket, and ran further into the cemetery where he was arrested by armed officers.

6. C. was arrested in a motorcar near the mail van. In the car there was a walkie-talkie, a balaclava and some gloves.

7. Behind a bush where the applicant had been observed crouching at one stage was found a light-coloured jacket with fibres on it matching those from the applicant's jumper. In the pocket of the jacket were a pair of handcuffs, a sock containing four shotgun cartridges, and a canister of CS gas. Partially buried near the jacket was a balaclava helmet. A short time later a police officer discovered a pair of gloves and a sawn-off shotgun buried nearby. All the items were shown to the applicant whilst still at the scene. He denied all knowledge of them.

8. S. was stopped after a high-speed car chase. In his car there was another walkie-talkie, through which connection could be made with that found in C.'s car. Yet another car was found abandoned nearby. It was the Crown's case that that car had been driven by a fourth conspirator. In it was found a device capable of monitoring a police radio.

B. The trial

9. The trial against the applicant, S. and C. commenced on 18 April 1994 at the Central Criminal Court, London. The following day, C. pleaded guilty and the jury were discharged. On 20 April 1994 the trial of S. and the applicant began before a new jury. On 16 May 1994 the applicant was convicted of conspiracy to rob, possession of a firearm and possession of a prohibited weapon, and he was sentenced to eleven years' imprisonment.

1. The disclosure procedure

10. Prior to the start of the trial, on 23 March 1994, the prosecution applied *ex parte* to the trial judge for an order that they should not be required to disclose certain material to the defence. The defence were told that the material related to sources of information. The contents of the material in question were described to the trial judge by prosecuting counsel. Having later heard submissions from the defence that if any of this information touched upon the applicant's defence that he had been set up by D.W. (see paragraph 13 below), it ought to be disclosed, on 23 March 1994 the trial judge refused to order disclosure. He stated, *inter alia*:

“... I ... adopted the principle that if something did or might help further the defence then I would order disclosure. I have not ordered disclosure. I have not found it necessary or right to adjourn proceedings, *ex parte*, in order for them to be *inter partes*...”

11. On 25 April 1994, having informed the defence, the Crown made a further *ex parte* application to the trial judge. Immediately thereafter, the judge held an *inter partes* hearing on the question whether a witness

statement taken from C. after his guilty plea should be disclosed to the defence. During the hearing prosecution counsel described the category of information which had been the subject of the *ex parte* application:

“... the application was two-fold. One part of the ... application ... concerned a renewal of the original *ex parte* application, namely concerning the source of the information. The second limb upon which approval was sought is such that even to deal with the area upon which it was argued that it ought not to be disclosed would, in fact, reveal what the area was and that particular concern was expressly covered in the case of *Davis, Johnson and Rowe* [see paragraphs 23-24 below] which was [held] to be one of the exceptions where one does not even state the category in case it result in revealing that which ... ought to be protected.”

12. The judge read the entirety of the unedited witness statement and ruled:

“What has happened here is the defendant, [C.], pleaded guilty. The matter was adjourned so that the prosecution could take a statement from him. It is now known that he has made a statement, but he is not to be called as a witness. ... [T]he prosecution has asked me to examine matters *ex parte* and I am satisfied that that was a correct application, that it was right that I should hear matters *ex parte*. As I indicated, had I changed my view during the hearing, I would have adjourned and heard the matter *inter partes*.”

It is plain to everyone, including each defendant that the statement of [C.] must, first of all, have dealt with preparation of the conspiracy to which he has pleaded guilty and the events of the day upon which he was arrested. The reason the prosecution say they should not serve that part of [C.]’s statement is sources of information in the headline and my decision has been that the prosecution’s attitude is correct. ...”

In accordance with the judge’s ruling, the defence were served with a summary of C.’s statement, omitting any reference to sources of information.

2. *The applicant’s defence*

13. The applicant gave evidence at trial. It was his case that he had agreed with C., who was his brother-in-law, to bury some items which he understood had been used in connection with a theft of motor vehicles. These items had come from a man called D.W., from whom C. was buying a car. The items had been handed to the applicant by D.W. in two bundles, wrapped in a brown coat, on the evening of 26 August 1993. The applicant said that C. had asked him to bury the bundles at a particular spot in the cemetery. This he had proceeded to do on that evening. After he had buried the items, he put the knife he used for digging the holes and the brown coat into a bag, which he then threw away. He denied all knowledge of the proposed robbery, of the light-coloured jacket, handcuffs, CS canister, shotgun and cartridges.

The applicant alleged that he had been falsely implicated in the conspiracy by a participating informer, although he could only speculate as to the identity of the informer and as to that person's motives. He claimed that C. had been having a relationship with D.W.'s girlfriend, and that D.W. had sought, for purposes of revenge, to make it appear that C. was involved in an armed robbery.

3. *The judge's summing-up*

14. On 13 May 1994 the trial judge, in his summing-up to the jury, said:

"That there was information from at least one person in this case is accepted and must be the situation, must it not, otherwise why would the police be going to all this trouble watching? Every rule has its exceptions and the law provides if a defendant in his trial is hindered in putting forward his defence by not knowing, first of all, whether or not there was an informer or, if he knows that, not knowing the identity of an informer, an application can be made to the judge and the judge has to be told the identity of the informer, or informers and he may order the prosecution to reveal that if a defendant is prejudiced in his defence. ...

Well, it will be plain to you that in a case like this where there has been at least one informer, the role of the informer has got to be examined with care and circumspection by you the jury in this trial. If the rules are observed not only by the police but also by the informer, or informers, the informer should not be told not [sic] to initiate crime or to promote it but, if crime is going on, he may be invited to string along with the plan and have a foot in both camps.

Of course an informer may overstep the mark, for example, and what is suggested here is that [D.W.] organised really a façade of conspiracy to rob possibly in order to take revenge on [C.] who was messing about with his girl, or for whatever reason (perhaps a reward it is suggested) and you must consider it: has [D.W.] so organised matters that [C.] would be arrested in incriminating circumstances and has [the applicant] been drawn into that web, [S.] possibly also being drawn into that web?"

C. **The appeal proceedings**

15. The applicant appealed to the Court of Appeal. Subsequent to his conviction he had discovered that C. had provided false information for reward on a number of occasions in the past. Therefore, in the course of the appeal proceedings, the applicant applied to the Court of Appeal for disclosure of some eighty-eight statements previously made by C. relating to alleged confessions to crime made by other prisoners or information about crimes allegedly witnessed or overheard by C. while he was at liberty. This application was refused by the Court of Appeal, which was "not persuaded that there [was] any proper basis for ordering such disclosure".

16. The applicant relied on two grounds of appeal against conviction. The first ground concerned the rulings by the trial judge and the second related to the witness statement made by C. to the prosecution. It was submitted in particular that:

“... In his sentencing remarks the judge specifically referred to the existence of a ‘participating informant’ who was instrumental in both the appellant and [C.] being arrested; this was the first that the defence had heard of the existence of such an informant.

In the submission of the appellant, the interests of justice required that the undisclosed material which had been specifically withheld from the defence, and apparently relating to a participating informant, should have been made available to the defence. The defence was materially disadvantaged in presenting its case to the jury by its inability to establish even the existence, let alone the role, of this informant. Without this evidence the defence case of ‘set-up’ rested upon a mere assertion which may well have been regarded by the jury as quite incredible and absurd. ...

... In the submissions of the defence, the actual text of the witness [C.]’s statement, or such part or parts of it as were not covered by recognised public interest immunity or protection, ought to have been disclosed to them. If this was not practicable then a further statement should have been obtained which omitted the objectionable material. The course in fact adopted of giving a ‘summary’ was a naked device to prevent the proper disclosure of admittedly relevant material, and was specifically designed to thereby advantage the Crown and to disadvantage the defence.”

17. On 6 June 1995 the Court of Appeal upheld the applicant’s conviction, observing:

“... During the course of the proceedings the prosecution successfully applied *ex parte* to the judge for an order that they not be required to disclose certain material to the defence, save to the extent that the defence were told that the material related to sources of information. Having later heard submissions from the defence that if any of the material in question touched upon the applicant’s defence that he had been set up by [D.W.], it ought to be disclosed, on 23 March 1994 the judge refused to order any disclosure of the materials.

These rulings by the judge are the subject of the first ground of appeal ... It is said that the interests of justice required that the undisclosed material should have been disclosed to the defence. We can see no reason to disagree with the judge’s ruling. He made it clear that if any of the material ‘did or might help the defence’ he would order disclosure. He obviously considered the matter carefully before giving his ruling. There is no substance in this ground of appeal.

The second ground of appeal relates to a witness statement made by [C.] as a witness for the Crown. On 25 April 1994 the Crown applied *ex parte* to the judge to approve the non-disclosure of [C.]’s witness statement and to approve the alternative course proposed by the Crown, which was to provide a summary of the witness statement. The judge granted the application and approved the proposed course. Again, we see no reason to disagree with the judge’s decision in this matter. ...

Accordingly, this renewed application for leave to appeal against conviction is refused.”

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

A. The prosecution's duty of disclosure

18. At common law, the prosecution has a duty to disclose any earlier written or oral statement of a prosecution witness which is inconsistent with evidence given by that witness at the trial. The duty also extends to statements of any witnesses potentially favourable to the defence.

B. Limitations to the duty of disclosure on grounds of public interest

1. *The Attorney-General's Guidelines (1981)*

19. In December 1981 the Attorney-General issued Guidelines, which did not have the force of law, concerning exceptions to the common-law duty to disclose to the defence certain evidence of potential assistance to it ([1982] 74 Criminal Appeal Reports 302: "the Guidelines"). The Guidelines attempted to codify the rules of disclosure and to define the prosecution's power to withhold "unused material". Under paragraph 1, "unused material" was defined as:

"(i) All witness statements and documents which are not included in the committal bundle served on the defence; (ii) the statements of any witnesses who are to be called to give evidence at the committal and (if not in the bundle) any documents referred to therein; (iii) the unedited version(s) of any edited statements or composite statement included in the committal bundles."

Under paragraph 2, any item falling within this definition was to be made available to the defence if "... it ha[d] some bearing on the offence(s) charged and the surrounding circumstances of the case".

20. According to the Guidelines, the duty to disclose was subject to a discretionary power for prosecuting counsel to withhold relevant evidence if it fell within one of the categories set out in paragraph 6. One of these categories (6(iv)) was "sensitive" material which, because of its sensitivity, it would not be in the public interest to disclose. "Sensitive material" was defined as follows:

"... (a) it deals with matters of national security; or it is by, or discloses the identity of, a member of the Security Services who would be of no further use to those services once his identity became known; (b) it is by, or discloses the identity of an informant and there are reasons for fearing that the disclosure of his identity would put him or his family in danger; (c) it is by, or discloses the identity of a witness who might be in danger of assault or intimidation if his identity became known; (d) it contains details which, if they became known, might facilitate the commission of other offences or alert someone not in custody that he is a suspect; or it discloses some unusual form of surveillance or method of detecting crime; (e) it is supplied only on condition that the contents will not be disclosed, at least until a subpoena has been served upon the supplier – e.g. a bank official; (f) it

relates to other offences by, or serious allegations against, someone who is not an accused, or discloses previous convictions or other matters prejudicial to him; (g) it contains details of private delicacy to the maker and/or might create risk of domestic strife.”

According to paragraph 8, “in deciding whether or not statements containing sensitive material should be disclosed, a balance should be struck between the degree of sensitivity and the extent to which the information might assist the defence”. The decision as to whether or not the balance in a particular case required disclosure of sensitive material was one for the prosecution, although any doubt should be resolved in favour of disclosure. If either before or during the trial it became apparent that a duty to disclose had arisen, but that disclosure would not be in the public interest because of the sensitivity of the material, the prosecution would have to be abandoned.

2. *R. v. Ward (1992)*

21. Since 1992 the Guidelines have been superseded by the common law, notably by a number of decisions of the Court of Appeal.

In *R. v. Ward* ([1993] 1 Weekly Law Reports 619) the Court of Appeal dealt with the duties of the prosecution to disclose evidence to the defence and the proper procedure to be followed when the prosecution claimed public interest immunity. It stressed that the court and not the prosecution was to be the judge of where the proper balance lay in a particular case, because:

“... [When] the prosecution acted as judge in their own cause on the issue of public interest immunity in this case they committed a significant number of errors which affected the fairness of the proceedings. Policy considerations therefore powerfully reinforce the view that it would be wrong to allow the prosecution to withhold material documents without giving any notice of that fact to the defence. If, in a wholly exceptional case, the prosecution are not prepared to have the issue of public interest immunity determined by a court, the result must inevitably be that the prosecution will have to be abandoned.”

The Court of Appeal described the balancing exercise to be performed by the judge as follows:

“... a judge is balancing on the one hand the desirability of preserving the public interest in the absence of disclosure against, on the other hand, the interests of justice. Where the interests of justice arise in a criminal case touching and concerning liberty or conceivably on occasion life, the weight to be attached to the interests of justice is plainly very great indeed.”

3. *R. v. Trevor Douglas K. (1993)*

22. In *R. v. Trevor Douglas K.* ([1993] 97 Criminal Appeal Reports 342), the Court of Appeal emphasised that, in performing the balancing exercise referred to in *R. v. Ward*, the court must view the material itself:

“In our judgment the exclusion of the evidence without an opportunity of testing its relevance and importance amounted to a material irregularity. When public interest immunity is claimed for a document, it is for the court to rule whether the claim should be upheld or not. To do that involves a balancing exercise. The exercise can only be performed by the judge himself examining or viewing the evidence, so as to have the facts of what it contains in mind. Only then can he be in a position to balance the competing interests of public interest immunity and fairness to the party claiming disclosure.”

This judgment also clarified that, where an accused appeals to the Court of Appeal on the ground that material has been wrongly withheld, the Court of Appeal will itself view the material *ex parte*.

4. R. v. Davis, Johnson and Rowe (1993)

23. In *R. v. Davis, Johnson and Rowe* ([1993] 1 Weekly Law Reports 613), the Court of Appeal held that it was not necessary in every case for the prosecution to give notice to the defence when it wished to claim public interest immunity, and outlined three different procedures to be adopted.

The first procedure, which had generally to be followed, was for the prosecution to give notice to the defence that they were applying for a ruling by the court and indicate to the defence at least the category of the material which they held. The defence then had the opportunity to make representations to the court.

Secondly, however, where the disclosure of the category of the material in question would in effect reveal that which the prosecution contended should not be revealed, the prosecution should still notify the defence that an application to the court was to be made, but the category of the material need not be disclosed and the application should be *ex parte*.

The third procedure would apply in an exceptional case where to reveal even the fact that an *ex parte* application was to be made would in effect be to reveal the nature of the evidence in question. In such cases the prosecution should apply to the court *ex parte* without notice to the defence.

24. The Court of Appeal observed that although *ex parte* applications limited the rights of the defence, in some cases the only alternative would be to require the prosecution to choose between following an *inter partes* procedure or declining to prosecute, and in rare but serious cases the abandonment of a prosecution in order to protect sensitive evidence would be contrary to the public interest. It referred to the important role performed by the trial judge in monitoring the views of the prosecution as to the proper balance to be struck and remarked that even in cases in which the sensitivity of the information required an *ex parte* hearing, the defence had “as much protection as can be given without pre-empting the issue”. Finally, it emphasised that it was for the trial judge to continue to monitor the position as the trial progressed. Issues might emerge during

the trial which affected the balance and required disclosure “in the interests of securing fairness to the defendant”. For this reason it was important for the same judge who heard any disclosure application also to conduct the trial.

5. *R. v. Keane (1994)*

25. In *R. v. Keane* ([1994] 1 Weekly Law Reports 747) the Court of Appeal emphasised that, since the *ex parte* procedure outlined in *R. v. Davis, Johnson and Rowe* was “contrary to the general principle of open justice in criminal trials”, it should be used only in exceptional cases. It would be an abdication of the prosecution’s duty if, out of an abundance of caution, it were simply “to dump all its unused material in the court’s lap and leave it to the judge to sort through it regardless of its materiality to the issues present or potential”. Thus, the prosecution should put before the court only those documents which it regarded as material but wished to withhold. “Material” evidence was that which could, on a sensible appraisal by the prosecution, be seen (i) to be relevant or possibly relevant to an issue in the case; (ii) to raise or possibly raise a new issue the existence of which was not apparent from the evidence the prosecution proposed to use; or (iii) to hold out a real (as opposed to fanciful) prospect of providing a lead of evidence going to (i) or (ii). Exceptionally, in case of doubt about the materiality of the documents or evidence, the court might be asked to rule on the issue. In order to assist the prosecution in deciding whether evidence in its possession was “material”, and the judge in performing the balancing exercise, it was open to the defence to indicate any defence or issue which they proposed to raise.

6. *R. v. Rasheed (1994)*

26. In *R. v. Rasheed* (*The Times*, 20 May 1994), the Court of Appeal held that a failure by the prosecution to disclose the fact that a prosecution witness whose evidence was challenged had applied for or received a reward for giving information was a material irregularity which justified overturning a conviction.

7. *R. v. Winston Brown (1994)*

27. In *R. v. Winston Brown* ([1995] 1 Criminal Appeal Reports 191), the Court of Appeal reviewed the operation of the Guidelines. It stated:

“The Attorney-General’s objective was no doubt to improve the existing practice of disclosure by the Crown. That was a laudable objective. But the Attorney-General was not trying to make law and it was certainly beyond his power to do so ... The Guidelines

are merely a set of instructions to Crown Prosecution Service lawyers and prosecuting counsel ... Judged simply as a set of instructions to prosecutors, the Guidelines would be unobjectionable if they exactly matched the contours of the common law duty of disclosure ... But if the Guidelines, judged by the standards of today, reduce the common-law duties of the Crown and thus abridge the common-law rights of a defendant, they must be *pro tanto* unlawful...

[T]oday, the Guidelines do not conform to the requirements of the law of disclosure in a number of critically important respects. First, the judgment in *Ward* established that it is for the court, not prosecuting counsel, to decide on disputed questions as to discloseable materials, and on any asserted legal ground to withhold production of relevant material ... For present purposes the point of supreme importance is that there is no hint in the Guidelines of the primacy of the court in deciding on issues of disclosure ... Secondly, the guidelines are not an exhaustive statement of the Crown's common law duty of disclosure: *R. v. Ward* at 25 and 681D. To that extent too the Guidelines are out of date. Thirdly, the Guidelines were drafted before major developments in the field of public interest immunity. [I]n paragraph 6 the Guidelines are cast in the form of a prosecutor's discretion ... Much of what is listed as 'sensitive material' is no doubt covered by public interest immunity. But not everything so listed is covered by public interest immunity..."

8. *R. v. Turner (1994)*

28. In the case of *R. v. Turner* ([1995] 1 Weekly Law Reports 264), the Court of Appeal returned to the balancing exercise, stating, *inter alia*:

"Since *R. v. Ward* ... there has been an increasing tendency for defendants to seek disclosure of informants' names and roles, alleging that those details are essential to the defence. Defences that the accused has been set up, and allegations of duress, which used at one time to be rare, have multiplied. We wish to alert judges to the need to scrutinise applications for disclosure of details about informants with very great care. They will need to be astute to see that assertions of a need to know such details, because they are essential to the running of the defence, are justified. If they are not so justified, then the judge will need to adopt a robust approach in declining to order disclosure. Clearly, there is a distinction between cases in which the circumstances raise no reasonable possibility that information about the informant will bear upon the issues and cases where it will. Again, there will be cases where the informant is an informant and no more; other cases where he may have participated in the events constituting, surrounding, or following the crime. Even when the informant has participated, the judge will need to consider whether his role so impinges on an issue of interest to the defence, present or potential, as to make disclosure necessary..."

It is sufficient for us to say that in this case we are satisfied that the information concerning the informant showed a participation in the events concerning this crime which, coupled with the way in which the defence was raised from the very first moment by the defendant when he said that he was being set up, gave rise to the need for the defence to be aware of the identity of the informant and his role in this matter. We, therefore, conclude that if one applies the principle which has been quoted from *R. v. Keane* ... to the facts of the present case, there could only be one answer to the question as to whether the details concerning this informer were so important to the issues of interest to the defence, present and potential, that the balance which the judge had to strike came down firmly in favour of disclosure."

9. *The Criminal Procedure and Investigations Act 1996*

29. Subsequent to the applicant's trial, a new statutory scheme covering disclosure by the prosecution has come into force in England and Wales. Under the 1996 Act, the prosecution must make "primary disclosure" of all previously undisclosed evidence which, in the prosecutor's view, might undermine the case for the prosecution. The defendant must then give a defence statement to the prosecution and the court, setting out in general terms the nature of the defence and the matters on which the defence takes issue with the prosecution. The prosecution must then make a "secondary disclosure" of all previously undisclosed material "which might reasonably be expected to assist the accused's defence as disclosed by the defence statement". Disclosure by the prosecution may be subject to challenge by the accused and review by the trial court.

C. "Special counsel"

30. Following the judgments of the European Court of Human Rights in *Chahal v. the United Kingdom* (15 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V) and *Tinnelly & Sons Ltd and Others and McElduff and Others v. the United Kingdom* (10 July 1998, *Reports* 1998-IV) the United Kingdom has introduced legislation making provision for the appointment of a "special counsel" in certain cases involving national security. The provisions are contained in the Special Immigration Appeals Commission Act 1997 ("the 1997 Act") and the Northern Ireland Act 1998 ("the 1998 Act"). Under this legislation, where it is necessary on national security grounds for the relevant tribunal to sit in camera, in the absence of the affected individual and his or her legal representatives, the Attorney-General may appoint a special counsel to represent the interests of the individual in the proceedings. The legislation provides that the special counsel is not however "responsible to the person whose interest he is appointed to represent", thus ensuring that the special counsel is both entitled and obliged to keep confidential any information which cannot be disclosed.

31. For example, in the immigration context, the relevant Rules under the 1997 Act are contained in the Special Immigration Appeals Act Commission (Procedure) Rules 1998 (Statutory Instrument no. 1998/1881). Rule 3 provides that in exercising its functions, the Commission shall secure that information is not disclosed contrary to the interests of national security, the international relations of the United Kingdom, the detection and prevention of crime, or in any other circumstances where disclosure is likely to harm the public interest. Rule 7 relates to the

special advocate established by section 6 of the 1997 Act. It provides, *inter alia*:

“7. ...

(4) The function of the special advocate is to represent the interest of the appellant by -

(a) making submissions to the Commission in any proceedings from which the appellant or his representative are excluded;

(b) cross-examining witnesses at any such proceedings; and

(c) making written submissions to the Commission.

(5) Except in accordance with paragraphs (6) to (9) the special advocate may not communicate directly or indirectly with the appellant or his representative on any matter connected with proceedings before the Commission.

(6) The special advocate may communicate with the appellant and his representative at any time before the Secretary of State makes the material available to him.

(7) At any time after the Secretary of State has made the material available under Rule 10(3), the special advocate may seek directions from the Commission authorising him to seek information in connection with the proceedings from the appellant or his representative.

(8) The Commission shall notify the Secretary of State of a request for direction under paragraph (7) and the Secretary of State must, within a period specified by the Commission, give the Commission notice of any objection which he has to the request for information being made or to the form in which it is proposed to be made.

(9) Where the Secretary of State makes an objection under paragraph (8) Rule 11 shall apply as appropriate.”

Rules 10 and 11, to which Rule 7 refers, provide:

“10. (1) If the Secretary of State intends to oppose the appeal, he must, no later than 42 days after receiving a copy of the notice of appeal -

(a) provide the Commission with a summary of the facts relating to the decision being appealed and the reasons for the decision;

(b) inform the Commission of the grounds on which he opposes the appeal; and

(c) provide the Commission with a statement of the evidence which he relies upon in support of those grounds.

(2) Where the Secretary of State objects to material referred to in paragraph (1) being disclosed to the appellant or his representative, he must also -

(a) state the reasons for the objection; and

(b) if and to the extent it is possible to do so without disclosing information contrary to the public interest, provide a statement of that material in a form that can be shown to the appellant.

(3) Where he makes an objection under paragraph (2), the Secretary of State must make available to the special advocate, as soon as it is practicable to do so, the material which he has provided to the Commission under paragraphs (1) and (2).

11. (1) Proceedings under this Rule shall take place in the absence of the appellant and his representative.

(2) The Commission shall decide whether to uphold the Secretary of State's objection.

(3) Before doing so it shall invite the special advocate to make written representations.

(4) After considering representations made under paragraph (3) the Commission may -

(a) invite the special advocate to make oral representations; or

(b) uphold the Secretary of State's objections without requiring further representations from the special advocate.

(5) Where the Commission is minded to overrule the Secretary of State's objection, or to require him to provide material in different form from that in which he has provided it under Rule 10(2)(b), the Commission must invite the Secretary of State and the special advocate to make oral representations.

(6) Where -

(a) the Commission overrules the Secretary of State's objection or requires him to provide material in different form from that in which he has provided it under Rule 10(2)(b), and

(b) the Secretary of State wishes to oppose the appeal,

he shall not be required to disclose any material which was the subject of the unsuccessful objection if he chooses not to rely upon it in opposing the appeal."

32. In the context of fair employment proceedings in Northern Ireland, the scheme under sections 90 to 92 of the 1998 Act and the relevant Rules is identical to the mechanism adopted under the 1997 Act (above).

33. In addition, the government has recently placed before Parliament two bills which make provision for the appointment of "special counsel" (operating under the same conditions) in other circumstances. The Electronic Communications Bill 1999 provides for the appointment of a "special representative" in proceedings before an Electronic Communications Tribunal to be established for the purpose of examining complaints relating to the interception and interpretation of electronic communications. In the context of criminal proceedings, the Youth Justice and Criminal Evidence Bill 1999 makes provision for the appointment by the court of a special counsel in any case in which a trial judge prohibits an unrepresented defendant from cross-examining in person the complainant in a sexual offence.

PROCEEDINGS BEFORE THE COMMISSION

34. Mr Fitt applied to the Commission on 30 November 1995. He alleged that his trial at first instance and the proceedings before the Court of Appeal breached his rights under Article 6 §§ 1, 2 and 3 (b) and (d) of the Convention.

35. The Commission declared the application (no. 29777/96) admissible on 15 September 1997. In its report of 20 October 1998 (former Article 31 of the Convention), it expressed the opinion, by eighteen votes to twelve, that there had been no violation of Article 6 § 1 taken in conjunction with Article 6 § 3 (b) and (d), and unanimously that there had been no violation of Article 6 § 2. The full text of the Commission's opinion and of the dissenting opinion contained in the report is reproduced as an annex to this judgment.

FINAL SUBMISSIONS TO THE COURT

36. In his memorial and at the hearing, the applicant asked the Court to find that the proceedings before the Crown Court and Court of Appeal, taken together, violated Article 6 § 1 of the Convention taken in conjunction with Article 6 § 3 (b) and (d), and to award him just satisfaction under Article 41. He did not pursue the complaint under Article 6 § 2 which he had raised before the Commission.

The Government asked the Court to find that there had been no violation of the Convention in the applicant's case.

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 §§ 1 AND 3 (b) AND (d) OF THE CONVENTION

37. The applicant alleged that the proceedings before the Crown Court and the Court of Appeal, taken together, violated his rights under Article 6 §§ 1 and 3 (b) and (d) of the Convention, which state as relevant:

"1. In the determination 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. ...

...

3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

...

(b) to have adequate time and facilities for the preparation of his defence;

...

(d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;

...”

38. The applicant submitted that any failure to disclose relevant evidence undermined the right to a fair trial, although he agreed with the Government and the Commission that the right to full disclosure was not absolute and could, in pursuit of a legitimate aim such as the protection of national security or of vulnerable witnesses or sources of information, be subject to limitations. Any such restriction on the rights of the defence should, however, be strictly proportionate and counterbalanced by procedural safeguards adequate to compensate for the handicap imposed on the defence. Whilst accepting that in certain circumstances it might be necessary in the public interest to exclude the accused and his representatives from the disclosure procedure, he contended that the *ex parte* hearings before the judge (see paragraphs 10-12 above) violated Article 6 because they afforded no safeguards against judicial bias or error and no opportunity to put arguments on behalf of the accused.

39. The applicant contended that it was necessary for the purposes of Article 6 to counterbalance the exclusion of the defence from the procedure by the introduction of an adversarial element, such as the appointment of an independent counsel who could advance argument on behalf of the defence as to the relevance of the undisclosed evidence, test the strength of the prosecution claim to public interest immunity and act as an independent safeguard against the risk of judicial error or bias. He pointed to four examples of cases where a “special counsel” procedure had been introduced in the United Kingdom (see paragraphs 30-33 above). These examples, he submitted, demonstrated that an alternative mechanism was available which would ensure that the rights of the defence were respected as far as possible in the course of a hearing to determine whether evidence should be withheld on public interest grounds, whilst safeguarding legitimate concerns about, for example, national security or the protection of witnesses and sources of information, and he reasoned that the onus was on the Government to show why it would not be possible to introduce such a procedure.

40. The Government accepted that in cases where relevant or potentially relevant material was not disclosed to the defence on grounds of public interest, it was important to ensure the existence of sufficient safeguards to protect the rights of the accused. In their submission, English law in principle, and in practice in the applicant’s case, provided the required level of protection. The procedure set out by the Court of Appeal in *R. v. Davis, Johnson and Rowe* (see paragraphs 23-24 above),

which was followed at the applicant's trial, ensured that, as far as possible, the accused and his lawyers were given the maximum amount of information and the maximum opportunity to make submissions to the court, without jeopardising the confidentiality of evidence which it was necessary to withhold in the public interest.

41. The Government submitted that the independent-counsel scheme proposed by the applicant was not necessary to ensure compliance with Article 6. They claimed that the position contrasted with that in immigration proceedings where the Secretary of State wished to deport an individual on grounds of national security prior to the introduction of the special-counsel system (see the Chahal judgment cited in paragraph 30 above): in the present case the national judge was able fully to review and determine all issues relating to disclosure of evidence. Moreover, the proposed scheme would give rise to significant difficulties in practice, for example, with regard to the duties which would be owed by the special counsel to the accused, the amount of information he or she would be at liberty to pass on to the accused and the defence lawyers and the quality of instructions he or she could expect to receive from the defence. Such difficulties would be particularly acute in cases involving more than one co-accused, where it would be necessary to appoint a special counsel in respect of each defendant to avoid the risk of conflict of interest, and in respect of long trials, with constantly evolving disclosure issues.

42. The Commission was satisfied that the criminal proceedings brought against the applicant were fair, since the trial judge, who decided on the question of disclosure of evidence, was aware of both the contents of the withheld evidence and the nature of the applicant's case, and was thus able to weigh the applicant's interest in disclosure against the public interest in concealment.

43. The Court recalls that the guarantees in paragraph 3 of Article 6 are specific aspects of the right to a fair trial set out in paragraph 1 (see the *Edwards v. the United Kingdom* judgment of 16 December 1992, Series A no. 247-B, p. 34, § 33). In the circumstances of the case it finds it unnecessary to examine the applicant's allegations separately from the standpoint of paragraph 3 (b) and (d), since they amount to a complaint that the applicant did not receive a fair trial. It will therefore confine its examination to the question whether the proceedings in their entirety were fair (*ibid.*, pp. 34-35, § 34).

44. It is a fundamental aspect of the right to a fair trial that criminal proceedings, including the elements of such proceedings which relate to procedure, should be adversarial and that there should be equality of arms between the prosecution and defence. The right to an adversarial trial means, in a criminal case, that both prosecution and defence must be given the opportunity to have knowledge of and comment on the observations filed and the evidence adduced by the other party (see the

Brandstetter v. Austria judgment of 28 August 1991, Series A no. 211, pp. 27-28, §§ 66-67). In addition Article 6 § 1 requires, as indeed does English law (see paragraph 18 above), that the prosecution authorities disclose to the defence all material evidence in their possession for or against the accused (see the Edwards judgment cited above, p. 35, § 36).

45. However, as the applicant recognised (see paragraph 38 above), the entitlement to disclosure of relevant evidence is not an absolute right. In any criminal proceedings there may be competing interests, such as national security or the need to protect witnesses at risk of reprisals or keep secret police methods of investigation of crime, which must be weighed against the rights of the accused (see, for example, the Doorson v. the Netherlands judgment of 26 March 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-II, p. 470, § 70). In some cases it may be necessary to withhold certain evidence from the defence so as to preserve the fundamental rights of another individual or to safeguard an important public interest. However, only such measures restricting the rights of the defence which are strictly necessary are permissible under Article 6 § 1 (see the Van Mechelen and Others v. the Netherlands judgment of 23 April 1997, *Reports* 1997-III, p. 712, § 58). Moreover, in order to ensure that the accused receives a fair trial, any difficulties caused to the defence by a limitation on its rights must be sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities (see the Doorson judgment cited above, p. 471, § 72, and the Van Mechelen and Others judgment cited above, p. 712, § 54).

46. In cases where evidence has been withheld from the defence on public interest grounds, it is not the role of this Court to decide whether or not such non-disclosure was strictly necessary since, as a general rule, it is for the national courts to assess the evidence before them (see the Edwards judgment cited above, pp. 34-35, § 34). In any event, in many cases, such as the present one, where the evidence in question has never been revealed, it would not be possible for the Court to attempt to weigh the public interest in non-disclosure against that of the accused in having sight of the material. It must therefore scrutinise the decision-making procedure to ensure that, as far as possible, it complied with the requirements to provide adversarial proceedings and equality of arms and incorporated adequate safeguards to protect the interests of the accused.

47. On 23 March 1994 the prosecution made an *ex parte* application to the trial judge for an order authorising non-disclosure. The defence were told that the material in question related to sources of information and were able to make representations to the judge, outlining to him the defence case and enjoining disclosure of any evidence which related to it. In the absence of the defence, prosecution counsel described the evidence to the judge, who decided that it should not be disclosed. He explained

that in performing the balancing exercise he had “adopted the principle that if something did or might help further the defence then I would order disclosure”. The prosecution made a second *ex parte* application on 25 April 1994, which was followed by an *inter partes* hearing on the question whether a witness statement taken from C. after his guilty plea should be disclosed to the defence. In the course of this hearing the defence were able to argue the case for disclosure and to hear the arguments of the prosecution and the judge’s reasons for not ordering complete disclosure of the statement. Although the judge decided against full disclosure of the statement in question, since it contained references to sources of information, the defence were provided with a summary of it (see paragraphs 10-12 above).

48. The Court is satisfied that the defence were kept informed and were permitted to make submissions and participate in the above decision-making process as far as was possible without revealing to them the material which the prosecution sought to keep secret on public interest grounds. Whilst it is true that in a number of different contexts the United Kingdom has introduced, or is introducing, a “special counsel” system (see paragraphs 30-33 above), the Court does not accept that such a procedure was necessary in the present case. The Court notes, in particular, that the material which was not disclosed in the present case formed no part of the prosecution case whatever, and was never put to the jury. This position must be contrasted with the circumstances addressed by the 1997 Act and the 1998 Act, where impugned decisions were based on material in the hands of the executive, material which was not seen by the supervising courts at all.

49. The fact that the need for disclosure was at all times under assessment by the trial judge provided a further, important, safeguard in that it was his duty to monitor throughout the trial the fairness or otherwise of withholding the evidence. It has not been suggested that the judge was not independent and impartial within the meaning of Article 6 § 1. He was fully versed in all the evidence and issues in the case and in a position to monitor the relevance to the defence of the withheld information both before and during the trial. Moreover it can be assumed – not least because he expressly stated on 23 March that he would have ordered disclosure if it might have helped the defence – that the judge applied the principles which had recently been clarified by the Court of Appeal, for example that, in weighing the public interest in concealment against the interest of the accused in disclosure, great weight should be attached to the interests of justice, and that the judge should continue to assess the need for disclosure throughout the trial (see the *Ward and Davis*, *Johnson and Rowe* judgments in paragraphs 21 and 23-24 above). The jurisprudence of the English Court of Appeal shows that the assessment which the trial judge must make fulfils the conditions which, according to the European Court’s case-law, are essential for

ensuring a fair trial in instances of non-disclosure of prosecution material (see paragraphs 44-45 above). The domestic trial court in the present case thus applied standards which were in conformity with the relevant principles of a fair trial embodied in Article 6 § 1 of the Convention. Finally, during the appeal proceedings the Court of Appeal also considered whether or not the evidence should have been disclosed (see paragraphs 15-17 above), providing an additional level of protection for the applicant's rights.

50. In conclusion, therefore, the Court finds that, as far as possible, the decision-making procedure complied with the requirements of adversarial proceedings and equality of arms and incorporated adequate safeguards to protect the interests of the accused. It follows that there has been no violation of Article 6 § 1 in the present case.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 § 2 OF THE CONVENTION

51. The applicant did not pursue before the Court this complaint that he had raised before the Commission, and the Court sees no reason to examine it of its own motion.

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Holds* by nine votes to eight that there has not been a violation of Article 6 § 1 of the Convention;
2. *Holds* unanimously that it is not necessary to examine the complaint under Article 6 § 2 of the Convention.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 16 February 2000.

For the President

Elisabeth PALM
Vice-President

Paul MAHONEY
Deputy Registrar

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the following dissenting opinions are annexed to this judgment:

- (a) dissenting opinion of Mrs Palm, Mr Fischbach, Mrs Vajić, Mrs Thomassen, Mrs Tsatsa-Nikolovska and Mr Traja;
- (b) dissenting opinion of Mr Zupančič;
- (c) dissenting opinion of Mr Hedigan.

E.P.
P.J.M.

DISSENTING OPINION OF JUDGES PALM, FISCHBACH,
VAJIĆ, THOMASSEN, TSATSA-NIKOLOVSKA
AND TRAJA

We do not agree that there has been no violation of Article 6 § 1 in this case. We accept the majority's statement of the law as set out in paragraphs 44-46 of the judgment, but we do not accept the conclusions which the majority draw from that statement.

We note that, although the defence in this case were notified that an *ex parte* application was to be made by the prosecution for material to be withheld on grounds of public interest immunity, and were informed of the category of material which the prosecution sought to withhold, and, indeed, received an edited summary of the material, they were not – by definition – involved in the *ex parte* proceedings, and they were not informed of the detailed reasons for the judge's subsequent decision that the material should not be disclosed. Although, after the second *ex parte* application on 25 April 1994, there was an *inter partes* hearing on the question whether a witness statement taken from C. after his guilty plea should be disclosed, the defence were required to argue their case in ignorance of the full nature of the evidence in question, never having seen it. It was purely a matter of chance whether they made any relevant points. This procedure cannot, in our view, be said to respect the principles of adversarial proceedings and equality of arms, given that the prosecuting authorities were provided with access to the judge and were able to participate in the decision-making process in the absence of any representative of the defence. The fact that the judge monitored the need for disclosure throughout the trial (see paragraph 49 of the judgment) cannot remedy the unfairness created by the defence's absence from the *ex parte* proceedings. In our view, the requirements – set out in the *Doorson v. the Netherlands* judgment of 26 March 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-II, and the *Van Mechelen and Others v. the Netherlands* judgment of 23 April 1997, *Reports* 1997-III – that any difficulties caused to the defence by a limitation on defence rights must be sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities, are not met by the mere fact that it was a judge who decided that the evidence be withheld. In stating this, we do not suggest in any way that the judge in the present case was not independent and impartial within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention, or that he was not fully versed in the evidence and issues in the case as mentioned in paragraph 49 of the judgment. Our concern is that, in order to be able to fulfil his functions as the judge in a fair trial, the judge should be informed by the opinions of both parties, not solely the prosecution.

The proceedings before the Court of Appeal were, in our view, inadequate to remedy these defects, since, as at first instance, there was no possibility of making informed submissions to the court on behalf of the accused. The facts of this case can therefore be distinguished from those of the Edwards judgment, where by the time of the appeal proceedings the defence had received most of the missing information and the Court of Appeal was able to consider the impact of the new material on the safety of the conviction in the light of detailed and pertinent argument from the defence (Edwards v. the United Kingdom judgment of 16 December 1992, Series A no. 247-B, p. 35, §§ 36-37).

We accept that there may be circumstances in which material need not be disclosed to the defence, but we find that the way in which the United Kingdom courts dealt with the sensitive material in the present case was not satisfactory. It is not for the Court to prescribe specific procedures for domestic courts to follow, but we note that, in the light of two Convention cases, a “special counsel” system has been introduced in the United Kingdom where it is necessary to withhold evidence from one of the parties to litigation, and that other examples are likely to be introduced (paragraphs 30-33 of the judgment). These examples do not exactly match the circumstances of the present case, but we have no doubt that the practical problems raised by the Government (see paragraph 41 of the judgment) can be resolved.

For example, we understand that in Northern Ireland, *ex parte* applications on public immunity grounds are made to a judge other than the trial judge. In such a system, no problems of participation of the “special counsel” at the trial would arise and the trial judge is not put in the uncomfortable position of having to see material and then having to discount it at a later stage of the proceedings.

Again without purporting to lay down specific procedures to be applied by domestic courts, we would refer to the system in the immigration context (see Rule 7(7) of the Special Immigration Appeals Act Commission (Procedure) Rules 1998, set out at paragraph 31 of the judgment). Under these arrangements, a “special counsel” is permitted to have sight of the sensitive material, after which he or she is permitted further communication with the defence only with the leave of the court.

These examples show that legitimate concerns about confidentiality can be accommodated at the same time as according the individual a substantial measure of procedural justice.

We conclude, therefore, that the decision-making procedure in the present case did not sufficiently comply with the principles of adversarial proceedings and equality of arms, nor did it incorporate adequate safeguards to protect the interests of the accused. It follows that in our opinion there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention in the present case.

DISSENTING OPINION OF JUDGE ZUPANČIČ

In my opinion this case is the tip of a much larger iceberg than imagined either by the majority or by other dissenters. Non-disclosure, that is, secrecy concerning some aspects of the prosecution's case, is of course a problem in itself. However, compared to the preponderantly inquisitorial continental systems of criminal procedure in which the *ex officio* investigation used to be entirely secret, the partial non-disclosure in an adversarial system cannot be seen as a breach of a fundamental procedural standard. Still, for me this is not a minor technical consideration because it affects the whole philosophy of criminal procedure. I have written about that in an article entitled "The Crown and the Criminal: The Privilege against Self-Incrimination – Towards the General Principles of Criminal Procedure", *Nottingham Law Journal*, vol. 5, pp. 32-119 (1996).

Here I should like to raise a preliminary issue which, to the best of my knowledge, has not been considered by the national courts. For the State to acquire the right to intrude on someone's privacy there must be probable cause, that is, a suspicion sufficiently fortified by specific, articulable and antecedent evidence to be called reasonable. There is an indication in this case that there was *some* intrusion – or it would not have given rise to information which the prosecution wished not to disclose – and it is impossible to say (precisely because of the non-disclosure) whether that suspicion was sufficient to justify the previous breach of the fundamental human right to be left alone. Further, such antecedent evidence must not be tainted by violations of someone's constitutional and human rights. If it is, it (and all evidence which would not be obtained were it not for the breach) should be subject to the exclusionary rule.

The non-disclosure of these preliminary procedures of course precludes the proper examination of the basic probable cause safeguard.

DISSENTING OPINION OF JUDGE HEDIGAN

I regret that I cannot agree with the majority in this case. I agree with the dissenting opinion of Judges Palm, Fischbach, Vajić, Thomassen, Tsatsa-Nikolovska and Traja save only that I do not consider that, as a general rule, applications to withhold evidence need to be made to a judge other than the trial judge. In so far as their dissenting opinion might suggest this, I would disagree.

My point of departure is to be found in the judgment of the Court in the case of *Van Mechelen and Others v. the Netherlands* (judgment of 23 April 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-III, p.712, § 58), where it held: "Having regard to the place that the right to a fair administration of justice holds in a democratic society, any measures restricting the rights of the defence should be strictly necessary. If a less restrictive measure can suffice then that measure should be applied."

It follows that, if it can be shown that there is a viable alternative way of proceeding which is less restrictive of an applicant's right to a fair trial and to proceedings adversarial in character, it should be taken. In my opinion, where the applicant can establish on a prima facie basis that such an alternative way exists, the onus shifts to the respondent to show why it cannot use or adapt such a way.

In this case, the prosecution withheld relevant information from the defence. It was submitted on behalf of the applicant that any failure to disclose relevant evidence undermined the right to a fair trial. It was, however, conceded that the right to full disclosure was not absolute, and could, in pursuit of a legitimate aim such as protection of national security or of vulnerable witnesses or sources of information, be subject to limitations.

It was agreed by the Government that any such restrictions must be counterbalanced by sufficient safeguards to protect the rights of the accused. Under present United Kingdom law this is provided for by the requirement that it is the trial judge who should decide whether the evidence in question should be disclosed.

There are three ways in which this may occur:

(a) An application by the prosecution with notice to the accused indicating at least the category of the material which they hold. The defence then have the opportunity to make representations to the court.

(b) Where disclosure of the category itself would "let the cat out of the bag" the prosecution should notify the defence that an application to the court is to be made, but the category would not be disclosed and the application would be *ex parte*.

(c) The third procedure is where, to reveal even the fact that an *ex parte* application is to be made, would be to reveal the nature of the evidence; in

such cases the application should be made *ex parte* without notice to the defence.

The applicant argued before the Court that there was a need to introduce a counterbalancing adversarial element on the occasions when the defence would be excluded from an application. He showed that in two separate ways at present (and two others in the course of legislation) a “special counsel” procedure had been introduced by legislation in the United Kingdom. The special counsel’s function is to assist the court in circumstances where a party may not be allowed to participate for national security or other reasons. The special counsel is to represent the interests of the individual in the proceedings. The relevant legislation¹ provides that the special counsel is not however “responsible to the person whose interest he is appointed to represent”. This ensures that the special counsel is both entitled and obliged to keep confidential any information which cannot be disclosed. The Government argued that the present arrangements in principle and in practice adequately protected the rights of the accused. In essence, they relied on the impartiality of the judge and the honour and professional integrity of the prosecution. They also raised the significant practical difficulties involved in creating such a role as special counsel in a criminal case. The problems, the Government pleaded, involved questions as to the duties owed by special counsel to the accused, the amount of information he or she would be at liberty to pass on to the accused and the defence lawyers and the quality of instructions he or she could expect to receive from the defence. Difficulties would be most acute, they argued, where there were more than one accused and problems also would arise where there were long trials with constantly evolving disclosure issues.

The question to be decided is whether the problems raised by the Government are, in practical terms, insurmountable. To take them individually:

(a) Special counsel in a criminal case; it is to be noted that in addition to the two special-counsel procedures referred to above, the Government as pleaded in this case, have recently placed before Parliament two bills making provision for the appointment of a special counsel in other circumstances. One of these is the Youth Justice and Criminal Evidence Bill 1999 which makes provision for the appointment by the court of a special counsel in any case in which a trial judge prohibits an unrepresented defendant from cross-examining in person the complainant in a sexual-offence case. It is, therefore, contemplated by the Government that the special-counsel procedure may be used in a criminal case, albeit one somewhat different from the facts of this case.

1. Special Immigration Appeals Commission Act 1997 and Northern Ireland Act 1998.

The duty owed by the special counsel to the accused is one which in general terms ought to be capable of resolution by the relevant professional bodies. Such ethical problems are the everyday work of the professional ethics committees of the same. Whilst not easy to resolve, nothing in the Government's rather general objection suggests that the problem is insurmountable.

(b) The amount of information the special counsel would be at liberty to pass on to the accused and the defence lawyers; this is a problem I should have thought was also capable of determination. Very little would undoubtedly be the rule. I have no doubt that the defence would be more than happy to endure this restriction when balanced against the benefit of representation at the hearing on disclosure.

(c) I am not sure what is meant by the Government's reservations regarding the quality of instructions the special counsel might receive from the defence. This is surely a matter for the defence. It is difficult to see where problems would arise although, no doubt, every case would raise its own. Again, no insurmountable ones have been identified by the Government.

(d) I agree that difficulties would be most acute where there are more than one accused. There are, however, inherent difficulties in every such case. Since there are no insurmountable problems raised already, I fail to see why this generality on its own would be enough to rule out an otherwise viable procedure. Cases where there are more than one accused invariably throw up many difficult problems for the Bar, the Bench and the relevant prosecution service.

(e) Long trials with constantly evolving disclosure issues are more an extended variation of the above. I should have thought that the same special counsel would inevitably be involved in dealing with continued or newly arising disclosure issues and I fail to see anything more than administrative inconvenience being the problem there. Administrative inconvenience can never be a ground for restricting rights guaranteed by the Convention.

For these reasons, I cannot accept that the Government have demonstrated that there are, in practical terms, insurmountable difficulties in adapting an already existing system to criminal trials such as in this case. I therefore take the view that, because there is a less restrictive measure which is available and adaptable, the Government are in violation of the applicant's right to a fair trial under Article 6 § 1 of the Convention in failing to avail themselves of the same.

ANNEX

**OPINION OF THE EUROPEAN COMMISSION
OF HUMAN RIGHTS¹**

(as expressed in the Commission's report² of 20 October 1998)

[The Commission was composed as follows:

Mr S. TRECHSEL, *President*,
Mr J.-C. GEUS,
Mr M.P. PELLONPÄÄ,
Mr E. BUSUTTL,
Mr GAUKUR JÖRUNDSSON,
Mr A.Ş. GÖZÜBÜYÜK,
Mr A. WEITZEL,
Mr J.-C. SOYER,
Mr H. DANELIUS,
Mrs G.H. THUNE,
Mr F. MARTINEZ,
Mr C.L. ROZAKIS,
Mrs J. LIDDY,
Mr L. LOUCAIDES,
Mr B. MARXER,
Mr M.A. NOWICKI,
Mr I. CABRAL BARRETO,
Mr N. BRATZA,
Mr I. BÉKÉS,
Mr D. ŠVÁBY,
Mr G. RESS,
Mr A. PERENIĆ,
Mr C. BIRSAN,
Mr P. LORENZEN,
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. 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. Complaint declared admissible

50. The Commission has declared admissible the applicant's complaint that the non-disclosure to the defence of certain evidence on the grounds of public interest immunity made in the *ex parte* procedure affected his right to a fair trial and his defence rights, and that the use of an informer's statement was contrary to the principle of the presumption of innocence.

B. Points at issue

51. Accordingly, the points at issue are:

- whether there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention in conjunction with Article 6 § 3 (b) and (d) of the Convention;
- whether there has been a violation of Article 6 § 2 of the Convention.

C. As regards Article 6 § 1 of the Convention taken in conjunction with Article 6 § 3 (b) and (d)

52. Article 6 of the Convention, as relevant, reads as follows:

“1. In the determination ... of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing ... by an independent and impartial tribunal established by law. ...

...

3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

...

(b) to have adequate time and facilities for the preparation of his defence;

...

(d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;

...”

53. The applicant first notes that the trial judge did not fairly direct the jury as to the role of the *agent provocateur* D.W. All participation was hidden from them by awarding him the title of “informant” and thereby allowing the police and prosecution to hide all his actions beneath the all-encompassing shroud of public interest immunity. He says that the credibility of the police officers was never called into question and the extent of the falsified, planted and fabricated evidence did not become apparent or provable until after the trial. He claims that if the jury had

been allowed to know the full participation of D.W., acting as a paid *agent provocateur* for the police, his incriminating position would not have appeared credible and the conclusion reached would have been almost certainly different.

54. The applicant also submits that he stated in evidence that he had been set up for reward or revenge on his co-accused C., who pleaded guilty at the trial. He claims that his co-accused C. made eighty-eight statements and that on one occasion, the first, his evidence had been accepted as true. On the two succeeding occasions he was called to give evidence he was discredited and never called as a prosecution witness. As it was, his written evidence, or the part that the defence were allowed to see in the “summary”, was proved to be concocted and completely factually inaccurate. The applicant claims that he was, however, cross-examined by the prosecution on matters contained in this statement to which he had never had access and of which he had absolutely no knowledge whatsoever.

55. The applicant considers that the non-disclosure of the full statement of C. and the fact that the jury did not know the whole role of the police informant D.W. and his participation in the applicant’s case rendered the trial unfair.

56. In his further observations, the applicant, with reference to the case of *R. v. Keane*, submits that the material which had been withheld from the defence was relevant material. Some of this material concerned sources of information. It was his case that he had been set up by D.W. Any of the sources of information related to D.W. were therefore obviously of relevance and assistance to the applicant. The trial judge made it plain, in his summing-up, that there had been at least one informer. He introduced D.W. in a manner indicating not only that he may have been an informer but a participating informer. The implication that one such source might have been D.W. and that his role did not stop at giving information, but amounted to active participation in a conspiracy, was very relevant to the applicant as it supported his case that D.W. had been involved in the events which the prosecution alleged evidenced the existence of a conspiracy and was, therefore, in a position to set him up to make it look as though he was involved in a conspiracy of which he had no knowledge.

57. As to the second *ex parte* application relating to material connected with the preparation of the conspiracy to rob the post office and with the events of the day which ended with [C.]’s and the applicant’s arrest, the applicant submits that regarding the trial judge’s ruling of 25 April 1994, it is clear that the material was relevant to the defence.

58. The applicant, with reference to the case of *R. v. Trevor Douglas K.*, submits that there is a breach of Article 6 of the Convention if the prosecution rather than the court determines that documents should be withheld on the grounds of public interest immunity. He stresses that

where, as in his case, the court is required to determine whether disclosure should be withheld in the public interest on the basis of a prosecution summary of the material which it is sought to withhold, there is no guarantee that the court will be presented with a fair summary as opposed to one which is so weighted as to predetermine the outcome. In other words, by presenting a summary rather than producing the actual material, the prosecution leaves the judge no real discretion with the result that it is the prosecution and not the judge which actually determines that the material will be withheld.

59. The applicant further submits that the defects at the trial were not remedied by the Court of Appeal. He says that the material withheld as a result of the first *ex parte* hearing was neither disclosed to him nor seen by the Court of Appeal. From the transcript of the appeal judgment it appears that the court did not view the relevant evidence itself, nor was it aware that the trial judge himself did not view it. In connection with the second *ex parte* application relating to the statement of the co-defendant C., the Court of Appeal, unlike the trial judge (who, according to the Government, read the entirety of the unedited witness statement personally – see paragraph 70 below), did not read the material. The Court of Appeal did not, therefore, have an opportunity to remedy any error the trial judge may have committed in deciding that the public interest favoured non-disclosure of parts of C.'s statement.

60. The Government first submit that neither the general principle of fairness in criminal proceedings under Article 6 § 1 of the Convention nor the specific right to “adequate facilities” under paragraph 3 (b) of this Article implies an absolute right for the defence to disclosure of all relevant material. Moreover, previous cases decided by the Convention organs do not establish any such principle whether by analogy or otherwise and, on the contrary, have recognised the legitimacy of non-disclosure of confidential or sensitive material in criminal proceedings.

61. As to the issue of principle, the Government submit that there are categories of material which the public interest requires either should not be disclosed at all, or should not be disclosed without a compelling reason. The basis on which that public interest rests is that damage would, or at least, might, be caused by disclosure. They claim that the concept of relevant material covers a very broad spectrum. At one end of the spectrum is material which is likely not to assist the defence at all, but rather the prosecution. In criminal cases the principle of public interest immunity might operate to prevent the use by the prosecution of such material, even if such material incriminated the accused. At the other end is material which would tend to establish an accused's innocence.

62. The Government note that if disclosure of relevant material is a requirement implicit in the reference to “adequate facilities” in Article 6 of the Convention or the concept of a fair trial, the consequences are

(i) that the public interest in preventing the damage which would follow disclosure would be wholly irrelevant to the disclosure requirements in criminal cases – no matter how obvious or serious the risk – and (ii) that it would be impermissible in any case to assess and take into account the true importance of the material to a fair and proper presentation of the defence case, as opposed simply to deciding whether it passed the low threshold of relevance.

63. They contend that it is necessary in this context to bear in mind the important public interest in ensuring that, where there is sufficient admissible evidence to support the prosecution of an individual with at least a realistic prospect of a conviction being obtained, the case should be allowed to proceed to trial. That public interest is directly relevant here because the alternative to disclosure is for a prosecution either not to be mounted or to be abandoned. In relation to informants, (i) the authorities are likely to be extremely reluctant to reveal the identity of an informant, both because of the risk of physical harm to that informant and because of the importance to the effective detection of crime of ensuring that the sources of information do not dry up, and (ii) an accused will know this and accordingly will have every incentive to seek disclosure of the identity of an informant, in an attempt to ensure that he is not prosecuted, whatever the strength of the evidence against him.

64. The Government argue that a decision not to mount or to abandon a prosecution is an outcome which may be inevitable. If the public interest in non-disclosure is irresistible in a particular case, but it is clear that the material is important to enable the defence case to be properly and fairly put, a prosecution could not be mounted or continued. Fairness to the accused would be paramount. The effect of an absolute principle based solely on relevance would, however, be to increase those cases in which the prosecution could not be mounted or would have to be abandoned. That increase would be accounted for by cases in which the material in question, although passing the low threshold of relevance, was of relatively minor importance to the accused. If such material was of genuine and real importance to a fair presentation of the defence case, its disclosure would, if necessary, be ordered in any event under existing principles applied by the courts.

65. The Government further submit that the domestic courts have been astute to ensure that any non-disclosure does not compromise the fairness of proceedings. Thus, the relevant principles applicable under domestic law enable the courts to balance the importance and weight of the public interest in not disclosing the material in question and the importance of that material to the fair and proper conduct of the defence case. That balancing exercise is weighted in favour of disclosing material in recognition of the importance of achieving the fullest possible disclosure of relevant material. The Government claim that these

principles are sufficient to ensure and safeguard the fairness of proceedings.

66. The Government recall that criminal proceedings are to be judged as a whole including any appellate process, as the European Court stressed in *Edwards v. the United Kingdom* (judgment of 16 December 1992, Series A no. 247-B, pp. 34-35, § 34). In the present case, as appears from the summing-up of the trial judge, the case against the applicant was a strong one. He had, in effect, been caught red-handed. Material was withheld following two *ex parte* hearings before the trial judge. The defence had notice of both hearings. The issues proposed to be raised by the defence were before him. The decision reached by the trial judge was carefully reviewed by the Court of Appeal. Both concluded that, in summary, fairness to the applicant did not require disclosure of any further material to the defence.

67. As to the question whether the procedure for determining where a fair balance lay was itself in violation of Article 6 of the Convention, the Government submit that the Court of Appeal considered the nature of the procedure to be followed in *R. v. Davis, Johnson and Rowe*. The central aim of the procedure laid down by the Court of Appeal was to ensure that, as far as possible, the accused and his lawyers should be given the maximum amount of information and the maximum opportunity to make submissions to the court. The Court of Appeal recognised, however, that any hearing before, or decision of, the court would be rendered meaningless if the nature of the procedure prior to such decision itself had the effect of revealing the information.

68. The Government contend that none of the Convention organs' cases involved a challenge to a procedure which was *ex parte* because that was the only way in which to avoid pre-empting the outcome. Nor is any such principle either inherent in Article 6 of the Convention or necessary in order to ensure the fairness of criminal proceedings. In the Government's view, it would be strange indeed if that were to be the case, because such a principle would require a procedure which rendered any subsequent decision on the issue before the court meaningless.

69. They further submit that there has been no violation of the rights guaranteed in Article 6 § 1 of the Convention read in conjunction with Article 6 § 3 (d). The applicant examined witnesses against him and could have himself called any witness to give evidence for him. C. was not called to give evidence by either the prosecution or the defence. The fact that only a summary of the statement made by C. was provided to the defence was, as the judge explained, based on the sensitivity of material contained in the original statement. Whether fairness to the defence required more, was fully reviewed by both the trial judge and the Court of Appeal. Both concluded that the requirement of fairness had been met.

70. In their further observations, the Government submit that in connection with the first *ex parte* application, the contents of the material which the prosecution sought to withhold were orally conveyed to the judge by prosecuting counsel. They note in this regard that according to *R. v. Trevor Douglas K.*, the judge should have sufficient knowledge of the contents of undisclosed material to make an informed decision. The Government recall that the judge in that case was told nothing of the content of the video in question, even in broad terms. When the defence argued on appeal that there were various ways in which the content could have touched on the integrity of the complainant's evidence at the trial, the Court of Appeal held that the judge should not have ruled against disclosure of the evidence "without an opportunity of testing its relevance and importance ... The exercise can only be performed by the judge himself examining or viewing the evidence so as to have the facts of what it contains in mind". The Government state that there is no distinction for this purpose between the judge being made accurately and fully aware of the information by being told it or by personal examination, and conclude that in the present case the judge was given on 23 March 1994 a full and accurate statement of the information.

71. The Government further note that, in relation to the second *ex parte* application, the judge read the entirety of the unedited witness statement personally.

72. The Commission recalls that the guarantees in paragraph 3 of Article 6 of the Convention are specific aspects of the right to a fair trial set forth in paragraph 1 (see Eur. Court HR, *T. v. Italy* judgment of 12 October 1992, Series A no. 245-C, p. 41, § 25). The Commission will therefore consider the applicant's complaint in the light of the two provisions taken together.

73. In assessing whether defence rights have been secured under Article 6 of the Convention, the Commission must consider the proceedings in question as a whole, including the proceedings before the appellate court (see Eur. Court HR, *Imbrioscia v. Switzerland* judgment of 24 November 1993, Series A no. 275, pp. 13-14, § 38). Moreover, it is not the Commission's task to substitute its own assessment of the facts for that of the domestic courts and, as a general rule, it is for these courts, and in particular the court of first instance, to assess both the prosecution and the defence evidence. The Commission shall only ascertain whether the proceedings in their entirety, including the way in which evidence was taken, were fair (see Eur. Court HR, *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain* judgment of 6 December 1988, Series A no. 146, p. 31, § 68, and *Vidal v. Belgium* judgment of 22 April 1992, Series A no. 235-B, pp. 32-33, § 33).

74. Nevertheless, the Commission recalls that the concept of a fair trial includes the fundamental right to an adversarial procedure in

criminal proceedings. That right means that each party must be given the opportunity to have knowledge of and comment on the observations filed and the evidence adduced by the other (see Eur. Court HR, Brandstetter v. Austria judgment of 28 August 1991, Series A no. 211, pp. 27-28, §§ 66-67). The Commission has stated in its case-law concerning the rights of an accused under Article 6 § 3 (b) of the Convention that an accused must have at his disposal, for the purposes of exonerating himself or of obtaining a reduction in his sentence, all relevant elements that have been or could be collected by the competent authorities (see Jespers v. Belgium, application no. 8403/78, Commission's report of 14 December 1981, Decisions and Reports 27, pp. 87-88, §§ 55-58). In the Edwards judgment the Court considered that it is a requirement of fairness under Article 6 § 1 of the Convention, indeed one which was recognised under English law, that the prosecution authorities disclose to the defence all material evidence for or against the accused and that the failure to do so in that case gave rise to a defect in the trial proceedings (judgment cited above, p. 35, § 36).

75. The Commission recalls that an issue concerning access to a criminal file was considered, under Article 5 § 4 of the Convention, by the Court in Lamy v. Belgium (Eur. Court HR, judgment of 30 March 1989, Series A no. 151), in which the Court stated that the appraisal of the need for a remand in custody and the subsequent assessment of guilt are too closely linked for access to documents to be refused in the former case when the law requires it in the latter case. The Court has held that the procedure to review the lawfulness of a detention must ensure equality of arms and be truly adversarial. When the prosecution is familiar with a whole file, a procedure does not afford the detained person an opportunity of challenging appropriately the reasons relied upon to justify a remand in custody, if counsel is refused access to the file (*loc. cit.*, pp. 16-17, § 29). In the light of the above, the Commission considers that the requirements of a fair trial within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention are more extensive than those of Article 5 § 4.

76. The Commission observes that in the present case there was considerable evidence against the applicant as to his involvement in the offences as charged, and the applicant does not contest that he had adequate and proper opportunity to challenge this evidence during the trial. However, there was relevant material which was, at the time of the trial, withheld from the defence on the grounds of its sensitivity, pursuant to two *ex parte* applications lodged by the prosecution. The withholding of the material was then confirmed by the Court of Appeal on the grounds of public interest immunity. The applicant and his lawyers were informed that the *ex parte* applications were made on an issue of disclosure and that the material which had been withheld related to sources of information. Moreover, there was other material which was withheld from the defence

pursuant to the second *ex parte* application, but its category was not disclosed to the defence on the ground that it would undermine the very purpose of seeking an order for non-disclosure. The defence was given a summary of the content of the document from which the material was taken.

77. The Commission notes that the *ex parte* procedure represents an attempt by the State to strike a balance between the competing interests of the State which claims public interest immunity and the interest of fairness to the accused whose defence might be assisted by the documents or information.

78. Whatever the category or categories of the material and the reason or reasons for non-disclosure, they were protected by public interest immunity, the maintenance of which is not, in certain circumstances, incompatible with the Convention. In so far as national security could be involved, the Commission recalls that the Court has already recognised that the use of confidential material may be unavoidable where national security is at stake, but national authorities are not free from effective control by the domestic courts whenever they choose to assert that national security and terrorism are involved (see Eur. Court HR, *Chahal v. the United Kingdom* judgment of 15 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V, pp. 1866-67, § 131). In its recent *Tinnelly & Sons Ltd and Others and McElduff and Others v. the United Kingdom* judgment, concerning restrictions based on national security grounds on the applicants' right to have a determination by a court of their civil claims that they were victims of unlawful discrimination, the Court accepted that the protection of national security is a legitimate aim which may entail limitations on the right of access to a court, including for the purposes of ensuring the confidentiality of security-vetting data. The Court concluded that the right guaranteed to an applicant under Article 6 § 1 of the Convention to submit a dispute to a court or tribunal in order to have a determination of questions of both fact and law cannot be displaced by the *ipse dixit* of the executive (see Eur. Court HR, *Tinnelly & Sons Ltd and Others and McElduff and Others v. the United Kingdom* judgment of 10 July 1998, *Reports* 1998-IV, pp. 1662-63, § 77).

79. As to anonymous witnesses, the Court had occasion to state in its *Doorson v. the Netherlands* judgment that the use of statements made by anonymous witnesses to found a conviction is not under all circumstances incompatible with the Convention. The Court stated, however, that in such cases Article 6 § 1 of the Convention taken together with Article 6 § 3 (d) requires that the handicaps under which the defence labours be sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities (see Eur. Court HR, *Doorson v. the Netherlands* judgment of 26 March 1996, *Reports* 1996-II, pp. 470-71, §§ 69-72). In the *Lüdi v. Switzerland* judgment and the *Van Mechelen and Others v. the*

Netherlands judgment, the Court recognised in principle that, provided that the rights of the defence are respected, it may be legitimate for the police authorities to wish to preserve the anonymity of an agent deployed in undercover activities, for his own or his family's protection, and so as not to impair his usefulness for future operations (see Eur. Court HR, judgment of 15 June 1992, Series A no. 238, p. 21, § 49; and judgment of 23 April 1997, *Reports* 1997-III, p. 712, § 57 respectively).

80. In the present case, the relevant material in question was never put before the jury whose task was to decide, on all the evidence before them, whether the applicant was guilty. The Commission must therefore examine the question whether the judicial authorities dealing with the applicant's case preserved the defence rights to a degree that satisfied the requirements of Article 6 § 1 of the Convention.

81. The starting-point for the Commission's consideration is the principle established by and evolving in the national case-law that in every case in which the prosecution objects to the disclosure of relevant material on the grounds of public interest immunity, the trial court must balance the public interest in non-disclosure against the importance of the materials in question to the defence.

82. In the present case, the trial judge did not see the relevant material which the prosecution sought to withhold pursuant to the first *ex parte* application heard on 23 March 1994; rather he was orally informed by the prosecution of its contents. The applicant was aware that the withheld material concerned the source of information, but was not told what source of information. Having presumed that the source might have been D.W. by whom he claimed to have been set up, the applicant made his comments to the trial judge who then refused disclosure of the material.

83. In these circumstances, the Commission does not see any reason not to assume that the prosecution followed the procedure laid down in the relevant domestic case-law, namely in *R. v. Ward* (see paragraph 38 of the report) and *R. v. Davis, Johnson and Rowe* (see paragraphs 42-44 of the report): it asked the trial judge to approve non-disclosure of the material on the grounds of public interest immunity and he sanctioned the withholding of the material. The question arises, however, whether the trial judge, having been only orally informed of the contents of the withheld material, could assess the facts which the material revealed and, therefore, properly weigh the competing interests of public interest immunity and fairness to the defence claiming disclosure.

84. The Commission considers that, in principle, the fact that the trial judge is orally informed of the contents of the withheld material does not *a priori* mean that the information he receives is wrong or incomplete. In order to satisfy the requirements of a fair trial and the rights of the accused, the trial judge must be sure that, before ruling on non-

disclosure, he has sufficient knowledge of the contents of the material in order to perform the necessary balancing exercise, and that non-disclosure of the material would not result in miscarriage of justice. The Commission considers that in the present case, where the source of information and the existence of a potential informer was involved, the trial judge, having known the contents of the withheld material and the nature of the applicant's case, including the importance to him of any information about the potential informer, was in a position to consider the importance of the material to the issues of present and potential interest to the defence.

85. The Commission notes that the trial judge had an opportunity to reconsider the matter of sources of information when the second *ex parte* application was lodged on 25 April 1994 in connection with the witness statement given by C. after his guilty plea. The Commission is satisfied that the trial judge, who read the unedited version of the witness statement and knew the applicant's position in the case, considered the importance of the relevant material to the issues of interest to the defence and performed the necessary balancing exercise, examining the materials. Taking all the facts into account, he properly considered whether the importance of the material to the defence outweighed the public interest in withholding the material. The Commission further considers that even though the applicant was not aware of the category of the part of the relevant material which was also withheld, the trial judge did know it and having further known the nature of the risk of damage sought in the public interest to be prevented by withholding the material, he was able to assess how serious that risk was and how serious any potential damage. Moreover, the defence were notified of the summary of the witness statement and could prepare their case on this basis. The Commission adds that the trial judge, performing his duty to monitor the position as the trial progressed, had the possibility to consider disclosure of the withheld material as issues emerged during the trial which might have affected the balance.

86. The Commission further observes that in the course of the trial and after having heard both the *ex parte* applications, the trial judge revealed to the jury the existence of "at least one informer" and invited them to examine this fact with care and circumspection (see paragraph 29 of the report). The jury had, therefore, an opportunity to consider the case also on this basis and to evaluate the role of that informer *vis-à-vis* the applicant, taking into account his submission that he had been set up by D.W. who could play, in fact, the role of this informer.

87. The Commission finally notes that it does not appear from the judgment on appeal whether the Court of Appeal did view the material in question. However, the Commission does not see any reason to criticise the conclusion of the Court of Appeal which, having examined

the applicant's grounds of appeal and the procedure followed by the trial judge in this matter, endorsed the latter's rulings of non-disclosure. In consequence, the Commission considers that the handicaps under which the defence laboured in not having access to relevant material which was withheld under the *ex parte* application were sufficiently counterbalanced by the procedure followed by the judicial authorities (see the Doorson judgment cited above, pp. 470-71, §§ 69-72).

88. In the light of all the circumstances, the Commission is of the opinion that the criminal proceedings brought against the applicant taken as a whole can be considered to have been fair. The Commission adds that the fact that the rulings given by the trial judge did not follow and were not pronounced in a public hearing is a necessary consequence of the preceding considerations and cannot be said to impinge on the publicity of the trial as a whole. Moreover, this procedure could be covered by certain exceptions concerning the publicity of a hearing provided for in Article 6 § 1 of the Convention. In any event, the Commission notes that the judgment in the applicant's case itself as distinct from the procedural rulings of the trial judge was made in public.

Conclusion

89. The Commission concludes, by eighteen votes to twelve, that in the present case there has been no violation of Article 6 § 1 of the Convention taken in conjunction with Article 6 § 3 (b) and (d).

D. As regards Article 6 § 2 of the Convention

90. Article 6 § 2 of the Convention reads as follows:

“Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.”

91. The applicant claims that the police use of the informant's statement was contrary to Article 6 § 2 of the Convention.

92. The Commission recalls that the presumption of innocence enshrined in paragraph 2 of Article 6 of the Convention is one of the elements of a fair criminal trial that is required by paragraph 1. It will be violated if, without the accused's having previously been proved guilty according to law, a judicial decision concerning the accused reflects an opinion that he is guilty. It suffices, even in the absence of any formal finding, that there is some reasoning suggesting that the court regards the accused as guilty (see Eur. Court HR, *Allenet de Ribemont v. France* judgment of 10 February 1995, Series A no. 308, p. 16, § 35).

93. The Commission recalls that it has found no violation of Article 6 § 1 of the Convention taken in conjunction with Article 6 § 3 (b) and (d) of

the Convention and notes that the rights of the defence were exercised in a sufficiently adversarial procedure. The Commission considers in particular that the use of informer information by the police or in the course of a trial does not amount in substance to a determination of the accused's guilt without his having previously been proved guilty in accordance with the domestic law.

Conclusion

94. The Commission concludes, unanimously, that in the present case there has been no violation of Article 6 § 2 of the Convention.

E. Recapitulation

95. The Commission concludes, by eighteen votes to twelve, that in the present case there has been no violation of Article 6 § 1 of the Convention taken in conjunction with Article 6 § 3 (b) and (d) (paragraph 89).

96. The Commission concludes, unanimously, that in the present case there has been no violation of Article 6 § 2 of the Convention (paragraph 94).

M. DE SALVIA
Secretary to the Commission

S. TRECHSEL
President of the Commission

DISSENTING OPINION OF Mr GEUS, Mr PELLONPÄÄ,
Mr BUSUTTIL, Mr WEITZEL, Mr SOYER,
Mr DANELIUS, Mrs LIDDY, Mr MARXER,
Mr CABRAL BARRETO, Mr RESS, Mr PERENIČ
AND Mrs HION

In the present circumstances, we do not see any reason not to assume that the prosecution followed the procedure laid down in the relevant domestic case-law, namely in *R. v. Ward* and *R. v. Davis, Johnson and Rowe*: it asked the trial judge to approve non-disclosure of the material on the grounds of public interest immunity and he sanctioned the withholding of the material. The question arises, however, whether the trial judge, having been only orally informed of the contents of the withheld material, could assess the facts which the material revealed and, therefore, properly weigh the competing interests of public interest immunity and fairness to the defence claiming disclosure.

We consider that in order to satisfy the requirements of a fair trial and the rights of the accused, the trial judge must be sure that, before ruling on non-disclosure, he has sufficient knowledge of the contents of the material in order to perform the necessary balancing exercise, and that non-disclosure of the material would not result in miscarriage of justice. In the present case, where the source of information and the existence of a potential informer was involved, the trial judge knew the contents of the withheld material and was aware of the nature of the applicant's case, including how important any information of the potential informer was to him, and, therefore, could in principle be in a position to conduct the balancing exercise. However, he did not safeguard to the fullest extent the interests of the accused by examining the material personally. Moreover, in a situation where he heard submissions in one direction by the prosecution which were not balanced by *inter partes* submissions by a specially appointed counsel on behalf of the defence who acted only in the particular procedural issue (see, *mutatis mutandis*, Eur. Court HR, *Chahal v. the United Kingdom* judgment of 15 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V, p. 1869, § 144), the trial judge's role cannot be regarded as constituting a sufficient safeguard.

When the second *ex parte* application was lodged (in connection with the witness statement of C.) the trial judge, having read the unedited version of the witness statement and having known the applicant's position in the case, considered the importance of the relevant material to the issues of interest to the defence and performed the necessary balancing exercise. Furthermore, he knew the category of the withheld material, which the defence did not know. Having also known the nature of the risk of

damage sought in the public interest to be prevented by withholding the material, he was able to assess how serious that risk was and how serious any potential damage. In addition, performing his duty to monitor the position as the trial progressed, the trial judge had the possibility to consider disclosure of the withheld material as issues emerged during the trial which might have affected the balance. However, we consider that these positive circumstances cannot counterbalance the fact that the trial judge was again in a situation where he heard submissions in one direction by the prosecution which were not balanced by *inter partes* submissions by a specially appointed counsel on behalf of the defence acting in this particular issue.

Furthermore, we are not convinced that this situation was remedied by the Court of Appeal which, upon the applicant's grounds of appeal, merely approved the procedure applied by the trial judge in the *ex parte* hearings, without mentioning whether it did view or examine the material in question.

In the light of all these factors, we consider that the handicaps under which the defence laboured in neither having access to the relevant material nor, by way of alternative, to an *inter partes* procedure whereby the trial judge's rulings on disclosure could be based on submissions respecting the defence interest as well as that of the prosecution, were insufficiently counterbalanced by the procedure followed by the judicial authorities (see, *mutatis mutandis*, Eur. Court HR, Doorson v. the Netherlands judgment of 26 March 1996, *Reports* 1996-II, pp. 470-71, §§ 69-72).

In our view, the present case falls to be distinguished from that of *Edwards v. the United Kingdom*: in the latter case the defence had received most of the missing information at the appeal stage. The defence failed to apply to the Court of Appeal for production of the remaining documents known to it to exist and no claim for public interest immunity was ever adjudicated upon in these proceedings (see Eur. Court HR, *Edwards v. the United Kingdom* judgment of 16 December 1992, Series A no. 247-B, p. 35, §§ 36 and 38).

In the light of all the circumstances, we are of the opinion that, on balance, the criminal proceedings brought against the applicant taken as a whole cannot be considered to have been fair. With regard to the facts that the procedural motions could be heard *in camera* and the judge's rulings thereon were not delivered in public, we consider that these were a necessary consequence of the preceding considerations and, having regard to the exemptions provided for under Article 6 § 1 of the Convention, cannot be said to impinge on the publicity of the trial as a whole. Nonetheless, the latter, in particular, was an aggravating factor in the context of fairness. We conclude that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention taken in conjunction with Article 6 § 3 (b) and (d).

FITT c. ROYAUME-UNI
(Requête n° 29777/96)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 16 FÉVRIER 2000

SOMMAIRE¹**Non-divulgence à la défense, pour des motifs d'intérêt public, de preuves détenues par l'accusation****Article 6 § 1**

Procédure pénale – Procès équitable – Procès contradictoire – Egalité des armes – Divulgence des preuves – Obligation pour l'accusation de divulguer ses preuves – Non-divulgence à la défense, pour des motifs d'intérêt public, de preuves détenues par l'accusation – Garanties procédurales – Equilibre entre intérêt public et droits de la défense

*
* * *

Reconnu coupable d'association de malfaiteurs en vue de la préparation d'un vol à main armée, port d'une arme à feu et port d'une autre arme prohibée, le requérant fut condamné à onze ans d'emprisonnement. Avant l'ouverture du procès, l'accusation avait saisi le juge de première instance d'une requête unilatérale tendant à l'obtention d'une dispense de divulguer certaines pièces à la défense. La défense fut informée que les pièces en question se rapportaient à des sources d'information. Le procureur décrit le contenu de ces pièces au juge, qui, après avoir entendu les observations de la défense, accueillit la requête de l'accusation. Celle-ci soumit ultérieurement une nouvelle requête unilatérale tendant à l'obtention d'une dispense de divulguer à la défense une déposition faite par un coaccusé après son aveu de culpabilité. Le juge tint une audience contradictoire au cours de laquelle l'accusation précisa la catégorie dont relevaient les informations visées par la requête unilatérale. Après avoir lu l'intégralité de la déposition non expurgée, le juge ordonna la communication à la défense d'un résumé de la déclaration en cause dont avait été supprimée toute référence à des sources d'information. Le recours formé par le requérant contre sa condamnation fut rejeté par la Cour d'appel, qui écarta également une demande de l'intéressé tendant à la divulgation de certains éléments.

Article 6 § 1 : le droit à un procès pénal contradictoire implique, pour l'accusation comme pour la défense, la faculté de prendre connaissance des observations ou éléments de preuve produits par l'autre partie. De surcroît, les autorités de poursuite doivent communiquer à la défense toutes les preuves pertinentes en leur possession, à charge comme à décharge. Toutefois, le droit à une divulgation des preuves pertinentes n'est pas absolu. Dans une procédure pénale donnée, il peut y avoir des intérêts concurrents qui doivent être mis en balance avec les droits de l'accusé. Dans certains cas, il peut être nécessaire de dissimuler certaines preuves à la défense, de façon à préserver les droits fondamentaux d'un autre individu ou à sauvegarder un intérêt public important. Toutefois, seules sont légitimes au regard de l'article 6 § 1 les mesures restreignant les droits de la

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

défense qui sont absolument nécessaires. De surcroît, toutes difficultés causées à la défense par une limitation de ses droits doivent être suffisamment compensées par la procédure suivie devant les autorités judiciaires. Lorsque des preuves ont été dissimulées à la défense au nom de l'intérêt public, il n'appartient pas à la Cour de dire si pareille attitude était absolument nécessaire car, en principe, c'est aux juridictions internes qu'il revient d'apprécier les preuves produites devant elles. La Cour a quant à elle pour tâche de contrôler si le processus décisionnel appliqué dans un cas donné a satisfait autant que possible aux exigences du contradictoire et de l'égalité des armes et s'il était assorti de garanties aptes à protéger les intérêts de l'accusé. En l'espèce, la défense a été avisée à la suite de la première requête unilatérale que les éléments en question se rapportaient à des sources d'information, et elle a pu soumettre au juge des observations, tandis que la seconde requête unilatérale a été suivie d'une audience contradictoire au cours de laquelle la défense a pu présenter ses arguments en faveur d'une divulgation et entendre ceux en sens contraire de l'accusation, ainsi que les motifs retenus par le juge pour ne pas ordonner une divulgation intégrale de la déposition en cause. La défense a donc été tenue informée et a eu l'occasion de formuler des observations et de participer au processus décisionnel autant qu'il était possible sans que lui fussent divulgués les éléments de preuve que, pour des motifs d'intérêt public, l'accusation souhaitait ne pas devoir communiquer. De plus, l'accusation ne s'est jamais prévalu des éléments non divulgués, lesquels n'ont au demeurant jamais été portés à la connaissance du jury. Le fait que la nécessité d'une divulgation fut à tout moment sujette à l'appréciation du juge fournit une garantie supplémentaire importante, dès lors que le magistrat avait une parfaite connaissance de l'ensemble des preuves et des questions soulevées par l'espèce et que, tant avant que pendant le procès, il a été en mesure de contrôler la pertinence pour la défense des informations non communiquées à celle-ci. L'appréciation à laquelle il a dû se livrer remplit les conditions qui sont essentielles pour garantir un procès équitable dans les cas de non-divulgation d'éléments détenus par l'accusation. La juridiction interne de première instance a donc appliqué des normes qui respectaient les principes pertinents de l'équité procédurale. Enfin, une fois saisie, la Cour d'appel rechercha également si les preuves litigieuses auraient ou non dû être divulguées, offrant ainsi un degré accru de protection des droits du requérant. En conclusion, le processus décisionnel a satisfait autant que possible aux exigences du contradictoire et de l'égalité des armes, et il était assorti de garanties aptes à protéger les intérêts de l'accusé.

Conclusion : non-violation (neuf voix contre huit).

Jurisprudence citée par la Cour

Brandstetter c. Autriche, arrêt du 28 août 1991, série A n° 211

Edwards c. Royaume-Uni, arrêt du 16 décembre 1992, série A n° 247-B

Doorson c. Pays-Bas, arrêt du 26 mars 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II

Van Mechelen et autres c. Pays-Bas, arrêt du 23 avril 1997, *Recueil* 1997-III

En l'affaire Fitt c. Royaume-Uni,

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,

MM. L. FERRARI BRAVO,

L. CAFLISCH,

J.-P. COSTA,

W. FUHRMANN,

K. JUNGWIERT,

M. FISCHBACH,

B. ZUPANČIĆ,

M^{me} N. VAJIĆ,

M. J. HEDIGAN,

M^{mes} W. THOMASSEN,

M. TSATSA-NIKOLOVSKA,

MM. T. PANTÎRU,

E. LEVITS,

K. TRAJA,

Sir John LAWS, *juge ad hoc*,

ainsi que de M^{me} M. DE BOER-BUQUICCHIO, *greffière adjointe*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 20 octobre 1999 et 26 janvier 2000,

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

PROCÉDURE

1. L'affaire a été déférée à la Cour par la Commission européenne des Droits de l'Homme («la Commission») le 12 mars 1999, 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° 29777/96) dirigée contre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et dont un ressortissant de cet Etat, M. Barry Fitt, avait saisi la Commission le 30 novembre 1995 en vertu de l'ancien article 25.

La demande de la Commission renvoie aux anciens articles 44 et 48 ainsi qu'à la déclaration britannique reconnaissant la juridiction

1-2. *Note du greffe* : entré en vigueur le 1^{er} novembre 1998.

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 6 de la Convention.

2. Conformément à l'article 5 § 4 du Protocole n° 11, lu en combinaison avec les articles 100 § 1 et 24 § 6 du règlement, un collègue de la Grande Chambre a décidé, le 31 mars 1999, que l'affaire serait examinée par la Grande Chambre de la Cour. Cette Grande Chambre comprenait de plein droit Sir Nicolas Bratza, juge élu au titre du Royaume-Uni (articles 27 § 2 de la Convention et 24 § 4 du règlement), M. L. Wildhaber, président de la Cour, M^{mc} 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. L. Ferrari Bravo, M. L. Caflisch, M. W. Fuhrmann, M. K. Jungwiert, M. B. Zupančič, M^{mc} N. Vajić, M. J. Hedigan, M^{mc} W. Thomassen, M^{mc} M. Tsatsa-Nikolovska, M. T. Panfîru, M. E. Levits et M. K. Traja (article 24 § 3 du règlement).

Ultérieurement, Sir Nicolas Bratza, qui avait participé à l'examen de l'affaire par la Commission, s'est déporté de la Grande Chambre (article 28 du règlement). En conséquence, le gouvernement britannique («le Gouvernement») a désigné Sir John Laws pour siéger en qualité de juge *ad hoc* (articles 27 § 2 de la Convention et 29 § 1 du règlement).

3. Ainsi qu'en avait décidé la Grande Chambre, une audience consacrée à la fois à la présente espèce et aux affaires Jasper c. Royaume-Uni (requête n° 27052/95) et Rowc et Davis c. Royaume-Uni (requête n° 28901/95) s'est déroulée en public au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 20 octobre 1999.

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

MM. M. EATON, conseiller juridique adjoint, ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth,	<i>agent,</i>
R. CRANSTON, <i>Solicitor-General</i> ,	
J. EADIE, <i>Barrister-at-Law</i> ,	<i>conseils,</i>
R. HEATON, ministère de l'Intérieur,	
M ^{mc} G. HARRISON, ministère de l'Intérieur,	
M. C. BURKE, Douanes et accises,	
M ^{mc} F. RUSSELL, <i>Crown Prosecution Service</i> ,	
M. A. CHAPMAN, <i>Law Officer's Department</i> ,	<i>conseillers ;</i>

– pour le requérant

M.	B. EMMERSON, <i>Barrister-at-Law</i> ,	<i>conseil</i> ,
M ^{mcs}	M. CUNNEEN, <i>Solicitor (Liberty)</i> ,	
	P. KAUFMAN, <i>Barrister-at-Law</i> ,	
MM.	S. YOUNG, <i>Solicitor</i> ,	
	A.B.R. MASTERS, <i>Barrister-at-Law</i> ,	<i>conseillers</i> .

La Cour a entendu en leurs déclarations ainsi qu'en leurs réponses à des questions posées par plusieurs de ses membres M. Emmerson et M. Cranston.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

A. L'infraction alléguée

4. A l'époque où il introduisit sa requête, l'intéressé purgeait une peine d'emprisonnement. Les circonstances à l'origine de sa condamnation peuvent être décrites comme suit.

Selon l'accusation, le requérant, conjointement avec C., S. et une autre personne, avait conçu le projet d'attaquer un fourgon de la poste britannique (*Royal Mail*) au moment où il sortirait du centre de tri de Sandgate Close à Romford. C. et S. avaient été postiers et connaissaient bien les formalités à accomplir pour l'envoi de colis de grande valeur. En utilisant une technologie moderne, les intéressés avaient posté une lettre contenant un dispositif de dépistage. La lettre devait réapparaître en temps voulu, parmi les autres colis de même nature, dans le fourgon postal que les complices entendaient attaquer. A leur insu, la police était parfaitement informée de leurs menées.

5. Le 26 août 1993, date prévue de l'attaque, la police surveillait la zone et les complices.

A 20 h 40, une Orion (conduite par C.) vint se garer dans Crow Lane, phares allumés, près du dépôt de la poste. S. s'engagea dans Crow Lane au volant d'une Sierra, dont sortit le requérant, entièrement vêtu de noir. Il entra dans le cimetière, une veste sur le bras. Au volant de l'Orion, C. suivit la Sierra pour revenir dans Sandgate Close, où il gara le véhicule phares allumés.

A 20 h 46, les policiers virent le requérant s'allonger près de la grille à l'intérieur du cimetière, juste en face de Sandgate Close, devant un trou du grillage. A 20 h 49, il fut dérangé par un habitant du voisinage qui, passant par là, s'arrêta pour lui parler. Un employé de la poste remarqua aussi sa présence. Les policiers avaient observé toute la scène.

Vers 20 h 50, le requérant s'enfonça dans le cimetière en courant ; il s'arrêtait sans cesse pour se retourner vers le dépôt et gesticulait comme s'il voulait attirer l'attention de C., qui se trouvait dans l'Orion, garée en face. Après avoir disparu dans les buissons pendant une minute environ, il réapparut sans sa veste et se remit à courir plus avant dans le cimetière, où il fut arrêté par des policiers armés.

6. C. fut appréhendé alors qu'il se trouvait dans une voiture près du fourgon postal. Dans la voiture se trouvaient un talkie-walkie, une cagoule et des gants.

7. Derrière le buisson où l'on avait vu à un moment disparaître le requérant, on retrouva une veste de couleur claire, parsemée de fibres du même type que celles du pull-over de l'intéressé. Dans la poche de la veste, on découvrit une paire de menottes, une chaussette avec quatre cartouches de fusil de chasse et une bombe de gaz CS. Une cagoule était à demi enterrée près de la veste. Peu après, un policier découvrit une paire de gants et un fusil à canon scié enterrés non loin. Tous ces objets furent montrés au requérant sur les lieux mêmes. Il déclara ne les avoir jamais vus.

8. S. fut appréhendé à l'issue d'une course-poursuite effrénée. On retrouva dans son véhicule un autre talkie-walkie permettant de communiquer avec celui retrouvé dans la voiture de C. Une autre voiture avait également été abandonnée non loin de là. Selon l'accusation, elle était conduite par un quatrième larron. On y découvrit un dispositif de nature à permettre la surveillance d'une radio de police.

B. Le procès

9. Le procès du requérant, de S. et de C. s'ouvrit le 18 avril 1994 devant la *Central Criminal Court* de Londres. Le jour suivant, C. plaida coupable et le jury fut révoqué. Le 20 avril 1994, le procès de S. et du requérant commença devant un nouveau jury. Le 16 mai 1994, le requérant fut reconnu coupable d'association de malfaiteurs en vue de la préparation d'un vol à main armée, port d'une arme à feu et port d'une autre arme prohibée, et il écopa de onze ans d'emprisonnement.

1. La procédure de divulgation

10. Le 23 mars 1994, avant que le procès ne débute, l'accusation saisit le juge de première instance d'une requête unilatérale tendant à l'obtention d'une dispense de divulguer certaines pièces à la défense, laquelle fut informée que les pièces en question se rapportaient à des sources d'information. Le procureur décrivit au juge le contenu de ces pièces. Après avoir entendu les observations de la défense, aux termes desquelles si l'un quelconque des renseignements en cause se rapportait à l'argument

du requérant selon lequel il avait fait l'objet d'un coup monté de la part de D.W. (paragraphe 13 ci-dessous) il devait être divulgué, le juge accueillit la requête de l'accusation le 23 mars 1994. Il déclara notamment :

« (...) J'ai (...) adopté le principe selon lequel s'il existait des informations susceptibles d'aider la défense, j'en ordonnerais la divulgation. Je n'ai pas rendu pareille ordonnance. Je n'ai jugé ni nécessaire ni approprié d'ajourner la procédure non contradictoire pour en faire une procédure contradictoire (...) »

11. Le 25 avril 1994, après en avoir informé la défense, l'accusation soumit une nouvelle requête unilatérale au juge. Immédiatement après, celui-ci tint une audience contradictoire consacrée à la question de savoir s'il y avait lieu de divulguer à la défense une déposition faite par C. après son aveu de culpabilité. Durant l'audience le représentant de l'accusation décrivit en ces termes la catégorie dont relevaient les informations visées par la requête unilatérale :

« (...) la requête était double. D'une part, elle réitérait la première requête unilatérale qui concernait la source des informations. D'autre part, elle concernait des éléments d'une nature telle que le fait même d'aborder la question de savoir de quelle catégorie ils relevaient serait revenu en réalité à révéler cette catégorie; cette préoccupation particulière fut expressément examinée dans l'affaire *Davis, Johnson and Rowe* [paragraphe 23-24 ci-dessous], où il fut jugé qu'elle constituait l'une des exceptions où l'on n'indique même pas la catégorie, de crainte de révéler (...) ce que l'on cherche à protéger. »

12. Le juge lut l'intégralité de la déposition non expurgée et déclara :

« En l'espèce, l'accusé, [C.], a plaidé coupable. La cause fut ajournée afin de permettre à l'accusation d'entendre l'intéressé. On sait maintenant qu'il a fait une déclaration, mais il ne doit pas être cité comme témoin. (...) L'accusation m'a invité à prendre connaissance de certaines informations hors du cadre contradictoire, et j'ai estimé que sa requête était fondée et qu'il était approprié que j'adopte cette procédure. Comme je l'ai indiqué, si j'avais changé d'avis au cours de l'audience, j'aurais ajourné celle-ci pour inviter la défense à assister au débat. »

Il est évident pour tous, y compris chacun des accusés, que la déposition de C. doit avoir traité d'abord de la préparation de l'attaque pour laquelle l'intéressé a plaidé coupable, ainsi que des événements survenus le jour de son arrestation. L'accusation a déclaré qu'elle ne souhaitait pas produire cette partie de la déclaration de C. parce que des sources d'information sont citées dans le titre; j'ai jugé cette attitude correcte. (...) »

Conformément à la décision du juge, un résumé de la déclaration de C. dont avait été expurgée toute référence à des sources d'information fut communiqué à la défense.

2. L'argumentation du requérant

13. Le requérant déposa au procès. Sa thèse consistait à dire qu'il s'était mis d'accord avec C., qui était son beau-frère, pour enterrer certains objets qui, d'après ce qu'il savait, avaient été utilisés en rapport

avec un vol de voitures. Ces objets provenaient d'un homme appelé D.W., auquel C. était en train d'acheter une voiture. Ils avaient été remis au requérant par D.W., dans deux paquets enveloppés dans un manteau brun, le soir du 26 août 1993. Le requérant déclara que C. lui avait demandé d'enterrer les paquets à un endroit bien précis du cimetière. C'est ce qu'il avait fait le soir en question. Après avoir enterré les objets, il avait placé dans un sac le manteau brun et le couteau utilisé par lui pour creuser les trous, puis avait jeté le tout. Il déclara ne rien savoir de l'attaque à main armée qui avait été projetée, de la veste de couleur claire, des menottes, de la bombe à gaz CS, du fusil et des cartouches.

Il soutint qu'il avait été impliqué à son insu dans l'association de malfaiteurs par un informateur, même s'il ne pouvait que spéculer quant à l'identité de celui-ci et à ses motivations. C. aurait eu une relation avec la petite amie de D.W., et ce dernier aurait cherché, pour se venger, à faire croire que C. avait été impliqué dans un vol à main armée.

3. *Le résumé présenté par le juge au jury*

14. Le 13 mai 1994, le juge, résumant l'affaire à l'intention du jury, s'exprima ainsi :

« (...) Il ne fait aucun doute, n'est-ce pas, que dans cette affaire une personne au moins a fourni des informations ? Sinon, pourquoi la police aurait-elle pris la peine de placer des agents en observation ? Toute règle a ses exceptions, et la loi prévoit que si lors de son procès un accusé est gêné dans sa défense parce qu'il ne sait pas s'il y a eu ou non un informateur, ou bien, dans le cas où il sait qu'il y en a eu un, s'il ne connaît pas son identité, il peut présenter une requête au juge, lequel doit se voir communiquer l'identité du ou des informateurs et peut obliger l'accusation à donner ce renseignement. (...) »

Il vous semblera évident que dans une affaire comme celle-ci, où il y a eu au moins un informateur, vous devez examiner le rôle de ce dernier avec soin et circonspection. Si les règles sont respectées tant par la police que par le ou les informateurs, ceux-ci ne doivent pas s'entendre recommander de ne pas [sic] provoquer ou favoriser la commission d'une infraction, mais si infraction il y a ils peuvent être invités à y jouer un rôle et se retrouvent alors un pied dans chaque camp.

Il se peut naturellement qu'un informateur en fasse trop ; ce qui est suggéré en l'espèce, c'est que [D.W.] a organisé une véritable mise en scène d'attaque à main armée, peut-être pour se venger de [C.], qui tournait autour de sa petite amie, ou pour toute autre raison (éventuellement une récompense, comme la défense le suggère) ; vous devez réfléchir : [D.W.] a-t-il tout organisé pour que [C.] soit pris en flagrant délit, et [le requérant] s'est-il trouvé pris dans ce piège, tout comme [S.] aussi peut-être ? »

C. La procédure d'appel

15. Le requérant saisit la Cour d'appel. Après sa condamnation, il avait découvert qu'à plusieurs reprises dans le passé C. avait livré de

fausses informations en échange d'une récompense. Aussi pendant la procédure le requérant invita-t-il la Cour d'appel à ordonner la divulgation de quelque quatre-vingt-huit déclarations antérieurement faites par C. relativement à de prétendus aveux émanant d'autres détenus ou à des informations concernant des infractions dont C. aurait été témoin ou aurait entendu parler alors qu'il se trouvait en liberté. La requête fut rejetée par la Cour d'appel, qui se déclara «non persuadée qu'il [y eût] suffisamment d'éléments justifiant que pareille divulgation fût ordonnée».

16. Le requérant souleva deux moyens d'appel contre sa condamnation. Le premier se rapportait aux décisions du juge de première instance, le second à la déposition de C. devant l'accusation. L'acte d'appel comportait notamment le passage suivant :

« (...) En prononçant le verdict, le juge s'est explicitement référé à l'existence d'un informateur ayant joué un rôle dans l'arrestation de l'appelant et de [C.]. C'était la première fois que la défense entendait parler de pareil informateur.

Selon l'appelant, l'intérêt de la justice aurait voulu que les éléments que l'accusation avait gardés par-devers elle et qui apparemment se rapportaient à un informateur lui fussent communiqués. La défense a été objectivement désavantagée dans la présentation de sa cause au jury du fait de l'impossibilité où elle se trouvait d'établir, d'abord, l'existence de cet informateur, et, *a fortiori*, le rôle joué par lui. Privée de cet élément de preuve, la thèse du coup monté présentée par la défense reposait sur une simple affirmation, que le jury pourrait bien avoir jugée très peu crédible et absurde. (...)

(...) La défense estime que le texte de la déposition du témoin [C.] ou la ou les parties de celle-ci qui n'étaient pas couvertes par une immunité ou protection d'intérêt public auraient dû lui être communiqués dans leur version brute. En cas d'impossibilité, une nouvelle déposition aurait dû être recueillie dont on aurait omis les éléments sensibles. La solution choisie, à savoir la communication d'un «résumé», tendait clairement à éviter une vraie divulgation d'éléments reconnus pertinents et donc à avantager la Couronne et à désavantager la défense.»

17. Le 6 juin 1995, la Cour d'appel confirma la condamnation du requérant. Elle s'exprima notamment ainsi :

« (...) Au cours de la procédure, l'accusation saisit le juge d'une requête unilatérale tendant à l'obtention d'une dispense de divulguer certains éléments à la défense, sauf à lui révéler que les éléments en question se rapportaient à des sources d'information. Le juge accueillit cette requête. Par la suite, la défense argua auprès du juge que si l'un quelconque des éléments en question concernait la thèse du requérant selon laquelle [D.W.] avait monté une cabale à son encontre il devait lui être divulgué. Le 23 mars 1994, le juge refusa toutefois d'ordonner la divulgation des éléments concernés.

Ce sont ces décisions du juge qui font l'objet du premier moyen d'appel (...). L'appelant soutient que, dans l'intérêt de la justice, les éléments non divulgués auraient dû être communiqués à la défense. Nous ne voyons aucun motif d'infirmier la décision du juge. Celui-ci précisa que s'il y avait des éléments «susceptibles d'aider la

défense » il en ordonnerait la divulgation. Il est clair qu'il a examiné la question avec soin avant de rendre sa décision. Ce moyen d'appel est dépourvu de fondement.

Le second moyen d'appel se rapporte à une déposition à charge du témoin [C.]. Le 25 avril 1994, la Couronne saisit le juge d'une requête unilatérale tendant à l'approbation de la non-divulgation de la déposition de [C.] et de la solution de rechange proposée par la Couronne, à savoir la communication à la défense d'un résumé de ladite déposition. Le juge accueillit la requête et approuva la proposition. Là encore, nous n'apercevons aucun motif de désapprouver la décision prise par le juge à cet égard. (...)

En conséquence, nous rejetons cette nouvelle demande d'autorisation d'interjeter appel de la condamnation.»

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

A. L'obligation de divulgation incombant à l'accusation

18. Selon la *common law*, l'accusation a l'obligation de divulguer toute déclaration écrite ou orale faite par un témoin à charge et se révélant incompatible avec une déposition faite par le même témoin au procès. L'obligation s'étend également aux déclarations de tous témoins potentiellement favorables à la défense.

B. Les exceptions d'intérêt public à l'obligation de divulgation

1. *Les directives de l'Attorney-General (1981)*

19. En décembre 1981, l'*Attorney-General* émit des directives, qui n'avaient pas force de loi, concernant les exceptions à l'obligation, prévue par la *common law*, de communiquer à la défense certains éléments de preuve pouvant se révéler utiles pour elle (*Criminal Appeal Reports* 1982, vol. 74, p. 302; «les directives»). Ces directives visaient à codifier les règles en matière de divulgation et à délimiter le pouvoir qu'avait l'accusation de garder par-devers elle des «éléments non exploités». L'article 1 des directives définissait comme suit l'expression «éléments non exploités»:

«i. L'ensemble des témoignages et documents non inclus dans le dossier de mise en accusation communiqué à la défense; ii. les déclarations de tous témoins devant être appelés à déposer à l'audience de mise en accusation et (s'ils ne figurent pas au dossier) tous documents auxquels il est fait référence dans ces déclarations; iii. la version brute de toutes déclarations expurgées ou résumées incluses dans le dossier de mise en accusation.»

D'après l'article 2, tout élément relevant de cette définition devait être communiqué à la défense si «(...) il a[vait] une incidence sur l'infraction ou les infractions reprochées et sur les circonstances entourant l'affaire».

20. D'après les directives, l'obligation de divulgation était assortie du pouvoir discrétionnaire pour le représentant de l'accusation de garder par-devers lui des éléments pertinents lorsque ces éléments relevaient de l'une des catégories définies à l'article 6. L'une de ces catégories (6 iv) englobait des éléments «sensibles» que, de ce fait, il valait mieux, dans l'intérêt public, ne pas divulguer. Ces éléments sensibles étaient ainsi définis :

« (...) a) ceux qui touchent à des questions intéressant la sécurité nationale, émanent d'un agent des services de sécurité ou divulguent l'identité d'un agent des services de sécurité qui ne pourrait plus être utilisé par lesdits services une fois son identité connue ; b) ceux qui émanent d'un informateur ou divulguent l'identité d'un informateur lorsqu'il y a des raisons de craindre que la divulgation de l'identité de l'intéressé compromettrait sa sécurité ou celle de sa famille ; c) ceux qui émanent d'un témoin ou divulguent l'identité d'un témoin qui courrait le risque d'être agressé ou de faire l'objet d'intimidations si son identité venait à être connue ; d) ceux qui comportent des précisions qui, si elles venaient à être connues, pourraient faciliter la commission d'autres infractions ou alerter une personne non détenue du fait que des soupçons pèsent sur elle, ou qui trahissent une forme inhabituelle de surveillance ou une méthode inhabituelle de découverte d'une infraction ; e) ceux qui ne sont fournis qu'à condition que le contenu n'en soit pas divulgué, du moins tant qu'une assignation n'a pas été signifiée au fournisseur, par exemple à un cadre bancaire ; f) ceux qui se rapportent à d'autres infractions ou allégations graves d'infractions commises par une personne non accusée ou qui révèlent des condamnations antérieures ou d'autres précisions de nature à nuire à cette personne ; g) ceux qui comportent des détails d'ordre privé concernant leur auteur et qui pourraient compromettre la paix de son ménage. »

Aux termes de l'article 8, «pour déterminer s'il y a lieu ou non de divulguer des déclarations contenant des éléments sensibles, il convient de ménager un équilibre entre le degré de sensibilité des éléments en question et la mesure dans laquelle les informations en cause pourraient aider la défense». La décision de savoir si l'équilibre à ménager dans une affaire donnée nécessite ou non la divulgation d'éléments sensibles appartenait à l'accusation, qui devait cependant statuer en faveur de la divulgation en présence du moindre doute. S'il se révélait, avant ou pendant le procès, qu'une question touchant à l'obligation de divulguer était en jeu mais qu'une divulgation ne serait pas dans l'intérêt public, à cause du caractère sensible des éléments concernés, l'accusation devait être abandonnée.

2. R. v. Ward (1992)

21. Depuis 1992, les directives ont été remplacées par la *common law*, et notamment par une série de décisions rendues par la Cour d'appel.

Dans sa décision *R. v. Ward* (*Weekly Law Reports* 1993, vol. 1, p. 619), la Cour d'appel se pencha sur les obligations de l'accusation en matière de divulgation des éléments de preuve à la défense et sur la procédure à

suivre lorsque l'accusation soutient que certains éléments sont couverts par une immunité d'intérêt public. Elle souligna que c'était au tribunal et non à l'accusation qu'il appartenait de dire où se situait, dans une affaire donnée, le juste équilibre à ménager. A cet égard, elle déclara :

« (...) En agissant comme juge en sa propre cause sur la question de l'immunité d'intérêt public en l'espèce, l'accusation a commis un nombre important d'erreurs qui ont nui à l'équité de la procédure. Aussi des considérations de politique judiciaire renforcent-elles beaucoup l'idée qu'il ne serait pas bon d'autoriser l'accusation à garder par-devers elle des documents pertinents sans en informer la défense. Si, dans une espèce tout à fait exceptionnelle, l'accusation n'est pas disposée à faire trancher la question de l'immunité d'intérêt public par une juridiction, le résultat doit en être inévitablement l'abandon des poursuites. »

La Cour d'appel décrit comme suit l'exercice de mise en balance devant être accompli par le juge :

« (...) le juge met en balance, d'une part, le caractère souhaitable d'une préservation de l'intérêt public à ne pas divulguer, et, de l'autre, l'intérêt de la justice. Lorsque ce dernier est en jeu dans une affaire pénale touchant et concernant la liberté, voire, à l'occasion, la vie, le poids qu'il convient de lui accorder est évidemment très important. »

3. R. v. Trevor Douglas K. (1993)

22. Dans sa décision *R. v. Trevor Douglas K.* (*Criminal Appeal Reports* 1993, vol. 97, p. 342), la Cour d'appel souligna que pour effectuer l'exercice de mise en balance visé dans l'arrêt *Ward*, le tribunal doit examiner lui-même *de visu* les éléments litigieux :

« La Cour d'appel estime que le fait d'exclure des preuves sans que la possibilité ait été donnée de vérifier leur pertinence et leur importance s'analyse en une irrégularité matérielle. Lorsque l'accusation invoque une immunité d'intérêt public pour un document, c'est au tribunal qu'il appartient de décider si l'argument peut être accueilli ou non. Pour ce faire, le tribunal doit se livrer à un exercice de mise en balance. Cet exercice ne peut être effectué que par le juge lui-même, qui doit examiner ou analyser *de visu* les preuves, de manière à pouvoir les mettre en rapport avec les faits. Ce n'est que de cette manière qu'il peut être en mesure de mettre en balance l'intérêt de reconnaître une immunité d'intérêt public et l'intérêt de garantir à la partie sollicitant la divulgation des éléments litigieux l'équité de la procédure. »

La Cour d'appel précisa également que lorsqu'un accusé la saisit au motif que l'accusation a, de manière illégitime, gardé certains éléments par-devers elle, il lui faut examiner elle-même les éléments en question dans le cadre d'une procédure non contradictoire.

4. R. v. Davis, Johnson and Rowe (1993)

23. Dans sa décision *R. v. Davis, Johnson and Rowe* (*Weekly Law Reports* 1993, vol. 1, p. 613), la Cour d'appel jugea qu'il n'était pas nécessaire

dans chaque espèce que l'accusation informe la défense de son souhait d'invoquer une immunité d'intérêt public. Elle décrivit à cet égard trois procédures différentes.

La première, qu'il y a lieu de suivre en général, consiste pour l'accusation à informer la défense qu'elle sollicite du tribunal une décision et à indiquer au moins à la défense quelle catégorie d'éléments elle détient. La défense se voit alors donner l'occasion de formuler des observations au tribunal.

Dans le cadre de la deuxième procédure, en revanche, là où la divulgation de la catégorie dont relèvent les éléments en question aboutirait de fait à révéler ce que l'accusation affirme ne pouvoir l'être, l'accusation doit aussi informer la défense qu'une requête va être adressée au tribunal, mais elle n'est pas obligée de faire connaître la catégorie dont relèvent les éléments en question, et la requête est formulée dans le cadre d'une procédure non contradictoire.

La troisième procédure s'appliquerait dans un cas exceptionnel, où la divulgation du fait même qu'une requête unilatérale va être introduite équivaldrait de fait à révéler la nature des preuves en question. Dans ce cas, l'accusation pourrait saisir le tribunal d'une requête unilatérale sans en avertir la défense.

24. La Cour d'appel observa que, si les requêtes unilatérales limitaient les droits de la défense dans certains cas, la seule solution de rechange consisterait à obliger l'accusation à choisir entre suivre une procédure contradictoire ou abandonner les poursuites, et dans des cas rares mais graves, l'abandon des poursuites dans le but de protéger des éléments sensibles serait contraire à l'intérêt public. Elle évoqua le rôle important joué par le juge dans le contrôle de l'opinion de l'accusation quant au juste équilibre à ménager et fit observer que même dans les cas où le caractère sensible des informations requérait une procédure non contradictoire la défense bénéficiait d'une «protection aussi grande qu'il [était] possible de lui donner sans qu'il ne soit porté atteinte à l'intérêt public». Enfin, elle souligna qu'il incombait au tribunal de continuer à surveiller la situation au fur et à mesure que le procès avançait. Il était possible que surgissent au cours du débat des questions de nature à affecter l'équilibre recherché et à exiger une divulgation de certaines données «afin de garantir à l'accusé l'équité de la procédure». Aussi fallait-il veiller à ce que ce soit le même juge ou la même formation de juges qui connaisse de la requête et qui assure la conduite du procès.

5. *R. v. Keane (1994)*

25. Dans sa décision *R. v. Keane* (*Weekly Law Reports* 1994, vol. 1, p. 747), la Cour d'appel souligna que dès lors que la procédure non contradictoire décrite dans *R. v. Davis, Johnson and Rowe* était «contraire au principe

général d'une justice ouverte en matière pénale» il ne fallait y recourir que dans des cas exceptionnels. On assisterait à une abdication du devoir de l'accusation si, par excès de précaution, celle-ci se contentait de «déverser devant le tribunal tous ses éléments non exploités, s'en remettant à lui pour les trier, indépendamment de leur pertinence pour les questions actuelles ou potentielles». Ainsi, l'accusation ne devait produire devant le tribunal que les documents qu'elle jugeait pertinents et souhaitait ne pas devoir divulguer. Les éléments «pertinents» étaient ceux que, de façon raisonnable, l'accusation pouvait considérer comme i. pertinents ou éventuellement pertinents pour un aspect de la cause, ii. soulevant ou susceptibles de soulever une nouvelle question dont l'existence ne transparaisait pas des preuves que l'accusation entendait utiliser, ou iii. recelant un risque réel (et non purement imaginaire) de fournir des indications quant à des preuves relevant des points i et ii. Exceptionnellement, en cas de doute quant à la pertinence des documents ou témoignages en cause, le tribunal pouvait être invité à statuer sur la question. Afin d'aider l'accusation à décider si des éléments en sa possession étaient «pertinents» et pour faciliter au juge l'accomplissement de son exercice de mise en balance, la défense avait la faculté d'indiquer tout moyen ou toute question qu'elle entendait soulever.

6. *R. v. Rasheed (1994)*

26. Dans sa décision *R. v. Rasheed* (*The Times*, 20 mai 1994), la Cour d'appel jugea que l'omission par l'accusation de divulguer le fait qu'un témoin à charge dont la déposition est contestée a sollicité ou obtenu une récompense pour les informations fournies par lui constitue une irrégularité de fond justifiant l'infirmité d'une condamnation.

7. *R. v. Winston Brown (1994)*

27. Dans sa décision *R. v. Winston Brown* (*Criminal Appeal Reports* 1995, vol. 1, p. 191), la Cour d'appel passa en revue le fonctionnement des directives. Elle déclara :

«L'objectif poursuivi par l'*Attorney-General* était indubitablement d'améliorer la pratique existante de divulgation des données par la Couronne. C'est là un objectif louable. Mais l'*Attorney-General* ne cherchait pas à créer des règles de droit, ce qui eût d'ailleurs certainement excédé ses pouvoirs (...). Les directives ne sont qu'un ensemble d'instructions à l'attention des juristes du service des poursuites de la Couronne et des représentants de celle-ci (...). Considérées simplement comme un ensemble d'instructions destinées aux procureurs, les directives seraient insusceptibles de critique si elles suivaient exactement les contours de l'obligation de divulgation que prévoit la *common law* (...). En revanche, si jugées à l'aune des critères actuels les directives réduisent les obligations que la *common law* fait peser sur la Couronne et

réduisent ainsi les droits que la *common law* garantit aux accusés, elles doivent être réputées *pro tanto* illégales (...)

[A]ujourd'hui, les directives enfreignent les exigences du principe de divulgation sous un certain nombre d'aspects d'une importance capitale. Premièrement, la décision rendue dans l'affaire *Ward* a établi qu'il appartient au tribunal et non au représentant de l'accusation de trancher les questions litigieuses concernant les données susceptibles d'être divulguées, et de statuer sur les motifs juridiques avancés pour justifier la non-production d'éléments pertinents (...). Aux fins de la présente espèce, il y a un point qui revêt une importance cruciale: il ne ressort absolument pas des directives que c'est au tribunal qu'il appartient en définitive de se prononcer sur la nécessité ou non de divulguer (...). Deuxièmement, les directives ne présentent pas de manière exhaustive l'obligation de divulgation que fait peser la *common law* sur l'accusation (*R. v. Ward*, pp. 25 et 681D). Dans cette mesure également, elles sont dépassées. Troisièmement, les directives ont été rédigées avant que n'interviennent des changements très importants dans le domaine de l'immunité d'intérêt public. [A]insi, l'article 6 des directives est libellé d'une manière telle que le procureur jouit d'un pouvoir discrétionnaire en la matière (...). Beaucoup de ce qui relève de la catégorie des « éléments sensibles » est, à n'en pas douter, couvert par la notion d'immunité d'intérêt public. Mais ce n'est pas le cas de toutes les données (...)

8. *R. v. Turner (1994)*

28. Dans sa décision *R. v. Turner* (*Weekly Law Reports* 1995, vol. 1, p. 264), la Cour d'appel, revenant sur l'exercice de mise en balance, déclara notamment :

« Depuis la décision *R. v. Ward* (...), on constate une tendance croissante, de la part des accusés, à solliciter la divulgation des noms et du rôle joué par les informateurs en soutenant que ces éléments revêtent une importance essentielle pour leur défense. On a vu se multiplier les défenses consistant à dire que l'accusé avait été victime d'un coup monté, ainsi que les allégations de recours à la contrainte par les autorités, choses qui étaient rares par le passé. Nous souhaitons attirer l'attention des juges sur la nécessité d'examiner avec un soin particulier les demandes de divulgation de précisions concernant des informateurs. Les juges doivent faire preuve de beaucoup de discernement pour déterminer si sont justifiées les allégations selon lesquelles l'accusé a besoin de connaître pareilles précisions au motif que celles-ci revêtent une importance essentielle pour sa défense. Si elles ne le sont pas, il faut alors que le juge adopte une attitude de fermeté pour refuser d'ordonner la divulgation des données litigieuses. Il est manifeste que l'on peut distinguer entre les affaires où les circonstances font apparaître qu'il n'y a aucune possibilité réaliste que les renseignements concernant l'informateur aient une incidence sur les questions à trancher et celles où les circonstances laissent entrevoir pareille possibilité. Là encore, il y a des affaires où l'informateur est un informateur et rien de plus, et il y en a d'autres où l'informateur peut avoir participé aux faits constitutifs de l'infraction ou à des faits l'ayant entourée ou suivie. Même là où l'informateur a participé à semblables faits, le juge doit se demander si le rôle joué par celui-ci a une incidence telle sur une question présentant un intérêt actuel ou potentiel pour la défense qu'il rend nécessaire la divulgation sollicitée (...)

Qu'il nous suffise de dire qu'en l'espèce nous sommes convaincus que les renseignements relatifs à l'informateur révélaient sa participation aux événements en

rapport avec l'infraction, ce qui, combiné avec la manière dont la défense s'est articulée d'emblée, l'accusé affirmant être la victime d'un coup monté, faisait ressortir la nécessité pour la défense de connaître l'identité de l'informateur et le rôle joué par lui à cet égard. En conséquence, si l'on applique le principe énoncé dans la décision *R. v. Keane* (...) aux faits de la présente espèce, il ne peut y avoir qu'une réponse à la question de savoir si les données relatives à l'informateur étaient d'une importance telle pour les questions présentant un intérêt actuel ou potentiel pour la défense que l'équilibre que le juge avait à ménager plaiderait nettement en faveur d'une divulgation.»

9. *La loi de 1996 sur la procédure pénale et les enquêtes*

29. A la suite du procès du requérant un nouveau régime légal précisant l'obligation de divulgation incombant à l'accusation est entré en vigueur en Angleterre et au pays de Galles. En vertu de la loi de 1996, l'accusation doit opérer une « première divulgation » de l'ensemble des éléments non divulgués antérieurement qui, de l'avis du procureur, pourraient affaiblir la thèse de l'accusation. L'accusé doit alors soumettre à l'accusation et au tribunal une déclaration exposant dans ses grandes lignes la nature de sa défense et les questions sur lesquelles il n'est pas d'accord avec l'accusation. Celle-ci opère alors une « seconde divulgation » de l'ensemble des éléments précédemment non divulgués « dont on peut raisonnablement supposer qu'ils peuvent aider la défense de l'accusé telle que celle-ci se dégage de la déclaration de défense ». La manière dont l'accusation s'acquitte de ses obligations en matière de divulgation peut être contrôlée par le tribunal sur demande de l'accusé.

C. L'« avocat spécial »

30. A la suite des arrêts rendus par la Cour européenne des Droits de l'Homme dans les affaires *Chahal c. Royaume-Uni* (15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V) et *Tinnelly & Sons Ltd et autres et McElduff et autres c. Royaume-Uni* (10 juillet 1998, *Recueil* 1998-IV), le Royaume-Uni a adopté un dispositif prévoyant la désignation d'un « avocat spécial » dans certaines affaires touchant à la sécurité nationale. Les dispositions en sont contenues dans la loi de 1997 sur la Commission spéciale de recours en matière d'immigration (*Special Immigration Appeals Commission Act* – « la loi de 1997 ») et dans la loi de 1998 sur l'Irlande du Nord (*Northern Ireland Act* – « la loi de 1998 »). En vertu de cette législation, lorsqu'il est nécessaire pour des motifs tenant à la sécurité nationale que le tribunal saisi siège à huis clos en l'absence de la personne concernée et de ses représentants, l'*Attorney-General* peut désigner un avocat spécial pour assumer dans la procédure les intérêts de la personne concernée. La législation prévoit que l'avocat spécial n'est toutefois pas « responsable envers la personne dont il est chargé d'assumer les intérêts », ce qui a

pour effet d'autoriser et d'obliger l'avocat spécial à garder secrète toute information ne pouvant être divulguée.

31. Ainsi, par exemple, en matière d'immigration les règles pertinentes au regard de la loi de 1997 sont contenues dans le règlement de procédure de 1998, pris pour l'application de la loi sur la Commission spéciale de recours en matière d'immigration (*Statutory Instrument* n° 1998/1881). L'article 3 de ce règlement de procédure prévoit que, dans l'exercice de ses fonctions, la Commission de recours veille à ce qu'aucune divulgation d'informations n'ait lieu qui soit contraire aux intérêts de la sécurité nationale, aux relations internationales du Royaume-Uni, à la découverte ou à la prévention des infractions, ou en toutes autres circonstances où pareille divulgation serait de nature à nuire à l'intérêt public. L'article 7 se rapporte à l'avocat spécial institué par l'article 6 de la loi de 1997. Il prévoit notamment ce qui suit :

« 7. (...)»

4) La fonction de l'avocat spécial est de représenter les intérêts de l'appelant

a) en formulant des observations devant la Commission de recours dans toute procédure dont l'appelant ou son représentant sont exclus ;

b) en contre-interrogeant les témoins dans toute procédure de ce type ;

c) en présentant des observations écrites à la Commission de recours.

5) Sauf ce qui est dit aux paragraphes 6 à 9, l'avocat spécial ne peut communiquer directement ou indirectement avec l'appelant ou son représentant sur aucune question liée à la procédure devant la Commission de recours.

6) L'avocat spécial peut communiquer avec l'appelant et son représentant à tout moment avant que le ministre ne lui soumette les éléments en cause.

7) A tout moment après que le ministre a communiqué les éléments en cause conformément à l'article 10 § 3, l'avocat spécial peut demander à la Commission de recours des instructions l'autorisant à solliciter de l'appelant ou de son représentant des informations en rapport avec la procédure.

8) La Commission de recours informe le ministre de toute demande d'instructions formulée au titre du paragraphe 7, et le ministre doit, dans un délai précisé par la Commission de recours, informer celle-ci de toute objection qu'il peut avoir à la communication des informations sollicitées ou à la forme proposée pour cette communication.

9) Lorsque le ministre formule une objection au titre du paragraphe 8, l'article 11 s'applique en tant que de besoin.

(...)»

Les articles 10 et 11, auxquels l'article 7 se réfère, prévoient :

« 10. 1) Si le ministre entend s'opposer au recours, il doit, au plus tard dans les quarante-deux jours de la réception par lui d'une copie de l'acte d'appel,

a) produire devant la Commission de recours un résumé des faits sous-jacents à la décision attaquée, ainsi que les motifs de cette décision ;

b) informer la Commission de recours des raisons pour lesquelles il s'oppose au recours; et

c) produire devant la Commission de recours une déclaration relative aux preuves invoquées par lui à l'appui.

2) Lorsque le ministre s'oppose à ce que des éléments mentionnés au paragraphe 1 soient divulgués à l'appelant ou à son représentant, il doit également

a) énoncer les raisons de son objection;

b) produire une description des éléments litigieux revêtant une forme pouvant être montrée à l'appelant, si et dans la mesure où il lui est possible de le faire sans divulguer d'informations contraires à l'intérêt public.

3) Lorsqu'il formule une objection au titre du paragraphe 2, le ministre doit dès que possible mettre à la disposition de l'avocat spécial les éléments qu'il a produits devant la Commission de recours en vertu des paragraphes 1 et 2.

11. 1) La procédure visée au présent article se déroule en l'absence de l'appelant et de son représentant.

2) La Commission de recours statue sur la question de savoir s'il convient ou non d'entériner l'objection du ministre.

3) Elle invite au préalable l'avocat spécial à soumettre des observations écrites.

4) Après avoir examiné les observations soumises au titre du paragraphe 3, elle peut

a) inviter l'avocat spécial à formuler des observations orales; ou

b) entériner les objections du ministre sans inviter l'avocat spécial à soumettre de nouvelles observations.

5) Lorsque la Commission de recours entend passer outre l'objection du ministre ou inviter celui-ci à produire des éléments sous une forme différente de celle sous laquelle il les a produits au titre de l'article 10 § 2 b), elle doit inviter le ministre et l'avocat spécial à formuler des observations orales.

6) Lorsque

a) la Commission de recours passe outre l'objection du ministre ou lui demande de produire des éléments sous une forme différente de celle sous laquelle il les a produits au titre de l'article 10 § 2 b), et que

b) le ministre souhaite s'opposer au recours,

il ne doit être invité à divulguer aucun élément couvert par l'objection rejetée s'il choisit de ne pas s'en prévaloir en s'opposant au recours.»

32. Dans le contexte de la procédure relative à l'égalité en matière d'emploi en Irlande du Nord, le régime mis en place par les articles 90 à 92 de la loi de 1998 et par les articles pertinents du règlement de procédure est identique au mécanisme adopté en vertu de la loi de 1997 (ci-dessus).

33. De surcroît, le gouvernement a déposé il y a peu devant le parlement deux projets qui prévoient la désignation d'«avocats spéciaux» (intervenant dans les mêmes conditions) dans d'autres

circonstances. Le projet de 1999 sur les communications électroniques prévoit la désignation d'un «représentant spécial» dans les procédures devant un tribunal des communications électroniques devant être établi pour examiner les plaintes relatives à l'interception et à l'interprétation des communications électroniques. Dans le contexte de la procédure pénale, le projet de 1999 sur la justice pour les jeunes et les preuves en matière pénale prévoit la désignation par le tribunal d'un avocat spécial dans tous les cas où un juge interdit à un accusé non représenté de contre-interroger personnellement le plaignant qui se dit victime d'une infraction sexuelle.

PROCÉDURE DEVANT LA COMMISSION

34. M. Fitt a saisi la Commission le 30 novembre 1995. Il alléguait que son procès en première instance et la procédure devant la Cour d'appel avaient violé les droits à lui garantis par l'article 6 §§ 1, 2 et 3 b) et d) de la Convention.

35. La Commission a déclaré la requête (n° 29777/96) recevable le 15 septembre 1997. Dans son rapport du 20 octobre 1998 (ancien article 31 de la Convention) elle formule l'avis, par dix-huit voix contre douze, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 combiné avec l'article 6 § 3 b) et d), et, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 2. Le texte intégral de son avis et de l'opinion dissidente dont il s'accompagne figure en annexe au présent arrêt.

CONCLUSIONS PRÉSENTÉES À LA COUR

36. Dans son mémoire comme à l'audience, le requérant a invité la Cour à juger que, considérées globalement, les procédures suivies devant la *Crown Court* et la Cour d'appel ont violé l'article 6 § 1 de la Convention combiné avec l'article 6 § 3 b) et d), et à lui accorder une satisfaction équitable au titre de l'article 41. Il n'a pas maintenu le grief tiré de l'article 6 § 2 qu'il avait soulevé devant la Commission.

Le Gouvernement demande pour sa part à la Cour de dire qu'il n'y a pas eu violation de la Convention en l'espèce.

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 §§ 1 ET 3 b) ET d) DE LA CONVENTION

37. Le requérant allègue que, prises ensemble, les procédures devant la *Crown Court* et la Cour d'appel ont violé les droits à lui garantis par

l'article 6 §§ 1 et 3 b) et d) de la Convention, dont les parties pertinentes en l'espèce sont ainsi libellées :

« 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 (...) du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. (...)

(...)

3. Tout accusé a droit notamment à :

(...)

b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;

(...)

d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ;

(...)

38. L'intéressé considère que toute omission de divulguer des preuves pertinentes sape le droit à un procès équitable. Avec le Gouvernement et la Commission, il reconnaît que le droit à une divulgation intégrale n'est pas absolu et peut, lorsque sont poursuivis des buts légitimes, tels que la protection de la sécurité nationale, de témoins vulnérables ou de sources d'information, être soumis à des limitations, mais il estime que toute restriction aux droits de la défense doit être strictement proportionnée et assortie de garanties procédurales propres à compenser le handicap infligé à la défense. Tout en admettant que dans certaines circonstances il pourrait être nécessaire, dans l'intérêt public, d'exclure l'accusé et ses représentants de la procédure de divulgation, il soutient que les audiences non contradictoires devant le juge (paragraphe 10-12 ci-dessus) ont violé l'article 6 de la Convention, dès lors qu'elles n'offraient aucune garantie contre les préventions ou erreurs judiciaires et qu'il n'y fut pas possible de présenter des arguments au nom de l'accusé.

39. Le requérant estime qu'il était nécessaire, aux fins de l'article 6, de contrebalancer la non-participation de la défense à la procédure par l'introduction d'un élément contradictoire tel que la désignation d'un avocat indépendant qui eût été à même de présenter des arguments pour le compte de la défense quant au caractère pertinent ou non des preuves non divulguées, de vérifier le bien-fondé de la demande de reconnaissance d'une immunité d'intérêt public présentée par l'accusation et d'agir comme rempart indépendant contre le risque d'erreurs ou de préventions judiciaires. Et de citer quatre cas où une procédure faisant intervenir un «avocat spécial» a été introduite au Royaume-Uni (paragraphe 30-33 ci-dessus). Ces exemples démontreraient qu'un mécanisme de rechange était disponible qui eût assuré, dans toute la

mesure du possible, le respect des droits de la défense dans le cadre d'une audience consacrée à l'examen de la question de savoir si l'intérêt public justifiait la rétention par l'accusation de certains éléments de preuve, tout en prenant en compte des soucis légitimes relatifs, par exemple, à la sécurité nationale ou à la protection de témoins ou de sources d'information, et il incomberait au Gouvernement de démontrer qu'il n'était pas possible en l'espèce d'introduire pareille procédure.

40. Le Gouvernement admet que, dans les affaires où, pour des motifs d'intérêt public, des éléments pertinents ou potentiellement pertinents n'ont pas été divulgués à la défense, il importe de veiller à l'existence de garanties suffisantes pour protéger les droits de l'accusé. Il considère que le droit anglais, en principe comme en pratique dans la cause du requérant, offrait le niveau requis de protection. La procédure décrite par la Cour d'appel dans sa décision *R. v. Davis, Johnson and Rowe* (paragraphe 23-24 ci-dessus) et qui fut suivie lors du procès du requérant garantissait à l'accusé et à ses avocats le maximum d'informations possible et les meilleures possibilités de présenter des observations au tribunal, sans mettre en péril la confidentialité des preuves qu'il était nécessaire, dans l'intérêt public, de dissimuler à la défense.

41. Le Gouvernement soutient que le système faisant intervenir un avocat spécial proposé par le requérant ne s'imposait pas pour assurer le respect de l'article 6. La situation en l'espèce contrasterait avec celle qui prévalait dans les procédures en matière d'immigration, où, avant l'introduction du système prévoyant l'intervention d'un avocat spécial (arrêt *Chahal* cité au paragraphe 30 ci-dessus), il arrivait que le ministre souhaite expulser un individu pour des motifs tenant à la sécurité nationale: en l'occurrence, le juge national fut parfaitement en mesure d'examiner et de trancher l'ensemble des questions relatives à la divulgation des preuves. De surcroît, le système proposé engendrerait des difficultés importantes sur le plan pratique, par exemple pour déterminer les obligations de l'avocat spécial envers l'accusé, la quantité d'informations qu'il serait libre de transmettre à l'accusé et à ses avocats, ou encore la qualité des instructions qu'il pourrait escompter recevoir de la défense. Pareilles difficultés seraient particulièrement aiguës dans les affaires où il y a plusieurs accusés, car pour éviter le risque de conflits d'intérêts il faudrait alors désigner un avocat spécial pour chacun, de même que dans les procès de longue durée, où les questions de divulgation évoluent constamment.

42. La Commission considère que la procédure pénale intentée à l'encontre du requérant a été équitable, dès lors que le juge de première instance, qui statua sur la question de la divulgation des preuves, connaissait tant le contenu des preuves non divulguées que la nature des arguments de l'accusé, et était ainsi à même de mettre en balance

l'intérêt du requérant à une divulgation des éléments litigieux et l'intérêt public à leur dissimulation.

43. La Cour rappelle que les exigences du paragraphe 3 de l'article 6 représentent des aspects particuliers du droit à un procès équitable garanti par le paragraphe 1 (arrêt *Edwards c. Royaume-Uni* du 16 décembre 1992, série A n° 247-B, p. 34, § 33). Eu égard aux circonstances de l'espèce, elle juge superflu d'examiner séparément sous l'angle du paragraphe 3 b) et d) les allégations du requérant, celles-ci s'analysant en un grief selon lequel l'intéressé n'a pas bénéficié d'un procès équitable. Aussi se bornera-t-elle à rechercher si, considérée dans son ensemble, la procédure a revêtu un caractère équitable (*ibidem*, pp. 34-35, § 34).

44. Tout procès pénal, y compris ses aspects procéduraux, doit revêtir un caractère contradictoire et garantir l'égalité des armes entre l'accusation et la défense : c'est là un des aspects fondamentaux du droit à un procès équitable. Le droit à un procès pénal contradictoire implique, pour l'accusation comme pour la défense, la faculté de prendre connaissance des observations ou éléments de preuve produits par l'autre partie (arrêt *Brandstetter c. Autriche* du 28 août 1991, série A n° 211, pp. 27-28, §§ 66-67). De surcroît, l'article 6 § 1 exige, comme du reste le droit anglais (paragraphe 18 ci-dessus), que les autorités de poursuite communiquent à la défense toutes les preuves pertinentes en leur possession, à charge comme à décharge (arrêt *Edwards* précité, p. 35, § 36).

45. Cela dit, le requérant l'admet d'ailleurs (paragraphe 38 ci-dessus), le droit à une divulgation des preuves pertinentes n'est pas absolu. Dans une procédure pénale donnée, il peut y avoir des intérêts concurrents – tels que la sécurité nationale ou la nécessité de protéger des témoins risquant des représailles ou de garder secrètes des méthodes policières de recherche des infractions – qui doivent être mis en balance avec les droits de l'accusé (voir, par exemple, l'arrêt *Doorson c. Pays-Bas* du 26 mars 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II, p. 470, § 70). Dans certains cas, il peut être nécessaire de dissimuler certaines preuves à la défense, de façon à préserver les droits fondamentaux d'un autre individu ou à sauvegarder un intérêt public important. Toutefois, seules sont légitimes au regard de l'article 6 § 1 les mesures restreignant les droits de la défense qui sont absolument nécessaires (arrêt *Van Mechelen et autres c. Pays-Bas* du 23 avril 1997, *Recueil* 1997-III, p. 712, § 58). De surcroît, si l'on veut garantir un procès équitable à l'accusé, toutes difficultés causées à la défense par une limitation de ses droits doivent être suffisamment compensées par la procédure suivie devant les autorités judiciaires (arrêts *Doorson* précité, p. 471, § 72, et *Van Mechelen et autres* précité, p. 712, § 54).

46. Lorsque des preuves ont été dissimulées à la défense au nom de l'intérêt public, il n'appartient pas à la Cour de dire si pareille attitude était absolument nécessaire car, en principe, c'est aux juridictions internes qu'il revient d'apprécier les preuves produites devant elles (arrêt Edwards précité, pp. 34-35, § 34). De toute manière, dans beaucoup d'affaires où, comme en l'occurrence, les preuves en question n'ont jamais été révélées, il ne serait pas possible à la Cour de chercher à mettre en balance l'intérêt public à une non-divulgaration des éléments litigieux et l'intérêt de l'accusé à se les voir communiquer. Aussi la Cour doit-elle examiner si le processus décisionnel a satisfait dans toute la mesure du possible aux exigences du contradictoire et de l'égalité des armes et s'il était assorti de garanties aptes à protéger les intérêts de l'accusé.

47. Le 23 mars 1994, l'accusation saisit le juge d'une requête unilatérale tendant à l'obtention d'une dispense de divulgation. La défense fut informée que les éléments en question se rapportaient à des sources d'information et put soumettre au juge des observations exposant les grandes lignes de son argumentation et sollicitant la divulgation de toute preuve y relative. Hors la présence de la défense, le représentant de l'accusation décrit les preuves au juge, qui décida qu'elles ne devaient pas être divulguées. Le juge expliqua que pour effectuer l'exercice de mise en balance il avait adopté le principe selon lequel «s'il existait des informations susceptibles d'aider la défense, [il] en ordonnerai[t] la divulgation». L'accusation présenta le 25 avril 1994 une seconde requête unilatérale, qui fut suivie d'une audience contradictoire consacrée à la question de savoir si une déposition faite par C. après avoir plaidé coupable devait être communiquée à la défense. Au cours de cette audience, la défense put présenter ses arguments en faveur d'une divulgation et entendre ceux en sens contraire de l'accusation, ainsi que les motifs retenus par le juge pour ne pas ordonner une divulgation intégrale de la déposition. Si le juge se prononça contre une divulgation intégrale de la déposition litigieuse, au motif qu'elle mentionnait des sources d'information, la défense en obtint un résumé (paragraphe 10-12 ci-dessus).

48. La Cour considère que la défense a été tenue informée et a eu l'occasion de formuler des observations et de participer au processus décisionnel autant qu'il était possible sans que lui fussent divulgués les éléments de preuve que, pour des motifs d'intérêt public, l'accusation souhaitait ne pas devoir communiquer. S'il est vrai que, dans un certain nombre de contextes différents, le Royaume-Uni a introduit ou est en train d'introduire un système prévoyant l'intervention d'un «avocat spécial» (paragraphe 30-33 ci-dessus), la Cour considère que pareille procédure n'était pas nécessaire en l'espèce. Elle relève en particulier que l'accusation ne s'est en l'occurrence nullement prévalu des éléments non divulgués, lesquels n'ont au demeurant jamais été portés à la connaissance du jury. Cette situation doit être distinguée de celles auxquelles les lois de 1997 et 1998 entendaient porter remède, à savoir

celles où les décisions attaquées se fondaient sur des éléments aux mains de l'exécutif qui n'avaient jamais été soumis aux juridictions de contrôle.

49. Le fait que la nécessité d'une divulgation fut à tout moment sujette à l'appréciation du juge fournit une garantie supplémentaire importante, dès lors que le magistrat avait l'obligation de vérifier tout au long du procès que la non-divulgation des preuves n'était pas contraire à l'équité. Nul n'a prétendu que le juge n'était pas indépendant et impartial, au sens de l'article 6 § 1. Il avait une parfaite connaissance de l'ensemble des preuves et questions soulevées par l'espèce et, tant avant que pendant le procès, il s'est trouvé en mesure de contrôler la pertinence pour la défense des informations non communiquées à celle-ci. On peut de plus supposer – notamment parce qu'il déclara explicitement le 23 mars qu'il aurait ordonné la divulgation si cela avait pu aider la défense – qu'il a appliqué les principes qui avaient peu auparavant été dégagés par la Cour d'appel et qui voulaient, par exemple, que dans la mise en balance de l'intérêt public à dissimuler des preuves, d'une part, et de l'intérêt de l'accusé à se les voir communiquer, de l'autre, un grand poids fût attaché à l'intérêt de la justice, et que le juge continuât à apprécier la nécessité d'une divulgation tout au long du procès (voir les arrêts *Ward* et *Davis, Johnson and Rowe* cités aux paragraphes 21 et 23-24 ci-dessus). La jurisprudence de la Cour d'appel anglaise montre que l'appréciation à laquelle le juge doit se livrer remplit les conditions qui, d'après la jurisprudence de la Cour européenne, sont essentielles pour garantir un procès équitable dans les cas de non-divulgation d'éléments détenus par l'accusation (paragraphes 44-45 ci-dessus). En l'occurrence, la juridiction interne de première instance a donc appliqué des normes qui respectaient les principes pertinents d'équité procédurale consacrés par l'article 6 § 1 de la Convention. De surcroît, une fois saisie la Cour d'appel recherche également si les preuves litigieuses auraient ou non dû être divulguées (paragraphes 15-17 ci-dessus), offrant ainsi un degré accru de protection des droits du requérant.

50. En conclusion, la Cour estime que le processus décisionnel a satisfait autant que possible aux exigences du contradictoire et de l'égalité des armes et qu'il était assorti de garanties aptes à protéger les intérêts de l'accusé. Il s'ensuit qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 en l'espèce.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 § 2 DE LA CONVENTION

51. Le requérant n'a pas maintenu devant la Cour ce grief qu'il avait soulevé devant la Commission, et la Cour n'aperçoit aucun motif de l'examiner d'office.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, par neuf voix contre huit, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention ;
2. *Dit*, à l'unanimité, qu'il ne s'impose pas d'examiner le grief tiré de l'article 6 § 2 de la Convention.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 16 février 2000.

Pour le Président

Elisabeth PALM
Vice-présidente

Paul MAHONEY
Greffier adjoint

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé des opinions dissidentes suivantes :

- opinion dissidente de M^{me} Palm, M. Fischbach, M^{me} Vajić, M^{me} Thomassen, M^{me} Tsatsa-Nikolovska et M. Traja ;
- opinion dissidente de M. Zupančič ;
- opinion dissidente de M. Hedigan.

E.P.
P.J.M.

OPINION DISSIDENTE DE M^{me} PALM, M. FISCHBACH,
M^{me} VAJIĆ, M^{me} THOMASSEN, M^{me} TSATSA-NIKOLOVSKA
ET M. TRAJA, JUGES

(Traduction)

Nous ne souscrivons pas à l'avis de la majorité selon lequel il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 en l'espèce. Nous acceptons ce qui est dit aux paragraphes 44 à 46 de l'arrêt mais non les conclusions que la majorité en a tirées.

Nous relevons que si la défense fut avisée en l'espèce qu'une requête unilatérale tendant à l'obtention d'une dispense de divulguer certains éléments pour cause d'intérêt public allait être présentée par l'accusation, fut informée de la catégorie dont relevaient les éléments en question et reçut de surcroît un résumé expurgé des pièces concernées, elle ne put – par définition – participer à la procédure d'examen de ladite requête et n'eut pas connaissance des motifs détaillés fondant la décision du juge aux termes de laquelle les éléments litigieux ne devaient pas être divulgués. Bien qu'à la suite de la deuxième requête unilatérale, présentée le 25 avril 1994, il y ait eu une audience contradictoire dédiée à la question de savoir si une déposition faite par C. après avoir plaidé coupable devait ou non être divulguée, la défense fut obligée de soumettre ses arguments alors qu'elle ignorait tout de la nature des preuves en question, qu'elle n'avait jamais vues. Si d'aventure elle a pu soulever l'un ou l'autre point pertinent, elle le doit uniquement à la chance. Cette procédure ne peut, d'après nous, passer pour avoir respecté les principes du contradictoire et de l'égalité des armes, étant donné que les autorités de poursuite ont pu saisir le juge et participer au processus décisionnel en l'absence de tout représentant de la défense. Le fait que la nécessité d'une divulgation fut tout au long du procès sujette à l'appréciation du juge (paragraphe 49 de l'arrêt) ne saurait contrebalancer le manque d'équité résultant de l'absence de la défense dans la procédure d'examen des requêtes unilatérales. D'après nous, l'exigence – posée dans les arrêts Doorson c. Pays-Bas du 26 mars 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II, et Van Mechelen et autres c. Pays-Bas du 23 avril 1997, *Recueil* 1997-III – selon laquelle toutes difficultés causées à la défense par une limitation de ses droits doivent être suffisamment compensées par la procédure suivie devant les autorités judiciaires ne saurait passer pour remplie au simple motif que c'est un juge qui a décidé que l'accusation pouvait garder par-devers elle certains éléments. En disant cela, nous n'entendons en aucune manière suggérer que le juge

en question n'était pas indépendant et impartial au sens de l'article 6 § 1 de la Convention, ou qu'il n'avait pas une parfaite connaissance des preuves et questions soulevées par l'espèce (paragraphe 49 de l'arrêt). Ce qui nous paraît fondamental, c'est que pour pouvoir remplir ses fonctions judiciaires dans le cadre d'un procès équitable, le juge doit être informé de l'avis des deux parties, et non uniquement de celui de l'accusation.

La procédure suivie devant la Cour d'appel était, d'après nous, inapte à remédier auxdits défauts dès lors que, comme en première instance, il n'y fut pas possible de formuler des observations en connaissance de cause au nom de l'accusé. Aussi les faits de la présente espèce la distinguent-ils de l'affaire Edwards, où, au stade de la procédure d'appel, la défense avait reçu la plupart des informations manquantes, et où la Cour d'appel eut la possibilité d'apprécier à la lumière d'arguments détaillés et pertinents présentés par la défense l'impact des nouveaux éléments sur la solidité de la condamnation (arrêt Edwards c. Royaume-Uni du 16 décembre 1992, série A n° 247-B, p. 35, §§ 36-37).

Nous admettons qu'il peut y avoir des circonstances dans lesquelles certains éléments doivent être dissimulés à la défense, mais nous estimons que la manière dont les juridictions britanniques ont traité de la question des éléments sensibles en l'espèce n'est pas satisfaisante. Il n'appartient pas à la Cour d'imposer des procédures précises devant être suivies par les juridictions internes, mais nous relevons qu'à la suite de deux arrêts rendus par elle, un système prévoyant l'intervention d'un « avocat spécial » a été introduit au Royaume-Uni dans des cas où il est nécessaire de dissimuler certaines preuves à l'une des parties au litige, et il apparaît que d'autres procédures de ce type ne tarderont pas à être adoptées (paragraphe 30-33 de l'arrêt). Les exemples précités ne correspondent certes pas exactement aux circonstances de la présente espèce, mais nous ne doutons pas que les problèmes d'ordre pratique soulevés par le Gouvernement (paragraphe 41 de l'arrêt) puissent être résolus.

Ainsi, il apparaît qu'en Irlande du Nord les requêtes unilatérales fondées sur des motifs d'intérêt public sont présentées à un juge autre que celui saisi du fond de l'affaire. Dans un tel système, aucun problème lié à la participation d'un « avocat spécial » au procès ne se pose, et le juge du fond n'est pas placé dans la situation inconfortable d'avoir à examiner des éléments, pour devoir les écarter à un stade ultérieur de la procédure.

Là encore, sans vouloir imposer des procédures précises à appliquer par les juridictions internes, nous nous référons au système introduit dans le contexte de l'immigration (article 7 § 7 du règlement de procédure adopté en 1998 pour l'application de la loi sur la Commission spéciale de recours en matière d'immigration, mentionné au paragraphe 31 de l'arrêt). En vertu de ce système, un « avocat spécial » est autorisé à examiner *de visu*

les éléments sensibles, après quoi il ne peut continuer à communiquer avec la défense que si le tribunal l'y autorise.

Ces exemples montrent que l'on peut tout à la fois prendre en compte les soucis légitimes en matière de confidentialité et garantir à l'individu un degré substantiel de justice procédurale.

En conséquence, nous concluons que le processus décisionnel appliqué en l'espèce n'a pas suffisamment respecté les principes du contradictoire et de l'égalité des armes et n'était pas assorti de garanties aptes à protéger les intérêts de l'accusé. Nous estimons donc qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE ZUPANČIČ

(Traduction)

D'après moi, la présente espèce n'est que la partie émergée d'un iceberg beaucoup plus grand que ne l'ont imaginé la majorité et les autres dissidents. La non-divulgaration de certains éléments de la thèse de l'accusation, c'est-à-dire le secret les entourant, constitue évidemment un problème en soi. Toutefois, rapportée aux systèmes continentaux de procédure pénale, à prédominance inquisitoriale, où les enquêtes menées d'office étaient jadis entièrement secrètes, la non-divulgaration de certains éléments dans un système contradictoire ne peut être considérée comme une violation d'une norme procédurale fondamentale. Or, pour moi, il ne s'agit pas là d'une considération technique d'importance mineure, car elle affecte toute la philosophie de la procédure pénale. J'ai écrit sur le sujet dans un article intitulé «*The Crown and the Criminal: The Privilege against Self-Incrimination – Towards the General Principles of Criminal Procedure*», *Nottingham Law Journal*, vol. 5, pp. 32-119 (1996).

J'aimerais soulever ici une question préliminaire qui, à ma connaissance, n'a pas été abordée par les juridictions internes. Pour que l'Etat acquière le droit de s'immiscer dans la sphère privée d'un individu, il doit y avoir des soupçons suffisamment corroborés par des indices concrets, articulables et préalablement constatés pour qu'on puisse les juger plausibles. Tout porte à croire qu'en l'espèce une certaine immixtion a eu lieu – car autrement il n'aurait pu être question des informations que l'accusation souhaitait ne pas devoir divulguer – et il est impossible de dire (précisément à cause de la non-divulgaration) si les soupçons pesant sur le requérant étaient suffisants pour justifier la violation préalable du droit fondamental à ne pas être inquiété. En outre, pareils éléments de preuve préalablement constatés ne doivent pas être entachés de violation des droits constitutionnels et fondamentaux d'un individu. A défaut, ces éléments (et tous ceux qui n'auraient pu être obtenus en l'absence d'une violation) doivent être frappés d'irrecevabilité.

La non-divulgaration de ces données préliminaires met évidemment obstacle à un examen approprié de la garantie fondamentale que représente l'exigence de soupçons plausibles au sens précisé ci-dessus.

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE HEDIGAN

(Traduction)

Je regrette de ne pouvoir suivre la majorité en l'espèce. Je souscris à l'opinion dissidente des juges Palm, Fischbach, Vajić, Thomassen, Tsatsa-Nikolovska et Traja, sauf que je ne considère pas qu'en règle générale les demandes de dispense de divulguer certaines preuves doivent être présentées à un juge autre que celui saisi du fond de l'affaire. Dans la mesure où ladite opinion dissidente pourrait laisser entendre qu'il doit en aller ainsi, je m'en distancie.

L'origine de mon désaccord se trouve dans l'arrêt Van Mechelen et autres c. Pays-Bas rendu par la Cour le 23 avril 1997 (*Recueil des arrêts et décisions* 1997-III, p. 712, § 58), où l'on peut lire: «Eu égard à la place éminente qu'occupe le droit à une bonne administration de la justice dans une société démocratique, toute mesure restreignant les droits de la défense doit être absolument nécessaire. Dès lors qu'une mesure moins restrictive peut suffire, c'est elle qu'il faut appliquer.»

Il s'ensuit que s'il peut être démontré qu'il y a d'autres solutions procédurales viables et moins attentatoires au droit à un procès équitable et à une procédure contradictoire, il y a lieu d'y recourir. D'après moi, lorsque le requérant peut établir la plausibilité de pareilles solutions de rechange, la charge de la preuve est transférée sur le défendeur, auquel il incombe alors de démontrer qu'il ne peut utiliser ou adapter ces solutions.

En l'espèce, l'accusation a dissimulé à la défense des informations pertinentes. Le représentant du requérant devant la Cour a soutenu que toute omission de divulguer des preuves pertinentes sape le droit à un procès équitable. Il a toutefois concédé que le droit à une divulgation intégrale n'est pas absolu et peut, lorsque sont poursuivis des buts légitimes, tels que la protection de la sécurité nationale, de témoins vulnérables ou de sources d'information, être soumis à des limitations.

Le Gouvernement a reconnu que pareilles limitations doivent être suffisamment compensées par des garanties aptes à protéger les droits de l'accusé. Dans le droit britannique actuel, il serait satisfait à ce principe par l'exigence selon laquelle c'est le juge saisi de l'affaire qui doit décider si les preuves litigieuses doivent ou non être divulguées.

A cet égard, il y a lieu de distinguer les trois cas de figure suivants.

a) L'accusation présente une requête et doit à tout le moins aviser l'accusé de la catégorie dont relèvent les éléments qu'elle souhaite ne pas devoir divulguer. La défense a alors l'occasion de formuler des observations devant le tribunal.

b) Lorsque la divulgation de la catégorie concernée équivaldrait à révéler ce qui ne peut l'être, l'accusation doit faire savoir à la défense qu'elle s'apprête à saisir le tribunal d'une requête, mais ne doit pas lui dévoiler la catégorie dont relèvent les éléments litigieux, et la requête est introduite dans le cadre d'une procédure non contradictoire.

c) La troisième procédure est utilisée lorsque le fait même de révéler qu'une requête unilatérale va être présentée reviendrait à divulguer la nature des preuves en question; en pareil cas, la requête est déposée dans le cadre d'une procédure non contradictoire et à l'insu de la défense.

Le requérant a soutenu devant la Cour qu'il était nécessaire d'introduire un élément contradictoire compensateur dans les cas où la défense se trouve exclue de la procédure. Il a montré que, dans deux contextes distincts et selon des modalités différentes, une procédure faisant intervenir un «avocat spécial» a été introduite dans la législation britannique (deux autres projets étant par ailleurs actuellement en cours d'examen). La fonction de l'avocat spécial est d'assister le tribunal dans les cas où, pour des motifs tenant à la sécurité nationale ou à d'autres impératifs, une partie ne peut être autorisée à participer à la procédure. L'avocat spécial doit représenter les intérêts de l'individu dans la procédure. La législation pertinente¹ prévoit que l'avocat spécial n'est toutefois pas «responsable envers la personne dont il est chargé d'assumer les intérêts», ce qui a pour effet de l'autoriser et de l'obliger à garder secrète toute information ne pouvant être divulguée. Le Gouvernement a soutenu que la procédure suivie en l'occurrence protégeait de manière adéquate, en principe comme en pratique, les droits de l'accusé. Pour l'essentiel, il s'est fondé sur l'impartialité du juge et sur l'honneur et l'intégrité professionnelle de l'accusation. Il a également évoqué les importantes difficultés pratiques qu'engendrerait la création d'une institution telle que l'avocat spécial en matière pénale. Et de citer des questions comme les obligations de l'avocat spécial envers l'accusé, la quantité d'informations qu'il lui serait loisible de communiquer à l'accusé et à ses avocats, ou encore la qualité des instructions qu'il pourrait escompter recevoir de la défense. Les difficultés seraient particulièrement aiguës dans les affaires où il y a plusieurs accusés, de même que dans les procès de longue durée, où les questions de divulgation évoluent constamment.

La question à trancher consiste à savoir si les problèmes soulevés par le Gouvernement sont insurmontables sur le plan pratique. Prenons-les un à un.

1. Loi de 1997 sur la Commission spéciale de recours en matière d'immigration et loi de 1998 sur l'Irlande du Nord.

a) L'avocat spécial en matière pénale. Il convient de noter qu'en dehors des deux procédures prévoyant l'intervention d'un avocat spécial mentionnées ci-dessus le gouvernement, cela a été signalé en l'espèce, a récemment déposé devant le parlement deux projets prévoyant la désignation d'un avocat spécial dans d'autres circonstances. Celui sur la justice pour les jeunes et les preuves en matière pénale (1999) prévoit la désignation par le tribunal d'un avocat spécial dans tous les cas où un juge interdit à un accusé non représenté de contre-interroger personnellement le plaignant qui se dit victime d'une infraction sexuelle. Le Gouvernement reconnaît donc que la procédure faisant intervenir un avocat spécial peut être utilisée en matière pénale, même si c'est dans un contexte quelque peu différent de celui de la présente espèce. L'obligation assumée par l'avocat spécial envers l'accusé devrait, d'une manière générale, pouvoir être bien délimitée par les organes professionnels compétents. Ce genre de question relève du travail de routine des comités d'éthique professionnelle desdits organes. Si le problème n'est pas facile à résoudre, rien dans l'objection plutôt générale du Gouvernement ne donne à penser qu'il serait insurmontable.

b) La quantité d'informations que l'avocat spécial serait libre de communiquer à l'accusé et à ses avocats. Il s'agit là d'un problème qui, me semble-t-il, peut être résolu. Il est clair qu'en règle générale l'avocat spécial ne pourrait transmettre que très peu d'informations à l'accusé et à ses avocats. Je ne doute pas que la défense pourrait s'accommoder facilement de cette contrainte, compte tenu de l'avantage qu'elle retirerait du système: une représentation à l'audience consacrée à la question de la divulgation.

c) Je ne suis pas sûr de bien comprendre l'objection du Gouvernement concernant la qualité des instructions que l'avocat spécial pourrait escompter recevoir de la défense. Quoi qu'il en soit, il s'agit là d'une question relevant de l'appréciation de la défense. Il est malaisé d'apercevoir où des problèmes pourraient se poser, même si, à n'en pas douter, chaque affaire engendrerait ses propres difficultés. Là encore, le Gouvernement n'a identifié aucun problème insurmontable.

d) J'admets que les difficultés seraient les plus aiguës dans les affaires où il y a plus d'un accusé. Certaines sont toutefois inhérentes aux affaires de ce genre. Dès lors qu'aucun problème insurmontable n'a encore été soulevé, je ne vois pas pourquoi l'observation générale du Gouvernement suffirait à elle seule à exclure une procédure par ailleurs viable. Les affaires où il y a plus d'un accusé confrontent nécessairement les avocats, les juges et les autorités de poursuite compétentes à des problèmes nombreux et difficiles.

e) Quant au problème soulevé par les procès de longue durée, où les questions de divulgation évoluent constamment, il s'agit plutôt d'une variation du précédent. Ce serait inévitablement le même avocat spécial,

me semble-t-il, qui serait appelé à traiter des nouvelles questions de divulgation et des développements de celles antérieurement évoquées, et je ne vois là rien de plus que des inconvénients d'ordre administratif. Or pareils inconvénients ne sauraient justifier des restrictions aux droits garantis par la Convention.

Pour ces raisons, je ne puis admettre que le Gouvernement ait démontré qu'il existe, sur le plan pratique, des difficultés insurmontables à adapter un système déjà existant à des procès pénaux tels que celui critiqué en l'espèce. J'estime en conséquence que dès lors qu'une mesure moins restrictive était disponible et adaptable, le Gouvernement, en omettant d'y recourir, a violé le droit à un procès équitable garanti au requérant par l'article 6 § 1 de la Convention.

ANNEXE

**AVIS DE LA COMMISSION EUROPÉENNE
DES DROITS DE L'HOMME¹**

(formulé dans le rapport de la Commission² du 20 octobre 1998)

[La Commission siégeait dans la composition suivante :

- MM. S. TRECHSEL, *président*,
 J.-C. GEUS,
 M.P. PELLONPÄÄ,
 E. BUSUTTI,
 GAUKUR JÖRUNDSSON,
 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,
 B. MARXER,
 M.A. NOWICKI,
 I. CABRAL BARRETO,
 N. BRATZA,
 I. BÉKÉS,
 D. ŠVÁBY,
 G. RESS,
 A. PERENIĆ,
 C. BIRSAN,
 P. LORENZEN,
 E. BIELIŪNAS,
 E.A. ALKEMA,
 M. VILA AMIGÓ,
 M^{me} M. HION,
 MM. R. NICOLINI,
 A. ARABADJIEV,
 et M. M. DE SALVIA, *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. Grief déclaré recevable

50. La Commission a retenu le grief du requérant consistant à dire que, fondée sur une immunité d'intérêt public revendiquée dans le cadre d'une procédure non contradictoire, la non-divulgation à la défense de certaines preuves a porté atteinte à son droit à un procès équitable et a méconnu à son égard les droits de la défense, et que le recours à la déclaration d'un informateur est allé à l'encontre du principe de la présomption d'innocence.

B. Points en litige

51. Il s'agit donc en l'espèce de rechercher
- s'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention combiné avec l'article 6 § 3 b) et d),
 - s'il y a eu violation de l'article 6 § 2 de la Convention.

C. Quant à l'article 6 § 1 de la Convention combiné avec l'article 6 § 3 b) et d)

52. La partie pertinente en l'espèce de l'article 6 de la Convention est ainsi libellée :

«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 (...) du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. (...)

(...)

3. Tout accusé a droit notamment à :

(...)

b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;

(...)

d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ;

(...)»

53. Le requérant relève tout d'abord que, dans ses instructions au jury, le juge de première instance n'a pas présenté équitablement le rôle de l'agent provocateur D.W. Celui-ci s'est vu décerner le titre d'«informateur», ce qui a permis de cacher sa participation au jury, et à la police et à l'accusation de recouvrir tous ses actes du voile de l'immunité d'intérêt public. L'intéressé affirme que la crédibilité des policiers n'a

jamais été mise en question et que l'ampleur des preuves falsifiées et créées de toutes pièces n'est apparue ou devenue susceptible d'être prouvée qu'après le procès. Selon lui, si le jury avait été mis au courant de l'étendue exacte de la participation de D.W., agent provocateur payé par la police, le rôle d'accusateur de celui-ci n'aurait pas semblé digne de foi et la conclusion aurait presque à coup sûr été différente.

54. Le requérant rappelle aussi avoir indiqué, dans son témoignage, qu'il avait été victime d'un coup monté contre une récompense ou une vengeance envers son coïnculpé, C., qui a plaidé coupable lors du procès. D'après lui, C. a prononcé quatre-vingt-huit déclarations et, à l'occasion de son premier témoignage, ses dires ont été considérés comme dignes de foi. Les deux fois suivantes, il fut discrédité et ne fut pas appelé comme témoin à charge. Quant à son témoignage écrit, ou du moins ce que la défense en a vu dans le «résumé», il fut prouvé qu'il était inventé et totalement faux. Le requérant affirme avoir cependant subi un contre-interrogatoire de la part de l'accusation sur des points de cette déclaration auxquels il n'avait jamais eu accès et dont il n'avait pas la moindre notion.

55. Le requérant estime que le procès a manqué d'équité du fait que la déclaration de C. n'a pas été divulguée en totalité et que le jury n'a pas été informé de tous les aspects du rôle joué par l'informateur de la police, D.W., et de sa participation à l'affaire en cause.

56. Dans ses observations complémentaires, le requérant, s'appuyant sur l'affaire *R. v. Keane*, affirme que les éléments cachés à la défense étaient pertinents. Certains se rapportaient aux sources d'information. A son avis, il avait été victime d'un coup monté par D.W. Les sources d'information se rapportant à D.W. présentaient donc à l'évidence un intérêt pour lui. Dans son résumé, le juge de première instance a clairement fait comprendre qu'il y avait eu au moins un informateur. Il présenta D.W. d'une manière laissant entendre que ce dernier pouvait non seulement avoir été un informateur, mais un informateur actif. La conséquence sous-entendue, à savoir que D.W. pouvait avoir été une de ces sources et que son rôle ne se bornait pas à transmettre des informations, mais correspondait à une participation active au complot, présentait un grand intérêt pour le requérant, car cela allait dans le sens de sa thèse selon laquelle D.W. aurait participé aux événements qui, selon l'accusation, prouvaient l'existence d'un complot, et aurait été en mesure de le prendre dans un coup monté en faisant croire qu'il était impliqué dans un complot dont il ne savait en fait rien.

57. Quant à la seconde requête unilatérale se rapportant aux éléments ayant trait à la préparation du vol de la poste et aux événements de la journée qui s'est soldée par l'arrestation de [C.] et du requérant, ce dernier affirme que ces éléments présentaient à l'évidence un intérêt pour la défense dans le cadre de la décision prise par le juge de première instance le 25 avril 1994.

58. S'appuyant sur l'affaire *R. v. Trevor Douglas K.*, le requérant fait valoir qu'il y a violation de l'article 6 de la Convention lorsque c'est l'accusation, et non le tribunal, qui décide qu'elle doit garder des documents par-devers elle pour protéger l'intérêt public. Il souligne que lorsque, comme dans son cas, le tribunal est tenu de déterminer s'il convient de ne pas procéder à la divulgation dans l'intérêt public en se fondant sur un résumé préparé par l'accusation des éléments dont on demande la non-divulgation, rien ne garantit que le tribunal se verra remettre un résumé honnête et non un texte présenté de manière à obtenir le résultat recherché. En d'autres termes, en soumettant un résumé des éléments en cause et non ces éléments eux-mêmes, l'accusation ne laisse au juge aucune marge de manœuvre véritable. C'est en conséquence l'accusation, et non le juge, qui décide que les éléments ne seront pas divulgués.

59. Le requérant soutient en outre que les vices du procès n'ont pas été redressés par la Cour d'appel. Selon lui, les éléments non divulgués à l'issue de la première audience unilatérale n'ont été communiqués ni à lui ni à la Cour d'appel. Il ressort du compte rendu de l'audience d'appel que le tribunal n'a pas examiné *de visu* les éléments en cause et ne savait pas que le juge de première instance ne les avait pas vus lui non plus. S'agissant de la seconde requête unilatérale portant sur la déclaration du coïnculpé C., la Cour d'appel ne l'a pas lue, contrairement au juge de première instance (qui, selon le Gouvernement, aurait personnellement lu l'intégralité de la déclaration non expurgée – paragraphe 70 ci-dessous). La Cour d'appel n'a donc pas eu l'occasion de réparer l'erreur qu'aurait pu commettre le juge de première instance en décidant de ne pas divulguer certaines parties de la déclaration de C. pour protéger l'intérêt public.

60. Le Gouvernement soutient tout d'abord que ni le principe général d'équité de la procédure pénale inscrit à l'article 6 § 1 de la Convention ni le droit spécifique à des « facilités nécessaires » consacré par l'article 6 § 3 b) de la Convention n'impliquent un droit absolu pour la défense à se voir communiquer l'ensemble des éléments de preuve pertinents. De plus, les affaires précédemment traitées par les institutions de la Convention n'ont pas permis d'établir pareil principe, que ce soit par analogie ou autrement, mais ont au contraire reconnu qu'il était légitime de ne pas divulguer les éléments confidentiels ou sensibles dans les affaires pénales.

61. Quant à la question de principe, le Gouvernement estime qu'il y a des catégories de données que l'intérêt public commande soit de ne pas divulguer du tout, soit de ne divulguer que s'il existe une raison impérieuse à cela. L'intérêt public en question tiendrait au fait qu'une divulgation entraînerait ou du moins risquerait d'entraîner des dommages. La notion de données pertinentes engloberait des données couvrant un spectre très large. A un bout du spectre on trouverait les

données non susceptibles d'aider la défense mais susceptibles plutôt d'aider l'accusation. En matière pénale, le principe de l'immunité d'intérêt public pourrait s'appliquer de façon à prévenir l'utilisation par l'accusation de telles données, quand bien même elles incrimineraient l'accusé. A l'autre bout du spectre, on trouverait les données tendant à établir l'innocence d'un accusé.

62. Le Gouvernement relève que, si la divulgation de données pertinentes constitue une exigence contenue implicitement dans les termes «facilités nécessaires» figurant à l'article 6 de la Convention, ou dans la notion de procès équitable, les conséquences en sont: i. que l'intérêt public à empêcher la survenance du dommage risquant de découler d'une divulgation serait entièrement dépourvu de pertinence pour l'obligation de divulgation en matière pénale, aussi évident ou grave que le risque puisse être, et ii. qu'il serait impossible, dans quelque affaire que ce soit, d'apprécier et de prendre en considération l'importance réelle des données pour une présentation équitable et adéquate de la défense. La situation serait alors tout à fait différente de celle où prévaudrait la règle qu'il faut simplement décider si les éléments litigieux sont ou non pertinents (critère nettement moins exigeant).

63. Le Gouvernement souligne qu'il est nécessaire dans ce contexte de garder présent à l'esprit l'important intérêt public à garantir que, là où il y a suffisamment de preuves recevables justifiant qu'un individu soit poursuivi avec des chances au moins réalistes d'obtenir une condamnation, l'affaire puisse donner lieu à un procès. Cet intérêt public est directement pertinent en l'espèce car, s'il ne peut y avoir divulgation, le choix pour l'accusation est simple: soit elle n'entame pas les poursuites, soit elle les abandonne. S'agissant des informateurs: i. les autorités ont toutes les chances de se montrer extrêmement réticentes envers la divulgation de l'identité d'un informateur, tout à la fois en raison du danger physique que courrait cet informateur et de l'importance, pour que la lutte contre le crime soit efficace, que les sources d'information ne tarissent pas, et ii. sachant cela, l'accusé aura tendance à tout faire pour obtenir la divulgation de l'identité de l'informateur afin de tenter d'échapper aux poursuites, quelle que soit la force des preuves à sa charge.

64. Le Gouvernement fait valoir qu'une décision de ne pas entamer ou d'abandonner les poursuites est une issue qui peut se révéler inévitable. Si l'intérêt public à ne pas divulguer est irrésistible dans une affaire donnée mais qu'il est manifeste que les données en question sont importantes pour permettre à l'accusé de se défendre de manière équitable, les poursuites ne doivent pas être entamées ou continuées. L'équité envers l'accusé doit en pareil cas se voir accorder la priorité. L'effet d'un principe absolu fondé uniquement sur la pertinence des données en question serait toutefois d'augmenter les cas dans lesquels les poursuites ne pourraient pas être entamées ou devraient être

abandonnées. Cette augmentation serait contrebalancée par les affaires où les données litigieuses, tout en répondant au critère peu exigeant de la pertinence, revêtiraient une importance relativement mineure pour l'accusé. Si pareilles données revêtaient une réelle importance pour une présentation équitable de la cause de la défense, leur divulgation serait au besoin ordonnée, en tout état de cause sur la base des principes aujourd'hui appliqués par les tribunaux.

65. Le Gouvernement affirme de surcroît que les tribunaux internes font preuve de bon sens pour garantir que les cas de non-divulgation de données ne compromettent pas l'équité des procédures. Ainsi, les principes pertinents applicables en droit interne permettraient aux tribunaux de mettre en balance l'importance et le poids de l'intérêt public à ne pas divulguer les données en question et l'importance de ces données pour l'équité de la procédure et l'efficacité de la conduite de la défense de l'accusé. La balance pencherait toujours en faveur d'une divulgation des données pertinentes lorsqu'est reconnue l'importance d'une divulgation aussi complète que possible. Selon le Gouvernement, ces principes sont suffisants pour garantir et sauvegarder l'équité des procédures.

66. Le Gouvernement rappelle que les procédures pénales doivent être évaluées dans leur ensemble, c'est-à-dire y compris leur phase d'appel, ainsi que la Cour européenne l'a souligné dans l'affaire *Edwards c. Royaume-Uni* (arrêt du 16 décembre 1992, série A n° 247-B, pp. 34-35, § 34). En l'espèce, comme cela ressort du résumé du juge de première instance, les éléments à charge étaient solides puisque le requérant avait été pris sur le fait. Des données n'avaient pas été divulguées à la suite de deux audiences unilatérales tenues en première instance. La défense avait été informée de ces deux audiences. Les questions que la défense comptait soulever lui avaient été soumises. La décision rendue par le juge de première instance fut réexaminée avec soin par la Cour d'appel. Chacune des deux juridictions conclut, en bref, que l'équité envers l'accusé ne requérait pas la divulgation d'autres données à la défense.

67. Quant à savoir si la procédure visant à déterminer où se trouve le juste équilibre est elle-même une violation de l'article 6 de la Convention, le Gouvernement fait valoir que la Cour d'appel a traité de la nature de la procédure à suivre dans l'affaire *R. v. Davis, Johnson and Rowe*. Le but essentiel de la procédure définie par la Cour d'appel est d'assurer que, dans la mesure du possible, l'accusé et ses avocats disposent du maximum d'informations et des meilleures possibilités de présenter leurs arguments au tribunal. La Cour d'appel a toutefois reconnu que toute audience devant le tribunal ou toute décision de celui-ci serait privée de son sens si la nature de la procédure ayant conduit à la décision avait pour effet de dévoiler les informations en cause.

68. Le Gouvernement affirme que jamais dans les affaires traitées jusqu'ici par les organes de la Convention n'a été incriminée une procédure ayant revêtu un caractère non contradictoire au motif que c'était le seul moyen d'éviter de préjuger l'issue de la procédure. Pareil principe ne serait d'ailleurs ni inhérent à l'article 6 de la Convention ni nécessaire pour assurer l'équité des procédures pénales. De l'avis du Gouvernement, il serait en effet très étrange que cela fût le cas, car pareil principe nécessiterait une procédure qui priverait de son sens toute décision subséquente sur la question soumise au tribunal.

69. Il relève en outre qu'il n'y a pas eu violation des droits garantis à l'article 6 § 1 de la Convention combiné avec l'article 6 § 3 d). Le requérant a interrogé les témoins à charge et pouvait lui-même citer comme il le voulait des témoins à décharge. Ni l'accusation ni la défense n'ont demandé à C. de déposer. Le fait que seul un résumé de la déclaration de C. ait été transmis à la défense s'expliquait, comme l'a indiqué le juge, par le caractère sensible des éléments contenus dans la déclaration initiale. Le juge de première instance et la Cour d'appel ont examiné la question de savoir si l'équité envers la défense exigeait plus. Tous deux ont conclu au respect du principe d'équité.

70. Dans ses observations complémentaires, le Gouvernement avance qu'en ce qui concerne la première requête unilatérale, la teneur des éléments que l'accusation souhaitait garder par-devers elle a été communiquée oralement au juge par l'avocat de l'accusation. Il relève à cet égard que, pour suivre le précédent *R. v. Trevor Douglas K.*, il faudrait que le juge en sache suffisamment sur le contenu des éléments non divulgués pour prendre sa décision en connaissance de cause. Le Gouvernement rappelle que, dans cette affaire, le juge n'avait été en rien informé du contenu de la vidéo en cause, même pas dans les grandes lignes. Lorsque la défense fit valoir en appel que ce contenu avait pu influer de plusieurs manières sur l'intégrité du témoignage apporté par le plaignant au procès, la Cour d'appel estima que le juge n'aurait pas dû s'opposer à la divulgation des preuves «sans que la possibilité ait été donnée de vérifier leur pertinence et leur importance (...) Cet exercice ne peut être effectué que par le juge lui-même, qui doit examiner ou analyser *de visu* les éléments de preuve, afin de prendre connaissance des faits qu'ils contiennent». Le Gouvernement déclare qu'à cette fin il est indifférent que le juge prenne connaissance des informations de manière approfondie et complète par l'intermédiaire d'une personne qui les lui rapporte, ou au moyen d'un examen par lui-même; il rappelle qu'en l'espèce le juge a entendu le 23 mars 1994 une déclaration rapportant fidèlement et entièrement les renseignements en cause.

71. Le Gouvernement constate en outre que, s'agissant de la seconde requête unilatérale, le juge a lu personnellement le témoignage non expurgé dans son intégralité.

72. La Commission rappelle que les exigences du paragraphe 3 de l'article 6 de la Convention s'analysent en des aspects particuliers du droit à un procès équitable garanti par le paragraphe 1 (Cour eur. DH, arrêt T. c. Italie du 12 octobre 1992, série A n° 245-C, p. 41, § 25). Aussi la Commission examinera-t-elle le grief du requérant à la lumière des deux dispositions combinées.

73. Pour déterminer si les droits de la défense ont été respectés comme le veut l'article 6 de la Convention, la Commission doit examiner la procédure considérée dans son ensemble, y compris la phase s'étant déroulée devant la Cour d'appel (Cour eur. DH, arrêt Imbrioscia c. Suisse du 24 novembre 1993, série A n° 275, pp. 13-14, § 38). De surcroît, la Commission n'a pas à substituer sa propre appréciation des faits à celle des juridictions internes, et en principe il revient à ces juridictions, et spécialement au tribunal de première instance, d'apprécier les éléments recueillis par l'accusation et la défense. La Commission se bornera à vérifier si la procédure considérée dans son ensemble, y compris le mode de présentation des moyens de preuve, a été équitable (Cour eur. DH, arrêts Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne du 6 décembre 1988, série A n° 146, p. 31, § 68, et Vidal c. Belgique du 22 avril 1992, série A n° 235-B, pp. 32-33, § 33).

74. La Commission rappelle néanmoins que la notion de procès équitable inclut le droit fondamental à une procédure contradictoire en matière pénale. Ce droit implique pour chacune des parties la faculté de prendre connaissance des observations ou éléments de preuve produits par l'autre partie, ainsi que de les discuter (Cour eur. DH, arrêt Brandstetter c. Autriche du 28 août 1991, série A n° 211, pp. 27-28, §§ 66-67). D'après la jurisprudence de la Commission relative aux droits de l'accusé, au sens de l'article 6 § 3 b) de la Convention, un accusé doit disposer, aux fins de prouver son innocence ou d'obtenir une réduction de sa peine, de l'ensemble des éléments pertinents qui ont été ou qui auraient pu être recueillis par les autorités compétentes (Jespers c. Belgique, requête n° 8403/78, rapport de la Commission du 14 décembre 1981, Décisions et rapports 27, pp. 71-72, §§ 55-58). Dans son arrêt Edwards, la Cour a considéré que l'équité des procédures requise par l'article 6 § 1 de la Convention exigeait, ce que prévoyait d'ailleurs le droit anglais, que les autorités de poursuite révèlent à la défense l'ensemble des éléments de preuve, à charge comme à décharge, et que le fait que lesdites autorités n'avaient pas appliqué ce principe dans le cas d'espèce avait vicié la procédure (arrêt Edwards précité, p. 35, § 36).

75. La Commission rappelle que dans l'affaire Lamy c. Belgique (Cour eur. DH, arrêt du 30 mars 1989, série A n° 151) la Cour a examiné sous l'angle de l'article 5 § 4 de la Convention une question relative à l'accès à un dossier pénal. Elle déclara qu'il existe un lien trop étroit entre l'appréciation de la nécessité de la détention et celle – ultérieure – de la

culpabilité pour que l'on puisse refuser la communication de pièces dans le premier cas, tandis que la loi l'exige dans le second. D'après la Cour, la procédure de contrôle de la légalité d'une détention doit respecter le principe de l'égalité des armes et celui du contradictoire. Lorsque l'accusation connaît bien la totalité d'un dossier, la procédure n'offre pas à la personne détenue l'occasion de contester de manière utile les motifs invoqués pour justifier un maintien en détention si l'avocat de l'intéressé se voit refuser l'accès au dossier (*loc. cit.*, pp. 16-17, § 29). Compte tenu de ce qui précède, la Commission estime que les exigences liées à l'équité des procès, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention, sont plus larges que celles qui se dégagent de l'article 5 § 4.

76. La Commission observe qu'en l'espèce il y avait de nombreuses preuves tendant à accréditer la thèse de la participation du requérant aux infractions reprochées, et l'intéressé ne conteste pas avoir eu une occasion adéquate et suffisante de combattre ces preuves lors du procès. Il n'en reste pas moins qu'eu égard à leur caractère sensible, certains éléments pertinents n'ont pas été communiqués à la défense lors du procès, à la suite de deux requêtes unilatérales soumises par l'accusation. La Cour d'appel confirma ultérieurement la nécessité de ne pas divulguer ces éléments en leur reconnaissant une immunité d'intérêt public. Le requérant et ses avocats furent avisés que des requêtes unilatérales portant sur une question de divulgation étaient déposées et que les éléments non divulgués avaient trait aux sources d'information. En outre, d'autres éléments ne furent pas communiqués à la défense à la suite de la seconde requête unilatérale, pas plus que la catégorie dont ils relevaient, au motif que cela rendrait caduc le but même de l'ordonnance de non-divulgation. La défense se vit remettre un résumé de la teneur du document dont les éléments en cause provenaient.

77. La Commission note que la procédure non contradictoire est le fruit des efforts déployés par l'Etat pour ménager un juste équilibre entre les intérêts de l'Etat à voir reconnaître une immunité d'intérêt public et l'intérêt de garantir à l'accusé une procédure équitable, dans la mesure où sa défense pourrait être facilitée par la divulgation de documents ou informations.

78. Quelles que soient la ou les catégories dont relèvent les informations et la ou les raisons ayant motivé la non-divulgation, elles étaient protégées par une immunité d'intérêt public, dont le maintien, dans certaines circonstances, n'est pas incompatible avec la Convention. Dans la mesure où la sécurité nationale pourrait être intéressée, la Commission rappelle que la Cour a déjà reconnu que l'utilisation d'informations confidentielles peut se révéler indispensable lorsque la sécurité nationale est en jeu, cela ne signifiant cependant pas que les autorités nationales échappent à tout contrôle des tribunaux internes dès lors qu'elles affirment que l'affaire touche à la sécurité nationale et au

terrorisme (Cour eur. DH, arrêt Chahal c. Royaume-Uni du 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V, pp. 1866-1867, § 131). Dans son récent arrêt *Tinnelly & Sons Ltd et autres et McElduff et autres c. Royaume-Uni*, relatif à des restrictions fondées sur des motifs tenant à la sécurité nationale, au droit des requérants à faire statuer par un tribunal sur leur prétention de caractère civil selon laquelle ils étaient victimes d'une discrimination illégale, la Cour a admis que la protection de la sécurité nationale constitue un but légitime qui peut autoriser des limitations au droit d'accès à un tribunal aux fins, notamment, d'assurer la confidentialité des données touchant à la sécurité. La Cour conclut que le droit garanti à tout requérant par l'article 6 § 1 de la Convention de soumettre un litige à un tribunal pour obtenir une décision sur des questions de fait comme de droit ne saurait être évincé par décision de l'exécutif (Cour eur. DH, arrêt *Tinnelly & Sons Ltd et autres et McElduff et autres c. Royaume-Uni* du 10 juillet 1998, *Recueil* 1998-IV, pp. 1662-1663, § 77).

79. Pour ce qui est des témoins anonymes, la Cour a eu l'occasion de déclarer, dans son arrêt *Doorson c. Pays-Bas*, que l'utilisation de déclarations de témoins anonymes pour asseoir une condamnation n'est pas en toutes circonstances incompatible avec la Convention. Elle a toutefois précisé qu'en pareil cas l'article 6 § 1 de la Convention combiné avec l'article 6 § 3 d) exige que les obstacles auxquels se heurte la défense soient suffisamment contrebalancés par la procédure suivie devant les autorités judiciaires (Cour eur. DH, arrêt *Doorson c. Pays-Bas* du 26 mars 1996, *Recueil* 1996-II, pp. 470-471, §§ 69-72). Dans les arrêts *Lüdi c. Suisse et Van Mechelen et autres c. Pays-Bas*, la Cour a reconnu en principe que, pourvu que les droits de la défense soient respectés, il peut être légitime pour des autorités de police de souhaiter préserver l'anonymat d'un agent employé à des activités secrètes, afin non seulement d'assurer sa protection et celle de sa famille, mais aussi de ne pas compromettre la possibilité de l'utiliser dans des opérations futures (arrêts du 15 juin 1992, série A n° 238, p. 21, § 49, et du 23 avril 1997, *Recueil* 1997-III, p. 712, § 57, respectivement).

80. En l'espèce, les données pertinentes en question n'ont jamais été soumises au jury appelé à décider, sur la base de l'ensemble des preuves produites devant lui, si le requérant était coupable. Aussi la Commission doit-elle examiner la question de savoir si les autorités judiciaires, dans leur manière de traiter la cause du requérant, ont préservé les droits de la défense à un degré compatible avec les exigences de l'article 6 § 1 de la Convention.

81. La Commission raisonnera à partir du principe établi par la jurisprudence interne selon lequel chaque fois que l'accusation s'oppose à la divulgation de données pertinentes en arguant d'une immunité d'intérêt public, le tribunal saisi doit mettre en balance l'intérêt public à

ne pas divulguer les données litigieuses et l'importance que celles-ci revêtent pour la défense.

82. En l'espèce, le juge de première instance n'a pas vu les éléments que l'accusation demandait à garder par-devers elle dans la première requête unilatérale ayant fait l'objet d'une audience le 23 mars 1994, mais a été informé oralement de sa teneur par l'accusation. Le requérant savait que les éléments non divulgués se rapportaient à la source d'information, sans qu'on lui dise laquelle. Ayant supposé qu'il pouvait s'agir de D.W. qui, selon lui, l'aurait pris dans un coup monté, il fit part de ses commentaires au juge de première instance, qui refusa alors la divulgation des éléments en cause.

83. Dans ces conditions, la Commission ne voit aucune raison de ne pas croire que l'accusation a respecté la procédure exposée dans la jurisprudence interne pertinente, à savoir les affaires *R. v. Ward* (paragraphe 38 du rapport) et *R. v. Davis, Johnson and Rowe* (paragraphe 42-44 du rapport); celle-ci pria le juge de première instance d'approuver la non-divulgation des éléments pour des motifs de défense de l'intérêt public et ce dernier approuva la non-divulgation. Reste la question de savoir si le juge de première instance, qui n'a été informé qu'oralement de la teneur des éléments non communiqués, était en mesure d'apprécier les faits qui y étaient révélés et ainsi d'effectuer correctement l'exercice de mise en balance des intérêts concurrents que sont l'intérêt public et l'équité envers la défense, laquelle demandait la divulgation.

84. La Commission considère en principe que ce n'est pas parce que le juge de première instance est informé oralement de la teneur des éléments non divulgués que les informations qu'il reçoit sont erronées ou incomplètes. Pour garantir l'équité de la procédure et les droits de l'accusé, le juge de première instance doit s'assurer, avant de se prononcer sur la non-divulgation, qu'il a une connaissance suffisante du contenu des éléments en question afin de mener à bien l'exercice de mise en balance requis, et que la non-divulgation des éléments ne risque pas de conduire à une erreur judiciaire. La Commission considère qu'en l'espèce, où il s'agit de la source d'information et de l'existence d'un informateur éventuel, le juge de première instance, qui avait eu connaissance du contenu des éléments non divulgués et de la nature du dossier du requérant, y compris l'importance que revêtait pour celui-ci toutes informations sur l'informateur, était en mesure de se prononcer sur l'importance des éléments en cause pour les questions présentant un intérêt actuel ou potentiel pour la défense.

85. La Commission constate que le juge de première instance a eu l'occasion de réexaminer la question des sources d'information lorsque la seconde requête unilatérale fut déposée le 25 avril 1994 au sujet du témoignage formulé par C. après qu'il eut plaidé coupable. La Commission est convaincue que ce juge, qui a pu lire la version non

expurgée du témoignage et connaissait la position du requérant à cet égard, a pris en compte l'importance des éléments pertinents pour les questions présentant un intérêt pour la défense et s'est livré au nécessaire exercice de mise en balance en examinant les éléments en cause. Prenant en compte l'ensemble des faits, il a recherché comme il convient si l'importance des éléments concernés pour la défense l'emportait ou non sur l'intérêt public à ne pas les divulguer. La Commission estime par ailleurs que, même si le requérant ne connaissait pas la catégorie à laquelle appartenait la partie des éléments pertinents également non divulgués, le juge pour sa part la connaissait, de même que la nature du risque de dommage que la non-divulgaration au motif de protéger l'intérêt public avait pour but d'empêcher de survenir; il était de la sorte en mesure d'apprécier la gravité du risque et celle du dommage potentiel. En outre, la défense avait reçu un résumé du témoignage et pouvait préparer l'affaire en fonction de cela. La Commission ajoute enfin que le juge de première instance, réévaluant la situation au fur et à mesure de l'avancée du procès, comme cela était de son devoir, pouvait décider de divulguer des éléments non communiqués jusque-là s'il apparaissait des questions susceptibles de modifier cet équilibre.

86. La Commission relève de plus qu'au cours du procès, après avoir entendu les deux requêtes unilatérales, le juge de première instance a révélé au jury l'existence «d'au moins un informateur» et a invité celui-ci à considérer ce fait avec soin et circonspection (paragraphe 29 du rapport). Le jury a donc aussi pu examiner l'affaire sur cette base et évaluer le rôle joué par l'informateur à l'égard du requérant, en prenant en compte l'argument de ce dernier selon lequel il aurait été victime d'un coup monté par D.W., qui aurait en fait très bien pu être cet informateur.

87. La Commission remarque enfin que, dans son arrêt, la Cour d'appel n'indique pas si elle a eu sous les yeux les éléments en question. Toutefois, la Commission n'aperçoit aucune raison de critiquer la conclusion de cette juridiction, laquelle, ayant examiné les motifs d'appel du requérant et la procédure suivie à cet égard par le juge de première instance, a souscrit à la décision de non-divulgaration rendue par ce dernier. En conséquence, la Commission estime que la gêne occasionnée à la défense du fait qu'elle n'a pas eu accès aux éléments pertinents, non divulgués par suite de la requête unilatérale, a été suffisamment compensée par la procédure suivie par les autorités judiciaires (arrêt Doorson précité, pp. 470-471, §§ 69-72).

88. Eu égard à toutes les circonstances, la Commission estime que, considérée dans son ensemble, la procédure pénale intentée à l'encontre du requérant peut passer pour avoir revêtu un caractère équitable. Elle ajoute que le fait que la décision rendue par le juge de première instance n'ait pas été précédée par une audience publique et n'ait pas été

prononcée en audience publique est une conséquence inévitable des considérations qui précèdent et ne saurait justifier un constat de manquement à l'exigence de publicité du procès dans son ensemble. De surcroît, cette procédure pourrait être couverte par certaines exceptions relatives à la publicité des audiences prévues à l'article 6 § 1 de la Convention. En tout état de cause, la Commission relève que, si la décision interlocutoire sur un point de procédure intervenue dans l'affaire du requérant ne fut pas rendue en public, le jugement sur le fond de la cause de l'intéressé lui le fut.

Conclusion

89. La Commission conclut, par dix-huit voix contre douze, qu'il n'y a pas eu, en l'espèce, violation de l'article 6 § 1 de la Convention combiné avec l'article 6 § 3 b) et d).

D. Quant à l'article 6 § 2 de la Convention

90. L'article 6 § 2 de la Convention est libellé en ces termes :

« Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. »

91. Le requérant affirme que la police a fait un usage de la déclaration de l'informateur contraire à l'article 6 § 2 de la Convention.

92. La Commission rappelle que la présomption d'innocence consacrée par le paragraphe 2 de l'article 6 de la Convention figure parmi les éléments constitutifs d'un procès pénal équitable exigé par le paragraphe 1. Elle se trouve méconnue si une décision judiciaire concernant le prévenu reflète le sentiment qu'il est coupable alors que sa culpabilité n'a pas été légalement établie. Il suffit, même en l'absence d'un constat formel, d'une motivation donnant à penser que le juge considère l'intéressé comme coupable (Cour eur. DH, arrêt *Allenet de Ribemont c. France* du 10 février 1995, série A n° 308, p. 16, § 35).

93. La Commission rappelle avoir conclu à la non-violation de l'article 6 § 1 de la Convention combiné avec l'article 6 § 3 b) et d) et relève que les droits de la défense ont été exercés de manière suffisamment contradictoire. La Commission considère en particulier que le recours, par la police ou au cours d'un procès, à des renseignements fournis par des informateurs n'est pas équivalent en substance à un constat de culpabilité du prévenu sans que celle-ci ait auparavant été légalement établie.

Conclusion

94. La Commission conclut, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu, en l'espèce, violation de l'article 6 § 2 de la Convention.

E. Récapitulation

95. La Commission conclut, par dix-huit voix contre douze, qu'il n'y a pas eu, en l'espèce, violation de l'article 6 § 1 de la Convention combiné avec l'article 6 § 3 b) et d) (paragraphe 89).

96. La Commission conclut, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu, en l'espèce, violation de l'article 6 § 2 de la Convention (paragraphe 94).

M. DE SALVIA
Secrétaire de la Commission

S. TRECHSEL
Président de la Commission

OPINION DISSIDENTE DE M. GEUS, M. PELLONPÄÄ,
M. BUSUTTIL, M. WEITZEL, M. SOYER, M. DANELIUS,
M^{me} LIDDY, M. MARXER, M. CABRAL BARRETO,
M. RESS, M. PERENIČ ET M^{me} HION

(Traduction)

Dans les circonstances actuelles, nous ne voyons aucune raison de supposer que l'accusation n'a pas suivi la procédure énoncée dans la jurisprudence interne pertinente, à savoir les affaires *R. v. Ward* et *R. v. Davis, Johnson and Rowe*. En effet, elle a demandé au juge de première instance d'ordonner la non-divulgation des éléments en cause en raison d'une immunité d'intérêt public, ce que ce dernier a fait. Reste malgré tout posée la question de savoir si le juge de première instance, qui n'a été informé qu'oralement de la teneur des éléments non communiqués, était en mesure d'apprécier les faits qui y étaient révélés et, ainsi, de se livrer comme il convient à un exercice de mise en balance des intérêts contradictoires en présence : l'intérêt public et l'équité envers la défense, qui souhaitait la divulgation.

Nous considérons que, pour satisfaire aux exigences d'équité de la procédure et de respect des droits de la défense, le juge de première instance doit s'assurer, avant de se prononcer sur la question de la divulgation, qu'il a une connaissance suffisante de la teneur des éléments en cause afin de se livrer au nécessaire exercice de mise en balance, et que la non-divulgation de ces éléments ne conduirait pas à une erreur judiciaire. En l'espèce, où il s'agissait de la source d'information et de l'existence d'un informateur potentiel, le juge de première instance connaissait la teneur des éléments non communiqués et la nature de l'affaire, y compris l'importance que revêtait pour le requérant toute information relative à l'informateur potentiel; il était donc en principe en mesure de se livrer à l'exercice de mise en balance. Il n'a cependant pas protégé au maximum les intérêts de l'accusé, puisqu'il n'a pas personnellement examiné ces éléments. De plus, le juge de première instance a entendu des arguments provenant d'une seule partie, l'accusation, non contrebalancés par ceux qu'aurait pu faire valoir un conseil spécialement désigné pour représenter la défense, qui n'est intervenu que sur un point de procédure (voir, *mutatis mutandis*, Cour eur. DH, arrêt Chahal c. Royaume-Uni du 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V, p. 1869, § 144); on ne saurait donc dire que l'intervention de ce magistrat a constitué une garantie suffisante.

A la suite du dépôt de la seconde requête unilatérale (relative au témoignage de C.), le juge de première instance, qui a pu lire la version non expurgée du témoignage et connaissait la position du requérant à cet

égard, a pris en compte l'importance des éléments pertinents pour les questions présentant un intérêt pour la défense et s'est livré au nécessaire exercice de mise en balance. De plus, il savait à quelle catégorie appartenaient les éléments non communiqués, ce qui n'était pas le cas de la défense. Connaissant également la nature du risque de dommage que la non-divulgaration au motif de protéger l'intérêt public avait pour but d'empêcher, il était en mesure d'apprécier la gravité du risque et celle du dommage potentiel. En outre, en réévaluant la situation au fur et à mesure de l'avancée du procès, comme cela était de son devoir, le juge de première instance pouvait décider de la divulgation des éléments non communiqués jusque-là s'il apparaissait des questions susceptibles de modifier cet équilibre. Toutefois, nous estimons que ces éléments positifs ne sauraient compenser le fait qu'une fois de plus, le juge de première instance a entendu des arguments provenant d'une seule partie, l'accusation, sans entendre les thèses contradictoires de la défense, présentées par un avocat dûment désigné pour agir en la matière.

De surcroît, nous ne sommes pas convaincus que la procédure d'appel ait remédié à cette situation. En effet, la Cour d'appel, saisie par le requérant, s'est contentée d'approuver la procédure suivie par le juge de première instance au cours des audiences non contradictoires, sans indiquer si elle a pu voir ou examiner les éléments en cause.

Eu égard à l'ensemble de ces éléments, nous considérons que les obstacles auxquels s'est heurtée la défense, du fait qu'elle n'a eu accès ni aux éléments pertinents ni même à une procédure contradictoire dans le cadre de laquelle la décision du juge sur la question de la divulgation aurait pu se fonder sur des observations respectant les intérêts de la défense aussi bien que ceux de l'accusation, n'ont pas été suffisamment contrebalancés par la procédure suivie devant les autorités judiciaires (voir, *mutatis mutandis*, Cour eur. DH, arrêt Doorson c. Pays-Bas du 26 mars 1996, *Recueil* 1996-II, pp. 470-471, §§ 69-72).

D'après nous, la présente espèce doit être distinguée de l'affaire *Edwards c. Royaume-Uni*: dans cette dernière, la défense avait reçu, au stade de la procédure d'appel, la plupart des informations manquantes. La défense avait omis de demander à la Cour d'appel la production des documents restants dont elle connaissait l'existence et aucun juge n'avait été saisi d'une demande de reconnaissance d'une immunité d'intérêt public dans la procédure (Cour eur. DH, arrêt *Edwards c. Royaume-Uni* du 16 décembre 1992, série A n° 247-B, p. 35, §§ 36 et 38).

Compte tenu de tous ces éléments, nous estimons en définitive que, considérée dans son ensemble, la procédure pénale dirigée contre le requérant n'a pas été équitable. En ce qui concerne le fait que les requêtes unilatérales ont pu être examinées à huis clos et que les décisions du juge à ce sujet n'ont pas été rendues en public, nous considérons qu'il s'agit là d'une conséquence nécessaire des

considérations qui précèdent et, eu égard aux exemptions prévues par l'article 6 § 1 de la Convention, il ne nous paraît pas qu'elles aient enfreint l'obligation de publicité du procès considéré dans son ensemble. Néanmoins, ladite absence de publicité constitue en particulier un facteur aggravant dans le contexte de l'équité du procès. Nous concluons qu'il y a eu en l'espèce violation de l'article 6 § 1 de la Convention combiné avec l'article 6 § 3 b) et d).

GAST AND POPP v. GERMANY
(Application no. 29357/95)

FIRST SECTION

JUDGMENT OF 25 FEBRUARY 2000¹

1. English original.

SUMMARY¹

Applicability of Article 6 to constitutional proceedings
Length of constitutional proceedings

Article 6 § 1

Applicability – Constitutional proceedings – Applicability of Article 6 to constitutional proceedings – Length of constitutional proceedings – Special role of Constitutional Courts

*
* *

In 1990 separate criminal proceedings were brought against the applicants on suspicion of their having committed espionage, prior to German reunification, in the Federal Republic of Germany for the benefit of the German Democratic Republic. They were both convicted and sentenced to imprisonment. Their respective appeals on points of law were dismissed in 1992. They each appealed to the Federal Constitutional Court, which postponed examination of their complaints pending delivery of its decision in a group of test cases. In 1995 the court refused to admit the applicants' complaints, referring to its decision in the test cases. The applicants complained about the length of the proceedings.

Held

Article 6 § 1: Constitutional Court proceedings did not in principle fall outside the scope of Article 6: the relevant test in determining whether they might be taken into account in assessing the reasonableness of the length of proceedings was whether the result of the constitutional proceedings was capable of affecting the outcome of the dispute before the ordinary courts. In the present case, the proceedings in the Federal Constitutional Court were directly related to the well-foundedness of the charges of espionage. The Federal Constitutional Court does not confine itself to identifying the provision of the Basic Law that has been breached but also quashes the impugned decision, referring it back to the competent court; moreover, in the event of a constitutional complaint being upheld, the legislation in question is declared void and a reopening of criminal proceedings is permissible. In the present case, the Constitutional Court proceedings had followed criminal proceedings which had led to the applicants' convictions, and the outcome of the Constitutional Court proceedings could thus be decisive for the applicants as convicted persons. Article 6 was therefore applicable.

As to the length of the Constitutional Court proceedings (respectively about two years and ten months and two years and nine months), the applicants' respective constitutional complaints had been rejected in preliminary proceedings after the relevant constitutional questions had been resolved in a leading decision of the

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

Federal Constitutional Court in a group of similar cases. The legal issues were complex. The applicants' conduct did not cause any delay in the proceedings. Although the obligation to hear cases within a reasonable time applied also to a Constitutional Court, it could not be construed in the same way as for ordinary courts. Its role as guardian of the Constitution made it particularly necessary for a Constitutional Court sometimes to take into account other considerations than the mere chronological order in which cases were entered on the list, such as the nature of a case and its importance in political and social terms. Furthermore, while Article 6 required that judicial proceedings be expeditious, it also laid emphasis on the more general principle of the proper administration of justice. In the present case, it was reasonable for the Federal Constitutional Court to have grouped a series of similar cases in order to have a comprehensive view of the legal issues and to have given priority to other cases with serious political and social implications. Although the applicants were serving their prison sentences pending the Constitutional Court proceedings, their punishment had not caused them prejudice to such an extent as to impose on the Federal Constitutional Court a duty to give the cases priority; furthermore, the applicants had failed to apply for an interim stay of execution of their prison sentences. Any delays that occurred were not substantial enough for the length of the proceedings before the Federal Constitutional Court to have exceeded a reasonable time, having regard to the overall length of the criminal proceedings against the applicants.

Conclusion: no violation (unanimously).

Case-law cited by the Court

König v. Germany, judgment of 28 June 1978, Series A no. 27

Deumeland v. Germany, judgment of 29 May 1986, Series A no. 100

Bock v. Germany, judgment of 29 March 1989, Series A no. 150

Cesarini v. Italy, judgment of 12 October 1992, Series A no. 245-B

Salerno v. Italy, judgment of 12 October 1992, Series A no. 245-D

Ruiz-Mateos v. Spain, judgment of 23 June 1993, Series A no. 262

A and Others v. Denmark, judgment of 8 February 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-I

Süßmann v. Germany, judgment of 16 September 1996, *Reports* 1996-IV

Pammel v. Germany, judgment of 1 July 1997, *Reports* 1997-IV

Probstmeier v. Germany, judgment of 1 July 1997, *Reports* 1997-IV

In the case of Gast and Popp v. Germany,

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

Mrs E. PALM, *President*,

Mr J. CASADEVALL,

Mr L. FERRARI BRAVO,

Mr R. TÜRMEN,

Mr B. ZUPANČIČ,

Mrs W. THOMASSEN,

Mr R. MARUSTE, *judges*,

and Mr M. O'BOYLE, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 25 January 2000,

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

PROCEDURE

1. The case was referred to the Court by the European Commission of Human Rights ("the Commission") on 2 November 1998, within the three-month period laid down by former Articles 32 § 1 and 47 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention"). It originated in an application (no. 29357/95) against the Federal Republic of Germany lodged with the Commission under former Article 25 by two German nationals, Mrs Gabriele Gast and Mr Dieter Popp ("the applicants"), on 1 May 1995. The applicants were represented by Ms F. Odenthal, a lawyer practising in Munich. The German Government ("the Government") were represented by their Agent, Mrs H. Voelskow-Thies, *Ministerialdirigentin*, of the Federal Ministry of Justice.

The Commission's request referred to former Articles 44 and 48 and to the declaration whereby Germany recognised the compulsory jurisdiction of 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 6 § 1 of the Convention.

2. 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 § 4 thereof read in conjunction with Rule 100 § 1 and Rule 24 § 6 of the Rules of Court, a panel of the Grand Chamber decided on 14 January 1999 that the case would be examined by a chamber constituted within one of the Sections of the Court.

3. In accordance with Rule 52 § 1, the President of the Court, Mr L. Wildhaber, assigned the case to the First Section. The Chamber constituted within that Section included *ex officio* Mr G. Ress, the judge elected in respect of Germany (Article 27 § 2 of the Convention and Rule

26 § 1 (a)), and Mrs E. Palm, President of the Section (Rule 26 § 1 (a)). The other members designated by the latter to complete the Chamber were Mr J. Casadevall, Mr Gaukur Jörundsson, Mr R. Türmen, Mrs W. Thomassen and Mr R. Maruste (Rule 26 § 1 (b)).

Subsequently Mr Ress and Mr Gaukur Jörundsson, who had taken part in the Commission's examination of the case, withdrew from sitting in the Chamber (Rule 28). The Government were accordingly invited to indicate whether they wished to appoint an *ad hoc* judge (Article 27 § 2 of the Convention and Rule 29 § 1). As the Government did not reply within thirty days, they were presumed to have waived their right of appointment (Rule 29 § 2). Subsequently Mr L. Ferrari Bravo and Mr B. Zupančič, substitute judges, replaced Mr Ress and Mr Gaukur Jörundsson as members of the Chamber (Rule 26 § 1 (c)).

4. In accordance with Rule 59 § 3 the President of the Chamber invited the parties to submit memorials on the issues arising in the case. The Registrar received the applicants' and Government's memorials on 18 May and 10 November 1999 respectively.

5. After consulting the Agent of the Government and the applicants' lawyer, the Chamber decided not to hold a hearing.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

6. The facts of the case, as found by the Commission and not contested before the Court, are as follows.

7. The first applicant, Mrs Gabriele Gast, is a German national, born in 1943. She is a political scientist by profession and lives in Neuried.

8. The second applicant, Mr Dieter Popp, is also a German national, born in 1939. He is an insurance agent by profession and lives in Bonn.

A. The criminal proceedings against the first applicant

9. In 1990 criminal proceedings were initiated against the first applicant on suspicion of having committed espionage (*geheimdienstliche Agententätigkeit*). She was arrested on 30 September 1990 and taken into detention on remand on 1 October 1990.

10. The trial of the first applicant and three co-accused was held before the Bavarian Court of Appeal (*Oberlandesgericht*) sitting as a court of first instance over several days in November and December 1991. In these and the following proceedings, the first applicant was assisted by counsel.

11. On 19 December 1991 the Court of Appeal convicted the first applicant and the co-accused of espionage on behalf of the German

Democratic Republic (GDR), pursuant to Article 99 § 1 (1) of the German Criminal Code (*Strafgesetzbuch*). The first applicant was sentenced to six years and nine months' imprisonment. The first applicant was also deprived for a period of four years of the rights to hold public office, to vote and to be elected. The co-accused were sentenced to two years, one year and six months, and one year's imprisonment on probation respectively.

12. The court found that in 1968, in the course of her studies and research for her thesis in political science, the first applicant had been contacted by agents of the Ministry for State Security (*Ministerium für Staatsicherheit*), the secret service of the GDR. On the occasion of a meeting in the east sector of Berlin at the end of 1968 or the beginning of 1969, she had agreed to work for the Ministry concerned. She had kept the Ministry informed about her work at a research institute between July 1972 and June 1973. Subsequently, upon her employment by the Federal Intelligence Service (*Bundesnachrichtendienst*), she had forwarded secret information such as reports prepared by German embassies, and in particular reports prepared by the Intelligence Service itself, to the secret service of the GDR. The first co-accused, living in Munich, had operated as courier; the two other co-accused had been agents of the secret service of the GDR and had also been living there.

13. The Court of Appeal found that the first applicant and the co-accused had thereby committed espionage. As regards the co-accused, the court, referring to a decision of the Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*) of 29 May 1991, observed that there was no legal impediment to punishing them; however, the fact that their prosecution had only been possible following the German reunification had to be regarded as a mitigating circumstance.

14. In fixing the first applicant's sentence, the Court of Appeal regarded as mitigating circumstances in particular that she had no criminal record, had a regular life and had also shown helpfulness in taking care of a handicapped child. She had got involved in her criminal conduct due to her relationship with one of the co-accused and she had not managed to discontinue her contacts with the secret service of the GDR. Moreover, due to a lack of adequate controls, she had had no particular difficulties in obtaining and forwarding the information concerned. Moreover, she had not obtained any financial advantage, but she would suffer serious professional disadvantage as a consequence of her conviction. Finally, the Court of Appeal took into account that the first applicant had largely admitted her guilt. However, in view of the aggravating circumstances, in particular the lengthy period of the first applicant's involvement in espionage as well as the volume of secret information forwarded, the Court of Appeal regarded a prison sentence of six years and nine months appropriate.

15. On 24 June 1992 the Third Division of the Federal Court of Justice, sitting with five judges, dismissed the first applicant's appeal on points of law (*Revision*).

16. On 12 February 1994 the first applicant was released, having served half of her sentence.

B. The criminal proceedings against the second applicant

17. In April 1990 criminal proceedings were initiated against the second applicant on suspicion of having committed espionage. On 14 May 1990 the second applicant was arrested and taken into detention on remand.

18. The trial of the second applicant and one co-accused was held before the Düsseldorf Court of Appeal sitting as a court of first instance over several days in December 1991. In these and the following proceedings the second applicant was assisted by counsel.

19. On 23 December 1991 the Court of Appeal convicted the second applicant and the co-accused of espionage on behalf of the GDR, pursuant to Article 99 §§ 1 (1) and 2, first sentence, of the Criminal Code. The second applicant was sentenced to six years' imprisonment. The second applicant was also deprived for a period of four years of the rights to hold public office, to vote and to be elected. The forfeiture of a sum of money amounting to 70,000 German marks was ordered. The co-accused was sentenced to two years' imprisonment on probation, and he was deprived for a period of two years of the rights to hold public office, to vote and to be elected.

20. The Court of Appeal found that in the second half of the 1960s the second applicant had been contacted by agents of the Ministry for State Security. At the latest in 1969, he had agreed to work for the Ministry in question. The co-accused had acted as contact agent (*Führungsoffizier*). The second applicant had incited his friend to commit espionage on behalf of the GDR. His friend, who had died in 1989, had worked for the Federal Ministry of Defence and had had access to secret, and partly top secret, information. The applicant's friend had taken copies of secret documents, or originals thereof, to his home where the originals had been photographed; copies and films had subsequently been forwarded by the second applicant to the co-accused.

21. The Court of Appeal observed that the second applicant and the co-accused had thereby committed espionage, within the meaning of Article 99 of the Criminal Code, which had been punishable at the time of their offences and had remained punishable following the accession of the GDR to the Federal Republic of Germany (FRG), as regulated in the German Unification Act (*Gesetz zu dem Vertrag vom 31. August 1990 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über*

die Herstellung der Einheit Deutschlands) of 23 September 1990. As regards the second applicant, the court noted that he had acted as a citizen of the FRG against his own country. There was no appearance of a violation of his right to equal treatment. In particular, the German legislator was not obliged to enact legislation granting an amnesty or to limit the application of the provisions on espionage and treason. Finally, he could not be compared to secret agents of the Federal Intelligence Service who, irrespective of the different goals of the secret services concerned, acted on behalf of their own country and not against it. As regards the co-accused, the court, referring to a decision of the Federal Court of Justice of 29 May 1991, observed that there were no rules of public international law prohibiting a State from punishing foreigners having committed espionage abroad. Moreover, taking into account the different goals of the Federal Intelligence Service and the secret service of the GDR, his prosecution for espionage did not amount to discrimination against him, and the secret agents of the GDR could not have any legitimate expectation that they would not be punished for their conduct following the accession of the GDR to the FRG.

22. In fixing the second applicant's sentence, the Court of Appeal regarded as mitigating circumstances in particular that he had no criminal record, had a regular life and had not committed espionage primarily for financial purposes, but had pursued political ideas. However, in view of the aggravating circumstances, in particular the lengthy period of the second applicant's involvement in espionage, the involvement of his late friend, the kind of secret information forwarded as well as reasons of general crime prevention, the Court of Appeal regarded a prison sentence of six years appropriate. As regards the co-accused, the Court of Appeal took into account the fact that he was a citizen of the GDR and a secret agent acting from within that territory.

23. On 22 July 1992 the Third Division of the Federal Court of Justice, sitting with five judges, dismissed the second applicant's appeal on points of law.

24. On 11 May 1994 the second applicant was released, having served two-thirds of his sentence.

C. The proceedings before the Federal Constitutional Court

25. The first applicant appealed to the Federal Constitutional Court on 18 July 1992. Following indications as to certain formal shortcomings in her constitutional complaint, she filed supplementary submissions on 18 August 1992. Her case was registered on 27 August 1992. The second applicant's constitutional complaint of 13 August 1992 was received by the Federal Constitutional Court on 14 August 1992.

26. The processing of the applicants' and other similar cases was postponed as the Second Division of the Federal Constitutional Court envisaged rendering a leading decision in some test cases, that is, the application for a ruling submitted by the Berlin Court of Appeal in July 1991 as well as two constitutional complaints. In 1993 a third constitutional complaint, covering general aspects, was added to the test cases. On 23 March 1994 the Second Division, having considered the further action to be taken in these cases, ordered the preparation of an expert opinion on questions of international public law. The expert opinion, which should initially have been ready by mid-August 1994, was received by the Second Division on 11 July 1994. The parties in the test cases were given an opportunity to submit comments before the end of August 1994. Deliberations were taken up again in November 1994, but again suspended between December 1994 and March 1995. However, during that period, a first draft of the decision was prepared.

27. On 15 May 1995 the Second Division of the Federal Constitutional Court rendered the said leading decision (2 BvL 19/91 and others – see paragraphs 43 et seq. below).

28. On 23 May 1995 the Second Section of the Second Division of the Federal Constitutional Court, in separate decisions, refused to admit the first and second applicants' constitutional complaints. The Constitutional Court referred to sections 93a and 93b of the Federal Constitutional Court Act and to the decision of the Second Division of 15 May 1995, which was attached to the decisions in the applicants' cases. The first applicant received the decision on 9 June 1995. The second applicant's counsel received the decision on 3 June 1995, and the second applicant himself on 21 June 1995.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

A. Espionage

29. Under the criminal law of the FRG, treason (*Landesverrat*) is punishable under Article 94 and espionage (*geheimdienstliche Agententätigkeit*) under Article 99 of the Criminal Code (*Strafgesetzbuch*). The provisions of the Criminal Code are applicable to offences committed within the territory of the FRG (*Inlandstaaten*), pursuant to Article 3 of the Criminal Code. According to Article 5 § 4, Articles 94 and 99 are also applicable to offences committed abroad (*Auslandstaaten*).

30. The Criminal Code of the GDR also contained provisions regarding the punishment of espionage and treason to the disadvantage of the GDR or one of its allies. These provisions extended to espionage on behalf of the FRG.

B. The German Unification Treaty of 31 August 1990

31. The Treaty between the Federal Republic of Germany and the German Democratic Republic on German Unification (*Einigungsvertrag*) of 31 August 1990 abolished, with effect from 3 October 1990, the Criminal Code of the GDR and extended the applicability of the criminal law of the FRG to the territory of the GDR (with some exceptions irrelevant in the present context).

32. In the course of the negotiations on the above Treaty, an amnesty for persons having committed espionage on behalf of the GDR was considered; however, this matter was not pursued on account of reservations among members of the general public and of envisaged difficulties in the Federal Diet (*Bundestag*). Further attempts to introduce such an amnesty in 1990 and 1993 remained unsuccessful.

C. Procedure before the Federal Constitutional Court

33. Under the terms of Article 93 § 1 of the Basic Law (*Grundgesetz*), the Federal Constitutional Court shall rule, *inter alia*, on constitutional complaints which may be lodged by any person who considers that the public authorities have infringed one of his or her fundamental rights or one of his or her rights as guaranteed under Articles 20 § 4, 33, 38, 101, 103 and 104 of the Basic Law.

34. Article 100 § 1 of the Basic Law provides, *inter alia*, that, where a court considers unconstitutional a law whose validity is relevant to its decision, the proceedings shall be stayed and the question submitted to the Federal Constitutional Court if the Basic Law is considered to have been breached. According to paragraph 2 of this provision, where a court has doubts whether a rule of public international law is an integral part of federal law and whether such a rule directly creates rights and duties for the individual, the question shall be submitted to the Federal Constitutional Court.

35. The composition and functioning of the Federal Constitutional Court are governed by the Federal Constitutional Court Act (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*). The 1985 version of the Federal Constitutional Court Act (applicable with effect from 1 January 1986) was subsequently amended with a view to reducing the court's workload. The amendments adopted in 1993 (which came into force on 11 August 1993), among other things, reorganised the procedure for individual complaints (sections 93a-93d of the 1993 Federal Constitutional Court Act).

36. According to section 2 of the Act, the Federal Constitutional Court is made up of two divisions, each composed of eight judges.

37. Sections 90 to 96 of that Act concern constitutional complaints lodged by individuals.

Section 90

“(1) Any person who claims that one of his basic rights or one of his rights under Articles 20 § 4, 33, 38, 101, 103 and 104 of the Basic Law has been violated by public authority may lodge a complaint of unconstitutionality with the Federal Constitutional Court.

(2) If legal action against the violation is admissible, the complaint of unconstitutionality may not be lodged until all remedies have been exhausted. However, the Federal Constitutional Court may decide immediately on a complaint of unconstitutionality lodged before all remedies have been exhausted if it is of general relevance or if recourse to other courts first would entail a serious and unavoidable disadvantage for the complainant.

...”

Section 92

“The reasons for the complaint shall specify the right which is claimed to have been violated and the act or omission of the organ or authority by which the complainant claims to have been harmed.”

38. Sections 93a to 93c of the 1985 Act provided as follows:

Section 93a of the 1985 Act

“A complaint of unconstitutionality shall require acceptance prior to a decision.”

Section 93b of the 1985 Act

“(1) A Section may refuse acceptance of a complaint of unconstitutionality by a unanimous order if –

1. the complainant has not paid the required advance at all (section 34(6)) or has not paid it on time,
2. the complaint of unconstitutionality is inadmissible or does not offer sufficient prospects of success for other reasons, or
3. the Division is not likely to accept the complaint of unconstitutionality in accordance with the second sentence of section 93c below.

The order shall be final.

(2) The Section may uphold the complaint of unconstitutionality by a unanimous order if it is clearly justified because the Federal Constitutional Court has already decided on the relevant question of constitutional law...

(3) The decisions of the Section shall be taken without oral pleadings. In stating the reasons for an order by which acceptance of a complaint of unconstitutionality is refused, it is sufficient to refer to the legal aspect determining the refusal.”

Section 93c of the 1985 Act

“If the Section neither refuses acceptance of a complaint of unconstitutionality nor upholds it, the Division shall then decide on acceptance. It shall accept the complaint of unconstitutionality if at least two judges hold the view that a question of constitutional law is likely to be clarified by a decision or that the denial of a decision on the matter will entail a serious and unavoidable disadvantage for the complainant. Section 93b(3) above shall apply *mutatis mutandis*.”

Sections 93a to 93d of the 1993 Act read:

Section 93a of the 1993 Act

“(1) A complaint of unconstitutionality shall require acceptance prior to a decision.

(2) It is to be accepted,

a. if it raises a constitutional issue of general interest,

b. if this is advisable for securing the rights mentioned in section 90(1); or also in the event that the denial of a decision on the matter would entail a particularly serious disadvantage for the complainant.”

Section 93b of the 1993 Act

“The Section may refuse acceptance of a complaint of unconstitutionality or accept it in the event of section 93c. In other cases, the Division shall decide on acceptance.”

Section 93c of the 1993 Act

“(1) If the conditions of section 93a(2)(b) are met and the Federal Constitutional Court has already decided on the relevant question of constitutional law, the Section may uphold the complaint of unconstitutionality if it is clearly justified...”

Section 93d of the 1993 Act

“(1) The decision pursuant to sections 93b and 93c shall be taken without oral pleadings. It is unappealable. The order by which acceptance of a complaint of unconstitutionality is refused does not require any reasoning.

...”

39. Section 94 provides for the right of third parties to be heard in complaint proceedings in the Federal Constitutional Court.

40. Section 95 concerns the ruling of the Federal Constitutional Court if the complaint is upheld and reads:

“(1) If the complaint of unconstitutionality is upheld, the decision shall state which provision of the Basic Law has been infringed and by which act or omission. The Federal Constitutional Court may at the same time declare that any repetition of the act or omission complained of will infringe the Basic Law.

(2) If a complaint of unconstitutionality against a decision is upheld, the Federal Constitutional Court shall quash the decision and in cases pursuant to the first sentence of section 90(2) above it shall refer the matter back to a competent court.

(3) If a complaint of unconstitutionality against a law is upheld, the law shall be declared null and void. The same shall apply if a complaint of unconstitutionality pursuant to paragraph 2 above is upheld because the quashed decision is based on an unconstitutional law. Section 79 shall apply *mutatis mutandis*.”

41. Section 79, to which section 95(3) refers, provides:

“(1) In the event that a final conviction is based on a legal provision, which has been declared incompatible with the Basic Law or has been declared null and void pursuant to section 78, or based on the interpretation of a legal provision, which has been declared incompatible with the Basic Law by the Federal Constitutional Court, a reopening of the criminal proceedings is admissible, in accordance with the provisions of the Code of Criminal Procedure.

(2) In all other respects, subject to the provisions of section 95(2) or a specific statutory provision, final decisions based on a rule declared null and void pursuant to section 78 shall remain unaffected. Such decisions shall not be enforceable...”

42. The Federal Constitutional Court may issue an interim injunction (*einstweilige Anordnung*) in order to avoid serious disadvantages (*zur Abwehr schwerer Nachteile*), to prevent imminent violence (*zur Verhinderung drohender Gewalt*) or for another important reason in the general interest (*aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl*), pursuant to section 32 of the Constitutional Court Act.

D. The Federal Constitutional Court decision of 15 May 1995

43. On 22 July 1991 the Berlin Court of Appeal (*Kammergericht*) suspended criminal proceedings relating to charges of espionage, treason and corruption in order to obtain a decision by the Federal Constitutional Court on the question whether persons who had been living in the GDR and had committed the above offences from the territory of the GDR could be prosecuted. Furthermore, in 1991 and later, numerous persons convicted of such offences lodged constitutional complaints with the Federal Constitutional Court, claiming that their respective convictions violated in particular their rights of liberty, as guaranteed under Article 2 § 2 of the Basic Law, as well as their right to equality, as guaranteed under Article 3.

44. On 15 May 1995 the Second Division of the Federal Constitutional Court rendered a leading decision on the request submitted by the Berlin Court of Appeal and three of the constitutional complaints.

45. The request submitted by the Berlin Court of Appeal was declared partly inadmissible; as regards the remainder, the Federal Constitutional Court held that there was no rule of public international law, forming an integral part of federal law, prohibiting criminal prosecution of espionage committed on behalf and within the territory of a State which had later peacefully become part of the State spied upon. Furthermore, as regards

the first of the three constitutional complaints, it found that the complainant's conviction violated his constitutional rights; the first- and second-instance judgments were set aside and the case was referred back to the first-instance court. With regard to the second individual case, the sentencing was found to have violated constitutional rights, the judgments of the lower courts were, to that extent, set aside and the matter was referred back to the first-instance court. The third constitutional complaint was dismissed.

46. In its decision, the Federal Constitutional Court recalled its case-law according to which the prosecution for treason and espionage as provided for under Articles 94 and 99 of the Criminal Code amounted to an interference with the rights of liberty under Article 2 of the Basic Law which was justified from a constitutional point of view. This finding also applied to the extent that secret agents of the GDR were liable to punishment even if they had only acted within the territory of the GDR or abroad. In this respect, the Constitutional Court considered that the relevant provisions of the Criminal Code aimed at protecting the external security of the FRG, and took into account that the offences in question had been committed at a time when the FRG was particularly exposed to secret service operations of its enemies.

47. However, according to the Constitutional Court, the question arose whether or not the accession of the GDR to the FRG required a new appraisal of the constitutional issues, in particular with regard to espionage committed from the territory of the GDR by persons who were citizens of the GDR and living there.

48. The Constitutional Court found that the fact that espionage on behalf of the GDR was prosecuted as a criminal offence whereas the criminal provisions of the GDR regarding espionage committed by agents of the Federal Intelligence Service had been repealed in the context of the Unification Treaty did not amount to discrimination. Rather, such difference in treatment resulted from the particularities of national security rules (*Staatsschutzrecht*), which protected the State against espionage by foreign powers. Thus, espionage against the FRG on behalf of the GDR remained a punishable act even after the accession of that State.

49. Moreover, the punishment for espionage on behalf of the GDR following the reunification of Germany did not breach any general rules of public international law, contrary to Article 25 of the Basic Law. The Constitutional Court, having regard to a legal opinion of the Heidelberg Max Planck Institute for foreign public law and public international law of 1 July 1994, observed that, under public international law, a State was entitled to enact legislation relating to criminal offences committed within its territory as well as to offences committed by foreigners abroad to the extent that its existence or important interests were at risk. There

was no justification for espionage under public international law and there were no rules on the criminal liability for espionage following the accession of another State.

50. Furthermore, the prosecution of espionage on behalf of the GDR on the basis of the criminal laws in force in the FRG at the time of the offences concerned did not amount to a violation of the rule that no act could be prosecuted unless it was not a criminal offence under the relevant law at the time when it was committed. The Constitutional Court noted that the scope of the provisions on treason and espionage was determined by Articles 3, 5 and 9 of the Criminal Code, which had been in force before the time of the offences in question. The extension of the jurisdiction of the FRG regarding such offences was a consequence of the accession of the GDR and the Unification Treaty.

51. The Constitutional Court next examined whether or not the results of this extension of the jurisdiction of the FRG amounted to a breach of the rule of law (*Rechtsstaatsprinzip*) and, in particular, the principle of proportionality.

52. The Constitutional Court found that, in the unique situation of the German reunification, the prosecution of citizens of the GDR, who had been living in the GDR and had acted solely within the territory of the GDR or of other States where they were safe from extradition or punishment, violated the principle of proportionality. Consequently, there was a technical bar to prosecution (*Verfolgungshindernis*) regarding this group of persons. Criminal prosecution and punishment as a means of protecting legal interests should not result in a disproportionate interference with the rights of the persons concerned.

53. In this context, the Constitutional Court considered the difference between the punishment for espionage and for other criminal offences. Public international law did not prohibit espionage, but it also allowed the State spied upon to punish spies even if they had only acted abroad. There was no differentiation between espionage on behalf of a totalitarian State and espionage on behalf of a State with a free democratic basic order. Thus, espionage had an ambivalent nature: it served the interests of the observing State, where it was accordingly regarded as lawful, and prejudiced the interests of the State being spied upon, where it was therefore regarded as a punishable offence. Punishment of foreign spies was not, therefore, justified on account of a general moral value judgment of reproach (*Unwerturteil*) regarding the espionage act, but only for the purpose of protecting the State spied upon.

54. According to the Federal Constitutional Court, the fall of the GDR, and the consequent termination of any protection for its spies, together with the replacement of its legal order by that of the FRG, which rendered prosecution possible, resulted in a disproportionate prejudice towards the group of offenders who had committed espionage

on behalf of the GDR solely within the latter's territory and had not left the sphere of its protection, or had only been within the territory of other States where they had not risked extradition or punishment in respect of such acts. The reunification had at the same time repealed the punishment of espionage activities on behalf of the FRG. The court further found that any punishment of this group of persons would jeopardise the process of creating German unity.

55. With regard to other citizens of the GDR who had committed espionage within the territory of the FRG or one of its allies, or in a third State where they had risked extradition or punishment, there was no general bar to prosecution as the above conditions were not necessarily all met. However, those persons had, as a consequence of the fall of the GDR, also lost the protection of that State, if only the expectation of being exchanged in case of arrest. Moreover, even confronted with the legal order of the FRG, these persons' sense of wrongdoing (*Unrechtsbewußtsein*) was attuned to the legal order of the GDR. Above all, they were meanwhile prosecuted by their own State in respect of espionage activities committed at a time when they regarded that State as a foreign State. In such cases all relevant circumstances had to be weighed in the light of the above considerations with a view to determining whether or not prosecution should be continued, or in fixing the sentence.

56. In their separate opinion to the Federal Constitutional Court's judgment, three judges of the Second Division explained that they disagreed with the judgment as far as the finding of a technical bar to the prosecution of a group of persons having committed espionage was concerned.

PROCEEDINGS BEFORE THE COMMISSION

57. Mrs Gabriele Gast and Mr Dieter Popp applied to the Commission on 1 May 1995. They alleged, *inter alia*, a violation of Article 6 § 1 of the Convention as regards the length of the proceedings before the Federal Constitutional Court.

58. The Commission declared the application (no. 29357/95) partly admissible on 20 October 1997. In its report of 28 May 1998 (former Article 31 of the Convention)¹, it expressed the opinion, by twenty votes to eleven, that there had been no violation of Article 6 § 1.

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

FINAL SUBMISSIONS TO THE COURT

59. In their memorial the Government requested the Court to hold that the Federal Republic of Germany had not violated Article 6 § 1 of the Convention.

60. The applicants referred to their previous submissions to the Commission and asked the Court to find that there had been a violation of Article 6 § 1 of the Convention as regards the length of the proceedings before the Federal Constitutional Court.

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 § 1 OF THE CONVENTION

61. In the applicants' submission the length of the proceedings in the Federal Constitutional Court had exceeded a reasonable time within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention, which provides as follows:

“In the determination of ... any criminal charge against him, everyone is entitled to a ... hearing within a reasonable time by [a] ... tribunal...”

A. Applicability of Article 6 § 1

62. In the present case, the question arises whether Article 6 § 1 applies to proceedings before the Federal Constitutional Court under its criminal head.

63. Referring to its own decisions and opinions and to the case-law of the Court, the Commission took the view that Article 6 § 1 of the Convention was applicable to the procedure in question. It observed among other things that a State which established a constitutional-type court was under a duty to ensure that litigants enjoyed in the proceedings before it the fundamental guarantees laid down in Article 6.

64. The Court recalls that according to its well-established case-law on this issue (see the *Deumeland v. Germany* judgment of 29 May 1986, Series A no. 100, p. 26, § 77; the *Bock v. Germany* judgment of 29 March 1989, Series A no. 150, p. 18, § 37; and the *Ruiz-Mateos v. Spain* judgment of 23 June 1993, Series A no. 262, p. 19, § 35), the relevant test in determining whether Constitutional Court proceedings may be taken into account in assessing the reasonableness of the length of proceedings is whether the result of the Constitutional Court proceedings is capable of affecting the outcome of the dispute before the ordinary courts.

It follows that Constitutional Court proceedings do not in principle fall outside the scope of Article 6 § 1 of the Convention (see, *mutatis mutandis*,

the Süßmann v. Germany judgment of 16 September 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV, p. 1171, § 39).

65. The Court, like the Commission, considers that the proceedings before the Federal Constitutional Court were directly related to the question of the accusations of espionage being well-founded. In the event of a successful outcome of the constitutional complaint, as shown by two of the leading cases, the Federal Constitutional Court does not confine itself to identifying the provision of the Basic Law that has been breached; it quashes the impugned decision and refers the matter back to the competent court. Moreover, if a constitutional complaint against a law is upheld, the legislation in question is declared void and a reopening of criminal proceedings is permissible (section 95 taken in conjunction with section 79 of the Federal Constitutional Court Act – see paragraphs 40-41 above).

66. In the factual circumstances underlying the numerous complaint proceedings before the Federal Constitutional Court, relating to conviction for espionage or treason following German reunification, these proceedings were a further stage of the respective criminal proceedings and their consequences could be decisive for the convicted persons.

67. It is true that in the present case the Second Section of the Second Division of the Federal Constitutional Court refused acceptance of the applicants' constitutional complaints in the course of preliminary proceedings (sections 93a and 93b of the Federal Constitutional Court Act – see paragraph 38 above). However, the Federal Constitutional Court was able to do so after having examined and rendered a leading decision on the merits of all relevant arguments on 15 May 1995. In the ensuing cases, express reference was made to the leading decision which was attached.

68. In these circumstances, Article 6 § 1 is applicable to the proceedings in issue.

B. Compliance with Article 6 § 1

1. Period to be taken into consideration

69. The Court is concerned only with the length of the proceedings before the Federal Constitutional Court. Thus the relevant period began on 18 July and 13 August 1992, respectively, the dates on which the applicants appealed to the Federal Constitutional Court. It ended on 9 June and 3 June 1995, respectively, the dates on which the Constitutional Court's decisions of 23 May 1995 were notified to the first applicant and the second applicant's counsel. It therefore lasted about two

years and ten months in the first applicant's case and about two years and nine months in the second applicant's case.

2. *Applicable criteria*

70. The reasonableness of the length of the proceedings is to be assessed in the light of the particular circumstances of the case, regard being had to the criteria laid down in the Court's case-law, in particular the complexity of the case, the applicants' conduct and that of the competent authorities, and the importance of what was at stake for the applicants in the litigation (see the Süßmann judgment cited above, p. 1172-73, § 48, and the Pammel and Probstmeier v. Germany judgments of 1 July 1997, *Reports* 1997-IV, p. 1110, § 60, and p. 1136, § 55, respectively).

71. The applicants contended that the length of the proceedings before the Federal Constitutional Court had been excessive and had amounted in fact to a denial of justice. According to them, their cases had not been particularly complex and could have been decided at an earlier stage. They stressed the importance of their Constitutional Court proceedings for their right of liberty, as they had been in detention during part of the proceedings.

72. The Government maintained that the applicants' cases had formed part of a large number of cases concerning the punishment of espionage following German reunification. The proceedings had necessitated the preparation of an expert opinion on questions of international law. According to them, the complexity of the matter transpired best from the Constitutional Court's decision of 15 May 1995 in the leading cases. Moreover, the Government, referring to the special features of the procedure in the Federal Constitutional Court and the specific nature of the present case, considered that no unreasonable delays were imputable to the Federal Constitutional Court. They submitted in particular that over the same period the Second Division of the Federal Constitutional Court had had to rule on more urgent cases of considerable political importance, concerning, *inter alia*, the reform of the legal provisions relating to abortion, the challenge to the Maastricht Treaty and the missions of the German armed forces in former Yugoslavia and Somalia.

73. The Court notes that the applicants' respective constitutional complaints were rejected in preliminary proceedings, after the relevant constitutional questions had been resolved in a leading decision rendered in four other cases. The legal issues examined in this decision, to which the applicants were referred in the decisions rejecting their own complaints, were on the whole complex, also as far as the specific situation of persons such as the applicants was concerned.

74. The applicants' conduct did not cause any delay in the proceedings.

75. As regards the conduct of the Federal Constitutional Court, the Court recalls that, as it has repeatedly held, Article 6 § 1 imposes on the Contracting States the duty to organise their judicial systems in such a way that their courts can meet each of its requirements, including the obligation to hear cases within a reasonable time.

Although this obligation applies also to a Constitutional Court, when so applied it cannot be construed in the same way as for an ordinary court. Its role as guardian of the Constitution makes it particularly necessary for a Constitutional Court sometimes to take into account other considerations than the mere chronological order in which cases are entered on the list, such as the nature of a case and its importance in political and social terms. Furthermore, while Article 6 requires that judicial proceedings be expeditious, it also lays emphasis on the more general principle of the proper administration of justice (see the Süßmann judgment cited above, p. 1174, §§ 55-57).

76. In the instant case, the Court finds that it was reasonable for the Federal Constitutional Court to have grouped these cases so as to obtain a comprehensive view of the legal issues arising from the convictions of espionage and treason following German reunification (see, *mutatis mutandis*, the Süßmann judgment cited above, p. 1174, § 59).

77. The Court has further noted the Government's explanations on the overall planning of work by the Second Division of the Federal Constitutional Court at the relevant time.

78. It appears that some of the proceedings referred to concerned matters which had not been terminated due to the general backlog of the Second Division. In this respect, the Court recalls that a chronic overload, like the one the Federal Constitutional Court has laboured under since the end of the 1970s, cannot justify an excessive length of proceedings (see the Pammel and Probstmeier judgments cited above, p. 1112, § 69, and p. 1138, § 64, respectively).

79. As regards the other cases dealt with by the Second Division at the material time, the Court, like the Commission, balancing what was at stake for the numerous persons sentenced to imprisonment for treason or espionage and the serious political and social implications of these other cases, finds that the Federal Constitutional Court could reasonably give priority to them.

80. The Court considers that, although the applicants were already serving their prison sentences pending the Constitutional Court proceedings, their punishment did not cause prejudice to them to such an extent as to impose on the court concerned a duty to deal with the cases as a matter of very great urgency, as is true of certain types of litigation (see, *mutatis mutandis*, the Süßmann judgment cited above, pp. 1174-75, § 61, with reference to the A and Others v. Denmark

judgment of 8 February 1996, *Reports* 1996-I, p. 107, § 78). Moreover, the Court notes that the applicants were released on 12 February and 11 May 1994 respectively. In this respect, the Court has also noted the Government's submission that the applicants could have applied to the Federal Constitutional Court for an interim stay of execution of their prison sentences (see, *mutatis mutandis*, the König v. Germany judgment of 28 June 1978, Series A no. 27, p. 40, § 111).

81. In the light of all the circumstances of the case, the Court, like the Commission, finds that any delays that occurred do not appear substantial enough for the length of the proceedings before the Federal Constitutional Court to have exceeded a "reasonable time" within the meaning of Article 6 § 1 (see the Cesarini v. Italy judgment of 12 October 1992, Series A no. 245-B, p. 26, § 20, and the Salerno v. Italy judgment of 12 October 1992, Series A no. 245-D, p. 56, § 21). In reaching this conclusion, the Court has had regard to the fact that the criminal proceedings against the first and second applicants, including the pre-trial stage, the trial and the appeal proceedings, only lasted about one year and ten months in the first applicant's case and about two years and three months in the second applicant's case.

82. In sum, there has been no violation of the applicants' right to a hearing within a "reasonable time", as guaranteed by Article 6 § 1 of the Convention.

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

Holds that there has been no violation of Article 6 § 1 of the Convention.

Done in English, and notified in writing on 25 February 2000, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Michael O'BOYLE
Registrar

Elisabeth PALM
President

GAST ET POPP c. ALLEMAGNE
(*Requête n° 29357/95*)

PREMIÈRE SECTION

ARRÊT DU 25 FÉVRIER 2000¹

1. Traduction; original anglais.

SOMMAIRE¹**Applicabilité de l'article 6 à une procédure constitutionnelle
Durée d'une procédure constitutionnelle****Article 6 § 1**

Applicabilité – Procédure constitutionnelle – Applicabilité de l'article 6 à une procédure constitutionnelle – Durée d'une procédure constitutionnelle – Rôle particulier d'une Cour constitutionnelle

*
* *

En 1990, des procédures pénales distinctes furent engagées à l'encontre des requérants, soupçonnés de s'être livrés, avant la réunification allemande, à des activités d'espionnage en République fédérale d'Allemagne pour le compte de la République démocratique allemande. Ils furent tous deux condamnés à des peines d'emprisonnement. Leurs pourvois respectifs furent rejetés en 1992. Tous deux saisirent la Cour constitutionnelle fédérale, qui suspendit l'examen de leurs griefs en attendant le prononcé d'un arrêt de principe dans certaines affaires pilotes. En 1995, la Cour constitutionnelle, se fondant sur l'arrêt qu'elle avait rendu dans ces affaires pilotes, refusa de retenir les recours des requérants. Ceux-ci se plaignent de la durée de la procédure.

Article 6 § 1 : en principe, une procédure devant une Cour constitutionnelle n'échappe pas au domaine de l'article 6 § 1 : le critère pertinent pour déterminer s'il faut prendre en compte une telle instance en vue d'établir le caractère raisonnable de la durée d'une procédure consiste à rechercher si son résultat peut influencer sur l'issue du litige devant les juridictions ordinaires. En l'espèce, les procédures devant la Cour constitutionnelle fédérale étaient directement liées à la question de savoir si les accusations d'espionnage étaient fondées. La Cour constitutionnelle fédérale ne se borne pas à déterminer la disposition de la Loi fondamentale qui a été enfreinte ; elle annule la décision critiquée et renvoie l'affaire à la juridiction compétente. En outre, si un recours constitutionnel contre une loi est accueilli, la législation en question est abrogée et une réouverture de la procédure pénale est possible. En l'espèce, les procédures constitutionnelles venaient à la suite des instances pénales ayant abouti à la condamnation des requérants, et leurs conséquences pouvaient être décisives pour les intéressés, qui avaient été reconnus coupables. Dès lors, l'article 6 trouve à s'appliquer.

Quant à la durée des procédures constitutionnelles (environ deux ans et dix mois pour la première requérante, et environ deux ans et neuf mois dans le cas du deuxième requérant), les recours constitutionnels respectifs des intéressés ont

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

été rejetés à l'issue de procédures préliminaires, à la suite de la résolution des questions constitutionnelles pertinentes dans un arrêt de principe rendu par la Cour constitutionnelle fédérale dans une série d'affaires similaires. Les problèmes juridiques étaient complexes. La conduite des requérants n'a occasionné aucun retard dans la procédure. Si l'obligation de statuer dans un délai raisonnable vaut aussi pour une Cour constitutionnelle, elle ne saurait cependant s'interpréter de la même façon que pour une juridiction ordinaire. Son rôle de gardien de la Constitution rend particulièrement nécessaire pour une Cour constitutionnelle de parfois prendre en compte d'autres éléments que le simple ordre d'inscription au rôle d'une affaire, telles la nature de celle-ci et son importance sur le plan politique et social. Par ailleurs, si l'article 6 prescrit la célérité des procédures judiciaires, il met aussi l'accent sur le principe, plus général, d'une bonne administration de la justice. En l'espèce, il était légitime que la Cour constitutionnelle fédérale regroupât plusieurs affaires similaires afin d'avoir une vue d'ensemble des questions juridiques en jeu, et qu'elle donnât priorité à d'autres affaires ayant des implications politiques et sociales graves. Certes, les requérants avaient déjà commencé à purger leur peine de prison en attendant l'issue de la procédure constitutionnelle, mais leurs sanctions ne leur occasionnaient pas un préjudice suffisant pour imposer à la Cour constitutionnelle fédérale l'obligation de traiter leurs affaires en priorité. De plus, les requérants n'ont pas demandé à ce que l'exécution de leurs peines d'emprisonnement fût provisoirement suspendue. Eu égard à la durée globale des procédures pénales à l'encontre des intéressés, les retards observés n'apparaissent pas assez importants pour que la durée de la procédure constitutionnelle ait excédé un délai raisonnable.

Conclusion : non-violation (unanimité).

Jurisprudence citée par la Cour

- König c. Allemagne, arrêt du 28 juin 1978, série A n° 27
- Deumeland c. Allemagne, arrêt du 29 mai 1986, série A n° 100
- Bock c. Allemagne, arrêt du 29 mars 1989, série A n° 150
- Cesarini c. Italie, arrêt du 12 octobre 1992, série A n° 245-B
- Salerno c. Italie, arrêt du 12 octobre 1992, série A n° 245-D
- Ruiz-Mateos c. Espagne, arrêt du 23 juin 1993, série A n° 262
- A et autres c. Danemark, arrêt du 8 février 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-I
- Süßmann c. Allemagne, arrêt du 16 septembre 1996, *Recueil* 1996-IV
- Pammel c. Allemagne, arrêt du 1^{er} juillet 1997, *Recueil* 1997-IV
- Probstmeier c. Allemagne, arrêt du 1^{er} juillet 1997, *Recueil* 1997-IV

En l'affaire Gast et Popp c. Allemagne,

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

M^{me} E. PALM, *présidente*,

MM. J. CASADEVALL,

L. FERRARI BRAVO,

R. TÜRMEK,

B. ZUPANČIĆ,

M^{me} W. THOMASSEN,

M. R. MARUSTE, *juges*,

et de M. M. O'BOYLE, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 25 janvier 2000,

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

PROCÉDURE

1. L'affaire a été déférée à la Cour par la Commission européenne des Droits de l'Homme («la Commission») le 2 novembre 1998, dans le délai de trois mois qu'ouvraient les anciens articles 32 § 1 et 47 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales («la Convention»). A son origine se trouve une requête (n° 29357/95) dirigée contre la République fédérale d'Allemagne et dont deux ressortissants de cet Etat, M^{me} Gabriele Gast et M. Dieter Popp («les requérants»), avaient saisi la Commission le 1^{er} mai 1995 en vertu de l'ancien article 25. Les requérants sont représentés par M^e F. Odenthal, avocate au barreau de Munich. Le gouvernement allemand («le Gouvernement») est représenté par son agente, M^{me} H. Voelskow-Thies, *Ministerialdirigentin* au ministère fédéral de la Justice.

La demande de la Commission renvoie aux anciens articles 44 et 48 de la Convention ainsi qu'à la déclaration allemande 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 6 § 1 de la Convention.

2. A la suite de l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 à la Convention le 1^{er} novembre 1998, et conformément à l'article 5 § 4 dudit Protocole, lu en combinaison avec les articles 100 § 1 et 24 § 6 du règlement de la Cour («le règlement»), un collège de la Grande Chambre a décidé le 14 janvier 1999 que l'affaire serait examinée par une chambre constituée au sein de l'une des sections de la Cour.

3. Conformément à l'article 52 § 1 du règlement, le président de la Cour, M. L. Wildhaber, a attribué l'affaire à la première section. La chambre constituée au sein de ladite section comprenait de plein droit

M. G. Ress, juge élu au titre de l'Allemagne (articles 27 § 2 de la Convention et 26 § 1 a) du règlement), et M^{me} E. Palm, présidente de la section (article 26 § 1 a) du règlement). Les autres juges désignés par cette dernière pour compléter la chambre étaient M. J. Casadevall, M. Gaukur Jörundsson, M. R. Türmen, M^{me} W. Thomassen et M. R. Maruste.

Ultérieurement, M. Ress et M. Gaukur Jörundsson, qui avaient participé à l'examen de l'affaire au sein de la Commission, se sont déportés de la chambre (article 28 du règlement). En conséquence, le Gouvernement a été invité à faire savoir s'il entendait désigner un juge *ad hoc* (articles 27 § 2 de la Convention et 29 § 1 du règlement). Le Gouvernement n'ayant pas répondu dans les trente jours, il a été réputé renoncer à pareille désignation (article 29 § 2 du règlement). Par la suite, M. L. Ferrari Bravo et M. B. Zupančič, juges suppléants, ont remplacé M. Ress et M. Gaukur Jörundsson (article 26 § 1 c) du règlement).

4. Conformément à l'article 59 § 3 du règlement, le président de la chambre a invité les parties à présenter des mémoires sur les questions soulevées par l'affaire. Le greffier a reçu les mémoires des requérants et du Gouvernement le 18 mai et le 10 novembre 1999 respectivement.

5. Après consultation de l'agente du Gouvernement et de l'avocate des requérants, la chambre a décidé de ne pas tenir d'audience.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

6. Les faits de la cause, tels qu'établis par la Commission et admis devant la Cour, sont les suivants.

7. La première requérante, M^{me} Gabriele Gast, est une ressortissante allemande née en 1943. Diplômée en sciences politiques, elle est domiciliée à Neuried.

8. Le deuxième requérant, M. Dieter Popp, a également la nationalité allemande et est né en 1939. Il est agent d'assurances et réside à Bonn.

A. La procédure pénale à l'encontre de la première requérante

9. En 1990, une procédure pénale fut engagée à l'encontre de la première requérante, soupçonnée d'espionnage (*geheimdienstliche Agententätigkeit*). L'intéressée fut arrêtée le 30 septembre 1990 et mise en détention provisoire le 1^{er} octobre 1990.

10. Le procès de la première requérante et de trois coaccusés se déroula pendant plusieurs jours en novembre et décembre 1991 devant la cour d'appel (*Oberlandesgericht*) de Bavière, siégeant en première instance.

Pendant ce procès et la procédure qui s'ensuivit, la première requérante bénéficia de l'assistance d'un avocat.

11. Le 19 décembre 1991, la cour d'appel reconnut la première requérante et ses coaccusés coupables d'espionnage pour le compte de la République démocratique allemande (RDA), en vertu de l'article 99 § 1 1) du code pénal (*Strafgesetzbuch*) allemand. La première requérante fut condamnée à six ans et neuf mois d'emprisonnement. Elle fut également privée pour quatre ans de l'aptitude à être nommée à une fonction publique, ainsi que de ses droits de vote et d'éligibilité. Ses coaccusés furent condamnés respectivement à deux ans d'emprisonnement, dix-huit mois d'emprisonnement, et un an de prison avec sursis.

12. La cour établit qu'en 1968, au cours de ses études et recherches dans le cadre de sa thèse en sciences politiques, la première requérante avait été approchée par des agents du ministère de la Sûreté d'Etat (*Ministerium für Staatssicherheit*), les services secrets de la RDA. Lors d'une rencontre qui avait eu lieu fin 1968 ou début 1969 à Berlin-Est, elle avait accepté de travailler pour ledit ministère. Elle l'avait tenu informé des travaux qu'elle avait menés au sein d'un institut de recherche entre juillet 1972 et juin 1973. Par la suite, alors qu'elle travaillait pour le service fédéral des renseignements (*Bundesnachrichtendienst*), elle avait transmis aux services secrets de la RDA des informations secrètes telles que des rapports élaborés par des ambassades d'Allemagne, et en particulier des rapports établis au sein du service des renseignements lui-même. Le premier coaccusé, domicilié à Munich, servait de courrier; les deux autres coaccusés étaient des agents des services secrets de la RDA, où ils résidaient.

13. La cour d'appel estima que la première requérante et ses coaccusés s'étaient de ce fait livrés à l'espionnage. Quant aux coaccusés, la cour, invoquant une décision rendue le 29 mai 1991 par la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*), releva qu'aucun obstacle légal ne s'opposait à leur sanction; toutefois, le fait que les poursuites à leur encontre n'avaient été possibles qu'après la réunification allemande devait être considéré comme une circonstance atténuante.

14. Pour déterminer la peine à infliger à la première requérante, la cour d'appel retint comme circonstances atténuantes le fait qu'elle n'avait pas de casier judiciaire, qu'elle menait une vie régulière et qu'elle s'était montrée secourable en s'occupant d'un enfant handicapé. Sa conduite répréhensible était due à sa relation avec l'un des coaccusés et elle n'avait pas été en mesure de mettre un terme à ses contacts avec les services secrets de la RDA. En outre, en raison de l'absence de mécanismes de contrôle appropriés, elle n'avait rencontré aucun problème particulier pour recueillir et transmettre les renseignements en question. Par ailleurs, elle n'en avait tiré aucun avantage financier; au contraire, sa condamnation lui vaudrait de sérieuses difficultés au

niveau professionnel. Enfin, la cour d'appel tint compte du fait que la première requérante avait dans une large mesure reconnu sa culpabilité. Toutefois, eu égard à certaines circonstances aggravantes, notamment la longue durée sur laquelle s'étaient étendues les activités d'espionnage de l'intéressée et le volume des informations secrètes qu'elle avait transmises, la cour d'appel estima qu'une peine d'emprisonnement de six ans et neuf mois était justifiée.

15. Le 24 juin 1992, la troisième chambre de la Cour fédérale de justice, siégeant à cinq juges, rejeta le pourvoi (*Revision*) de la première requérante.

16. Le 12 février 1994, celle-ci fut libérée après avoir purgé la moitié de sa peine.

B. La procédure pénale à l'encontre du deuxième requérant

17. En avril 1990, une procédure pénale fut engagée à l'encontre du deuxième requérant, soupçonné d'espionnage. Le 14 mai 1990, il fut arrêté et mis en détention provisoire.

18. Le procès du deuxième requérant et d'un coaccusé se déroula pendant plusieurs jours en décembre 1991 devant la cour d'appel de Düsseldorf, siégeant en première instance. Pendant le procès et la procédure qui s'ensuivit, le deuxième requérant bénéficia de l'assistance d'un avocat.

19. Le 23 décembre 1991, la cour d'appel reconnut le deuxième requérant et son coaccusé coupables d'espionnage pour le compte de la RDA, en vertu de l'article 99 §§ 1 1) et 2, première phrase, du code pénal. Le deuxième requérant fut condamné à six ans d'emprisonnement. Il fut également privé pour quatre ans de l'aptitude à être nommé à une fonction publique, ainsi que de ses droits de vote et d'éligibilité. La cour ordonna la consignation d'une somme de 70 000 marks allemands. Le coaccusé fut condamné à deux ans d'emprisonnement avec sursis et privé pour deux ans de l'aptitude à être nommé à une fonction publique, ainsi que de ses droits de vote et d'éligibilité.

20. La cour d'appel établit que, durant la seconde moitié des années 60, le deuxième requérant avait été approché par des agents du ministère de la Sécurité d'Etat. Au plus tard en 1969, il avait accepté de travailler pour le ministère en question. Le coaccusé était son agent de liaison (*Führungsoffizier*). Le deuxième requérant avait incité un ami à espionner au profit de la RDA. Ce dernier, décédé en 1989, travaillait pour le ministère fédéral de la Défense et avait accès à des informations secrètes et, en partie, ultrasecrètes. L'ami du requérant emportait des copies ou des originaux de documents secrets chez lui, où les originaux

étaient photographiés ; des copies et des films étaient ensuite transmis par le deuxième requérant au coaccusé.

21. La cour d'appel estima que le deuxième requérant et son coaccusé s'étaient de ce fait livrés à l'espionnage au sens de l'article 99 du code pénal, ce qui était passible de sanctions au moment où ils avaient commis ces infractions et l'était resté après le rattachement de la RDA à la République fédérale d'Allemagne (RFA), réglementé par la loi du 23 septembre 1990 sur l'unité allemande (*Gesetz zu dem Vertrag vom 31. August 1990 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands*). Quant au deuxième requérant, la cour releva qu'il avait agi en qualité de citoyen de la RFA contre son propre pays. Il n'y avait aucune apparence de violation de son droit à un traitement égalitaire. En particulier, le législateur allemand n'était pas tenu de promulguer une loi d'amnistie ou une législation restreignant l'application des dispositions sur l'espionnage et la trahison. Enfin, l'intéressé ne pouvait pas être comparé aux agents secrets du service fédéral des renseignements qui, quels qu'aient été leurs objectifs, agissaient pour le compte de leur pays et non contre lui. Quant au coaccusé, la cour, invoquant une décision de la Cour fédérale de justice du 29 mai 1991, releva qu'aucune règle de droit international public n'interdisait à un Etat de sanctionner les ressortissants étrangers qui s'étaient livrés à l'espionnage à l'étranger. En outre, considérant les buts divergents du service fédéral des renseignements et des services secrets de la RDA, les poursuites engagées contre le deuxième requérant pour espionnage ne dénotaient aucune discrimination à son encontre, et les agents secrets de la RDA ne pouvaient légitimement espérer échapper à toute sanction pour leur conduite après le rattachement de la RDA à la RFA.

22. Pour déterminer la peine à infliger au deuxième requérant, la cour d'appel retint comme circonstances atténuantes le fait notamment qu'il n'avait pas de casier judiciaire, qu'il menait une vie régulière et ne s'était pas livré à l'espionnage principalement dans un but lucratif mais pour des idéaux politiques. Toutefois, compte tenu de circonstances aggravantes, notamment la longue durée sur laquelle s'étaient étendues les activités d'espionnage de l'intéressé, l'implication de son défunt ami, la nature des informations secrètes transmises ainsi que des raisons d'ordre général tenant à la prévention du crime, la cour d'appel estima qu'une peine d'emprisonnement de six ans était justifiée. Quant au coaccusé, la cour tint compte du fait qu'il était ressortissant de la RDA et exerçait ses activités d'agent secret à partir du territoire de ce pays.

23. Le 22 juillet 1992, la troisième chambre de la Cour fédérale de justice, siégeant à cinq juges, rejeta le pourvoi du deuxième requérant.

24. Le 11 mai 1994, le deuxième requérant fut libéré après avoir purgé les deux tiers de sa peine.

C. La procédure devant la Cour constitutionnelle fédérale

25. La première requérante saisit la Cour constitutionnelle fédérale le 18 juillet 1992. A la suite d'indications concernant certains vices de forme dans son recours constitutionnel, elle soumit des conclusions complémentaires le 18 août 1992. Son affaire fut enregistrée le 27 août 1992. Le recours constitutionnel présenté par le deuxième requérant le 13 août 1992 fut reçu par la Cour constitutionnelle fédérale le 14 août 1992.

26. Le traitement des affaires des requérants et d'autres cas similaires fut reporté car la deuxième chambre de la Cour constitutionnelle fédérale envisageait de rendre un arrêt de principe dans certaines affaires pilotes, c'est-à-dire une question préjudicielle présentée par la cour d'appel de Berlin en juillet 1991 ainsi que deux recours constitutionnels. En 1993, un troisième recours constitutionnel, soulevant des questions générales, fut joint à ces affaires pilotes. Le 23 mars 1994, la deuxième chambre, après avoir examiné la conduite à tenir dans ces affaires, ordonna l'élaboration d'une expertise sur des questions de droit international public. L'expertise, qui devait au départ être élaborée pour la mi-août 1994, fut reçue par la deuxième chambre le 11 juillet 1994. Les parties aux affaires pilotes eurent alors la possibilité de présenter des commentaires avant la fin du mois d'août 1994. Les délibérations se poursuivirent en novembre 1994 mais furent de nouveau suspendues entre décembre 1994 et mars 1995. Toutefois, pendant cette période, un premier projet d'arrêt fut élaboré.

27. Le 15 mai 1995, la deuxième chambre de la Cour constitutionnelle fédérale rendit l'arrêt de principe en question (2 BvL 19/91 et autres – voir paragraphes 43 et suivants ci-dessous).

28. Le 23 mai 1995, la deuxième section de la deuxième chambre de la Cour constitutionnelle fédérale, dans des décisions distinctes, refusa de retenir les recours constitutionnels de la première requérante et du deuxième requérant. La haute juridiction invoqua les articles 93 a) et 93 b) de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale ainsi que l'arrêt prononcé le 15 mai 1995 par la deuxième chambre, qui était joint aux décisions rendues dans les affaires des requérants. La première requérante reçut la décision le 9 juin 1995. Le conseil du deuxième requérant reçut la décision le 3 juin 1995 et le deuxième requérant lui-même le 21 juin 1995.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

A. Espionnage

29. Selon le droit pénal de la RFA, la trahison (*Landesverrat*) et l'espionnage (*geheimdienstliche Agententätigkeit*) sont passibles de sanctions

en vertu des articles 94 et 99 du code pénal (*Strafgesetzbuch*). Conformément à l'article 3 du code pénal, les dispositions dudit code sont applicables aux infractions commises sur le territoire de la RFA (*Inlandstaaten*). Selon l'article 5 § 4, les articles 94 et 99 sont également applicables aux infractions commises à l'étranger (*Auslandstaaten*).

30. Le code pénal de la RDA contenait également des dispositions concernant les sanctions applicables à l'espionnage et à la trahison au préjudice de la RDA ou de l'un de ses alliés. Ces dispositions s'étendaient à l'espionnage pour le compte de la RFA.

B. Le traité du 31 août 1990 sur l'unité allemande

31. Le traité du 31 août 1990 entre la RFA et la RDA sur l'unité allemande (*Einigungsvertrag*) a aboli, avec effet au 3 octobre 1990, le code pénal de la RDA, et a étendu l'applicabilité du droit pénal de la RFA au territoire de la RDA (avec quelques exceptions hors de propos dans le présent contexte).

32. Au cours des négociations concernant le traité ci-dessus, une amnistie pour les personnes qui s'étaient livrées à l'espionnage pour le compte de la RDA a été envisagée; toutefois, il n'a pas été donné suite à cette question en raison des hésitations qu'elle suscitait dans l'opinion publique et des difficultés qui s'annonçaient au sein de la Diète fédérale (*Bundestag*). D'autres tentatives visant à introduire une telle amnistie en 1990 et en 1993 n'ont pas abouti.

C. Procédure devant la Cour constitutionnelle fédérale

33. Conformément à l'article 93 § 1 de la Loi fondamentale (*Grundgesetz*), la Cour constitutionnelle fédérale statue notamment sur les recours constitutionnels qui peuvent être introduits par quiconque estime que les autorités publiques ont enfreint l'un de ses droits fondamentaux ou l'un des droits que lui garantissent les articles 20 § 4, 33, 38, 101, 103 et 104 de la Loi fondamentale.

34. Aux termes de l'article 100 § 1 de la Loi fondamentale, si un tribunal estime qu'une loi dont la validité conditionne sa décision est inconstitutionnelle, il doit surseoir à statuer et soumettre la question à la décision de la Cour constitutionnelle fédérale s'il s'agit de la violation de la Loi fondamentale. Selon le paragraphe 2 de cette disposition, si un tribunal a des doutes quant à savoir si une règle de droit international public fait partie intégrante du droit fédéral et crée directement des droits et obligations pour les justiciables, la question doit être soumise à la décision de la Cour constitutionnelle fédérale.

35. La composition et le fonctionnement de la Cour constitutionnelle fédérale sont régis par la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*). La version de 1985 de cette loi (applicable à compter du 1^{er} janvier 1986) a été modifiée par la suite en vue de réduire la charge de travail de la haute juridiction. Les modifications adoptées en 1993 (entrées en vigueur le 11 août 1993) ont notamment réorganisé la procédure contentieuse pour les particuliers (articles 93 a) à 93 d) de la loi de 1993 sur la Cour constitutionnelle fédérale).

36. L'article 2 de cette loi dispose que la Cour constitutionnelle fédérale est constituée de deux chambres, chacune composée de huit juges.

37. Les articles 90 à 96 de cette loi ont trait aux recours constitutionnels individuels.

Article 90

« 1) Toute personne peut introduire devant la Cour constitutionnelle fédérale un recours constitutionnel en affirmant que la puissance étatique a porté atteinte à l'un de ses droits fondamentaux ou à l'un des droits énoncés dans la Loi fondamentale à l'alinéa 4 de son article 20, ainsi qu'à ses articles 33, 38, 101, 103 et 104.

2) Si la violation peut motiver l'ouverture d'une action en justice, alors le recours constitutionnel ne peut être introduit qu'après épuisement des voies de droit. Toutefois, la Cour constitutionnelle fédérale peut statuer immédiatement sur un recours constitutionnel avant l'épuisement de toute autre voie de droit lorsque ce recours revêt une importance générale ou si le demandeur devait subir un préjudice grave et inévitable dans le cas où il serait d'abord tenu de porter l'affaire devant d'autres juridictions.

(...)

Article 92

« Dans la justification du recours, il y a lieu de spécifier le droit prétendument violé ainsi que l'action ou le manquement de l'organe ou de l'autorité par lequel le plaignant se sent lésé. »

38. Les articles 93 a) à 93 c) de la loi de 1985 étaient ainsi libellés :

Article 93 a) de la loi de 1985

« Le recours constitutionnel doit d'abord être admis aux fins de décision. »

Article 93 b) de la loi de 1985

« 1) La section peut, par une décision unanime, refuser d'admettre le recours constitutionnel lorsque

1. le demandeur n'a pas versé, ou n'a pas versé dans le délai, la provision exigée de lui (article 34 § 6),

2. le recours est irrecevable ou présente pour d'autres motifs des chances insuffisantes de succès, ou

3. il est probable que la chambre n'admettra pas le recours conformément à l'article 93 c), deuxième phrase.

La décision est sans appel.

2) La section peut, par une décision unanime, accueillir le recours constitutionnel lorsque celui-ci est manifestement fondé au motif que la Cour constitutionnelle fédérale a déjà statué sur la question de droit constitutionnel pertinente (...)

3) La section statue sans audience. Pour motiver la décision par laquelle elle refuse d'admettre le recours constitutionnel, il lui suffit de mentionner l'élément juridique déterminant pour le refus d'admission.»

Article 93 c) de la loi de 1985

«Si la section n'a ni refusé d'admettre le recours constitutionnel ni accueilli celui-ci, la chambre se prononce sur l'admission. Elle admet le recours lorsque deux juges au moins estiment que la décision sur le recours est de nature à clarifier une question de droit constitutionnel ou que le refus d'admission cause au demandeur un préjudice grave et inévitable. L'article 93 b) § 3 s'applique *mutatis mutandis*.»

Les articles 93 a) à 93 d) de la loi de 1993 se lisent ainsi :

Article 93 a) de la loi de 1993

«1) Le recours constitutionnel doit d'abord être admis aux fins de décision.

2) Il doit être admis

a. s'il soulève une question constitutionnelle d'intérêt général.

b. si cela est souhaitable pour protéger les droits visés à l'article 90 1), ou si le refus d'admission causerait au demandeur un préjudice particulièrement grave.»

Article 93 b) de la loi de 1993

«La section peut refuser d'admettre un recours constitutionnel ou l'accueillir si l'article 93 c) est applicable. Dans les autres cas, la chambre se prononce sur l'admission.»

Article 93 c) de la loi de 1993

«1) Si les conditions de l'article 93 a) § 2 b) sont remplies et que la Cour constitutionnelle fédérale s'est déjà prononcée sur la question pertinente de droit constitutionnel, la section peut accueillir le recours constitutionnel s'il est manifestement fondé (...).»

Article 93 d) de la loi de 1993

«1) La décision visée aux articles 93 b) et 93 c) est prise sans audience. Elle est sans appel. La décision refusant d'admettre un recours n'est pas tenue d'être motivée.

(...)»

39. L'article 94 prévoit le droit pour des tiers d'être entendus lors de la procédure de recours devant la Cour constitutionnelle fédérale.

40. L'article 95 porte sur la décision de la Cour constitutionnelle fédérale d'accueillir le recours et se lit ainsi :

« 1) S'il est donné suite au recours constitutionnel, alors il y a lieu de se prononcer sur la question de savoir quelle prescription de la Loi fondamentale a été violée et par quelle action ou par quel manquement la violation a eu lieu. La Cour constitutionnelle fédérale peut également décider que toute répétition de la mesure contestée viole la Loi fondamentale.

2) S'il est donné suite à un recours constitutionnel portant sur une décision de justice, alors la Cour constitutionnelle fédérale abroge la décision et dans les cas énoncés à la première phrase de l'alinéa 2 de l'article 90 ci-dessus, elle renvoie l'affaire à un tribunal compétent.

3) S'il est donné suite à un recours constitutionnel ayant pour objet une loi, alors il y a lieu d'abroger la loi. Il en va de même lorsqu'il est donné suite à un recours constitutionnel conformément à l'alinéa 2 ci-dessus, parce que la décision de justice abrogée est fondée sur une loi anticonstitutionnelle. L'article 79 s'applique *mutatis mutandis*. »

41. L'article 79, auquel l'article 95 § 3 se réfère, est ainsi libellé :

« 1) Si une condamnation définitive se fonde sur une disposition légale qui a été déclarée contraire à la Loi fondamentale ou annulée en vertu de l'article 78, ou sur l'interprétation d'une disposition légale qui a été déclarée contraire à la Loi fondamentale par la Cour constitutionnelle fédérale, la réouverture de la procédure pénale est possible conformément aux dispositions du code de procédure pénale.

2) Pour le reste, les décisions qui, fondées sur une norme annulée en vertu de l'article 78, ne sont plus attaquables, restent inchangées, sous réserve de la prescription énoncée à l'article 95, alinéa 2, ou d'une disposition légale particulière. Leur exécution n'est pas autorisée (...) »

42. En vertu de l'article 32 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale, celle-ci peut édicter une ordonnance de référé (*einstweilige Anordnung*) pour éviter de graves préjudices (*zur Abwehr schwerer Nachteile*), prévenir un acte de violence imminent (*zur Verhinderung drohender Gewalt*), ou pour toute autre raison importante d'intérêt général (*aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl*).

D. L'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale du 15 mai 1995

43. Le 22 juillet 1991, la cour d'appel (*Kammergericht*) de Berlin suspendit une procédure pénale portant sur des charges d'espionnage, de trahison et de corruption en vue d'obtenir une décision de la Cour constitutionnelle fédérale sur le point de savoir s'il était possible de poursuivre des personnes qui résidaient en RDA et avaient commis les infractions susmentionnées à partir du territoire de cet Etat. Par ailleurs, à partir de 1991, de nombreuses personnes condamnées pour de telles infractions saisirent la Cour constitutionnelle fédérale, prétendant que

leurs condamnations respectives violaient en particulier leur droit à la liberté, tel que garanti par l'article 2 § 2 de la Loi fondamentale, ainsi que leur droit à l'égalité, consacré par l'article 3.

44. Le 15 mai 1995, la deuxième chambre de la Cour constitutionnelle fédérale rendit un arrêt de principe sur la demande soumise par la cour d'appel de Berlin et sur trois de ces recours constitutionnels.

45. La demande présentée par la cour d'appel de Berlin fut déclarée en partie irrecevable; pour le surplus, la Cour constitutionnelle fédérale indiqua qu'il n'existait aucune règle de droit international public intégrée au droit fédéral interdisant de poursuivre au pénal des personnes accusées de s'être livrées à l'espionnage pour le compte et sur le territoire d'un Etat qui, par la suite, avait été rattaché en l'absence de tout conflit à l'Etat espionné. Par ailleurs, quant au premier des trois recours constitutionnels, la haute juridiction estima que la condamnation du demandeur enfreignait ses droits constitutionnels; les décisions de première et de deuxième instance furent annulées et l'affaire fut renvoyée à la juridiction de première instance. Quant au deuxième recours individuel, la Cour constitutionnelle déclara que la condamnation violait les droits constitutionnels de l'intéressé; les décisions des juridictions inférieures furent donc infirmées en conséquence et l'affaire fut renvoyée à la juridiction de première instance. Le troisième recours constitutionnel fut rejeté.

46. Dans sa décision, la Cour constitutionnelle fédérale rappela sa jurisprudence selon laquelle les poursuites pour trahison et espionnage, visées aux articles 94 et 99 du code pénal, constituaient une atteinte aux droits à la liberté au sens de l'article 2 de la Loi fondamentale, qui se justifiait du point de vue constitutionnel. Cette conclusion s'appliquait en l'espèce, en ce que des agents secrets de la RDA étaient passibles de sanctions même s'ils n'avaient agi que dans les limites du territoire de la RDA ou à l'étranger. A cet égard, la Cour constitutionnelle estima que les dispositions pertinentes du code pénal visaient à protéger la sécurité extérieure de la RFA, et prit en compte le fait que les infractions en question avaient été commises à un moment où la RFA était particulièrement exposée aux opérations des services secrets de ses ennemis.

47. Toutefois, selon la Cour constitutionnelle, la question se posait de savoir si le rattachement de la RDA à la RFA appelait ou non une nouvelle appréciation des questions constitutionnelles, notamment quant aux activités d'espionnage conduites à partir du territoire de la RDA par des personnes qui étaient citoyennes de ce pays et y résidaient.

48. La Cour constitutionnelle estima qu'il ne fallait voir aucune discrimination dans le fait que l'espionnage au profit de la RDA fût considéré comme une infraction pénale alors que les dispositions pénales de la RDA s'appliquant aux activités d'espionnage des agents du service

fédéral des renseignements avaient été abrogées dans le cadre du traité sur la réunification. La différence de traitement résultait plutôt des particularités des règles de sécurité nationale (*Staatsschutzrecht*), qui protégeaient l'Etat contre l'espionnage par des puissances étrangères. Ainsi, l'espionnage à l'encontre de la RFA au profit de la RDA demeurait un acte passible de sanctions même après le rattachement de cet Etat.

49. En outre, les sanctions applicables à l'espionnage pour le compte de la RDA à la suite de l'unification de l'Allemagne n'enfreignaient aucune règle générale de droit international public, ce qui aurait été contraire à l'article 25 de la Loi fondamentale. Eu égard à un avis juridique émis le 1^{er} juillet 1994 par l'institut Max Planck de droit comparé et de droit international public de Heidelberg, la Cour constitutionnelle observa qu'en vertu du droit international public un Etat était en droit d'édicter une législation sur les infractions commises dans les limites de son territoire ainsi que sur les infractions commises par des étrangers à l'étranger, dans la mesure où son existence ou ses intérêts fondamentaux étaient en jeu. Il n'existait en droit international public aucune justification de l'espionnage et aucune règle sur les sanctions pénales pour espionnage à la suite du rattachement d'un autre Etat.

50. En outre, fonder les poursuites pour espionnage au profit de la RDA sur les lois pénales en vigueur en RFA au moment où les infractions en question avaient été commises n'emportait pas violation de la règle selon laquelle aucune action n'était passible de poursuites s'il ne s'agissait pas d'une infraction selon le droit pertinent à l'époque où elle avait été commise. La Cour constitutionnelle releva que le champ d'application des dispositions sur la trahison et l'espionnage était délimité par les articles 3, 5 et 9 du code pénal, qui étaient en vigueur avant la commission des infractions en question. L'extension de la juridiction de la RFA à de telles infractions était une conséquence du rattachement de la RDA et du traité sur la réunification.

51. La Cour constitutionnelle examina ensuite si les effets de cette extension de la juridiction de la RFA emportaient violation du principe de la prééminence du droit (*Rechtsstaatsprinzip*) et, en particulier, du principe de proportionnalité.

52. La Cour constitutionnelle estima que, dans le contexte unique de la réunification allemande, les poursuites contre des citoyens de la RDA qui avaient résidé en RDA et avaient agi uniquement dans les limites du territoire de ce pays ou d'autres Etats où ils ne risquaient ni extradition ni sanction portaient atteinte au principe de proportionnalité. En conséquence, il existait un obstacle à poursuite (*Verfolgungshindernis*) quant à cette catégorie de personnes. Les poursuites et sanctions pénales, en tant que moyens de protéger des intérêts juridiques, ne devaient pas entraîner une ingérence disproportionnée dans les droits des intéressés.

53. Dans ce contexte, la Cour constitutionnelle examina la différence entre les sanctions pour espionnage et celles punissant d'autres infractions. Le droit international public n'interdisait pas l'espionnage mais il autorisait également l'Etat espionné à punir les espions, même si ceux-ci avaient agi seulement de l'étranger. Aucune distinction n'était établie entre l'espionnage pour le compte d'un Etat totalitaire et l'espionnage au profit d'un Etat ayant un ordre fondamental démocratique et libéral. L'espionnage avait donc une nature ambivalente: il servait les intérêts de l'Etat qui espionnait, où il était en conséquence tenu pour légal, et portait préjudice aux intérêts de l'Etat espionné, où il était donc considéré comme une infraction passible de sanctions. La sanction infligée à des espions étrangers ne se fondait donc pas sur un jugement moral défavorable (*Unwerturteil*) de l'acte d'espionnage, mais seulement sur l'intention de protéger l'Etat espionné.

54. Selon la Cour constitutionnelle fédérale, la disparition de la RDA et l'arrêt subséquent de toute protection de ses espions, ainsi que le remplacement de son ordre juridique par celui de la RFA qui rendait les poursuites possibles, entraînaient un préjudice disproportionné pour la catégorie de délinquants qui s'étaient livrés à l'espionnage pour le compte de la RDA uniquement sur le territoire de celle-ci et n'avaient pas quitté sa sphère de protection, ou qui étaient restés dans les limites du territoire d'autres Etats où ils ne risquaient pas d'être extradés ou sanctionnés pour ces actes. Dans le même temps, la réunification avait entraîné l'abrogation des dispositions sanctionnant les activités d'espionnage pour le compte de la RFA. La Cour constitutionnelle estima en outre que toute sanction infligée à cette catégorie de personnes mettrait en danger le processus de création de l'unité allemande.

55. Quant aux autres citoyens de la RDA qui s'étaient livrés à l'espionnage sur le territoire de la RFA ou de l'un de ses alliés, ou dans un Etat tiers où ils risquaient d'être extradés ou sanctionnés, il n'existait aucun obstacle général à poursuite, puisque les conditions susmentionnées n'étaient pas nécessairement toutes remplies. Toutefois, après la disparition de la RDA, ces personnes avaient également perdu la protection de cet Etat, ne serait-ce que la perspective d'être échangées en cas d'arrestation. En outre, même si elles étaient confrontées à l'ordre juridique de la RFA, le sens du bien et du mal (*Unrechtsbewußtsein*) de ces personnes correspondait à l'ordre juridique de la RDA. Surtout, elles étaient poursuivies par leur propre Etat pour des activités d'espionnage commises à une époque où elles le considéraient comme un Etat étranger. En pareil cas, tous les éléments pertinents devaient être pesés à la lumière des considérations ci-dessus en vue de décider s'il fallait continuer les poursuites ou pour déterminer les peines à infliger.

56. Dans leur opinion séparée attachée à l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale, trois juges de la deuxième chambre

expliquèrent qu'ils se trouvaient en désaccord avec l'arrêt quant à la partie concluant à l'existence d'un obstacle technique à poursuite pour une catégorie de personnes coupables d'espionnage.

PROCÉDURE DEVANT LA COMMISSION

57. M^{me} Gabriele Gast et M. Dieter Popp ont saisi la Commission le 1^{er} mai 1995. Ils alléguaient notamment la violation de l'article 6 § 1 de la Convention quant à la durée de la procédure devant la Cour constitutionnelle fédérale.

58. La Commission a déclaré la requête (n^o 29357/95) en partie recevable le 20 octobre 1997. Dans son rapport du 28 mai 1998 (ancien article 31 de la Convention)¹, elle formule l'avis qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 (vingt voix contre onze).

CONCLUSIONS PRÉSENTÉES À LA COUR

59. Dans son mémoire, le Gouvernement invite la Cour à dire que la République fédérale d'Allemagne n'a pas enfreint l'article 6 § 1 de la Convention.

60. Invoquant leurs observations présentées à la Commission, les requérants demandent à la Cour de constater la violation de l'article 6 § 1 de la Convention quant à la durée de la procédure devant la Cour constitutionnelle fédérale.

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 § 1 DE LA CONVENTION

61. Selon les requérants, la durée de la procédure constitutionnelle a excédé le délai raisonnable au sens de l'article 6 § 1 de la Convention, ainsi libellé :

«Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) dans un délai raisonnable, par un tribunal (...) qui décidera (...) du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...)»

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

A. Applicabilité de l'article 6 § 1

62. En l'espèce, la question se pose de savoir si l'article 6 § 1, sous son volet pénal, s'applique à une procédure devant la Cour constitutionnelle fédérale.

63. Invoquant ses propres décisions et avis ainsi que la jurisprudence de la Cour, la Commission conclut à l'applicabilité de l'article 6 § 1 de la Convention à la procédure litigieuse. Elle relève notamment qu'un Etat qui se dote d'une juridiction de type constitutionnel a l'obligation de veiller à ce que les justiciables jouissent auprès d'elle des garanties fondamentales de l'article 6.

64. La Cour rappelle que, conformément à sa jurisprudence bien établie sur cette question (arrêt Deumeland c. Allemagne du 29 mai 1986, série A n° 100, p. 26, § 77, arrêt Bock c. Allemagne du 29 mars 1989, série A n° 150, p. 18, § 37, et arrêt Ruiz-Mateos c. Espagne du 23 juin 1993, série A n° 262, p. 19, § 35), le critère pertinent pour déterminer s'il faut prendre en compte une instance devant une juridiction constitutionnelle en vue d'établir le caractère raisonnable de la durée d'une procédure consiste à rechercher si le résultat de ladite instance peut influencer sur l'issue du litige devant les juridictions ordinaires.

Il s'ensuit qu'en principe une procédure devant une Cour constitutionnelle n'échappe pas au domaine de l'article 6 § 1 (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt Süßmann c. Allemagne du 16 septembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV, p. 1171, § 39).

65. A l'instar de la Commission, la Cour estime que les procédures devant la Cour constitutionnelle fédérale étaient directement liées à la question de savoir si les accusations d'espionnage étaient fondées. Comme le montrent deux de ses arrêts de principe, si un recours constitutionnel est accueilli, la Cour constitutionnelle fédérale ne se borne pas à déterminer la disposition de la Loi fondamentale qui a été enfreinte; elle annule la décision critiquée et renvoie l'affaire à la juridiction compétente. En outre, si un recours constitutionnel contre une loi est accueilli, la législation en question est abrogée et une réouverture de la procédure pénale est possible (article 95 combiné avec l'article 79 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale – paragraphes 40-41 ci-dessus).

66. Dans le contexte des nombreux recours dont a été saisie la Cour constitutionnelle fédérale concernant des condamnations pour espionnage ou trahison à la suite de la réunification allemande, ces procédures constituaient un stade ultérieur des instances pénales correspondantes et leurs conséquences pouvaient être décisives pour les personnes condamnées.

67. Il est vrai qu'en l'espèce la deuxième section de la deuxième chambre de la Cour constitutionnelle fédérale a refusé d'admettre les

recours constitutionnels des requérants à l'issue d'une procédure préliminaire (articles 93 a) et 93 b) de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale – paragraphe 38 ci-dessus). Toutefois, la Cour constitutionnelle fédérale a pu prendre cette décision après avoir examiné tous les arguments pertinents et rendu le 15 mai 1995 un arrêt de principe sur leur bien-fondé. Dans les affaires suivantes, elle a fait expressément référence à l'arrêt de principe, qui était joint.

68. Dans ces conditions, l'article 6 § 1 s'applique aux procédures en question.

B. Observation de l'article 6 § 1

1. Période à considérer

69. La Cour ne s'intéresse qu'à la durée de la procédure devant la Cour constitutionnelle fédérale. Les périodes à prendre en compte ont donc débuté respectivement le 18 juillet et le 13 août 1992, dates auxquelles les requérants ont saisi ladite juridiction. Elles se sont achevées respectivement le 9 et le 3 juin 1995, dates de la notification à la première requérante et au conseil du deuxième requérant des décisions rendues le 23 mai 1995 par la Cour constitutionnelle. La procédure a donc duré environ deux ans et dix mois dans le cas de la première requérante et environ deux ans et neuf mois dans le cas du deuxième requérant.

2. Critères applicables

70. Le caractère raisonnable de la durée d'une procédure s'apprécie suivant les circonstances de la cause, eu égard aux critères énoncés par la Cour dans sa jurisprudence, notamment la complexité de l'affaire, le comportement des parties et des autorités concernées ainsi que l'enjeu du litige pour les intéressés (arrêt Süßmann précité, pp. 1172-1173, § 48, et arrêts Pammel et Probstmeier c. Allemagne du 1^{er} juillet 1997, *Recueil* 1997-IV, p. 1110, § 60, et p. 1136, § 55, respectivement).

71. Les requérants prétendent que la durée de la procédure devant la Cour constitutionnelle fédérale a été excessive et constitue en fait un déni de justice. Selon eux, leurs affaires n'étaient pas particulièrement complexes et auraient pu donner lieu à une décision à un stade antérieur. Ils soulignent l'importance de l'instance constitutionnelle pour leur droit à la liberté, puisqu'ils étaient en détention pendant une partie de cette procédure.

72. Le Gouvernement allègue que les affaires des requérants faisaient partie d'une large catégorie d'affaires concernant les

sanctions infligées à des personnes accusées d'espionnage à la suite de la réunification allemande. La procédure a nécessité l'élaboration d'une expertise sur des questions de droit international. D'après le Gouvernement, c'est l'arrêt de principe rendu le 15 mai 1995 par la Cour constitutionnelle qui reflète le mieux la complexité de la question. Par ailleurs, invoquant les particularités de la procédure devant la Cour constitutionnelle fédérale et la nature spécifique de la présente espèce, le Gouvernement estime qu'aucun retard excessif n'était imputable à la Cour constitutionnelle fédérale. Il fait valoir en particulier que, sur la même période, la deuxième chambre de cette juridiction a dû statuer sur des affaires plus urgentes qui revêtaient une importance politique considérable, concernant notamment la réforme des dispositions juridiques relatives à l'avortement, la remise en cause du traité de Maastricht et les missions des forces armées allemandes en ex-Yougoslavie et en Somalie.

73. La Cour relève que les recours constitutionnels respectifs des intéressés ont été rejetés à l'issue de procédures préliminaires, à la suite de la résolution des questions constitutionnelles pertinentes dans un arrêt de principe rendu dans quatre autres affaires. Les points juridiques examinés dans cet arrêt, auquel renvoyaient les décisions rejetant les recours des requérants, étaient dans l'ensemble complexes, également en ce qui concernait la situation particulière de personnes telles que les requérants.

74. Ceux-ci n'ont été à l'origine d'aucun retard dans la procédure.

75. Quant à la conduite de la Cour constitutionnelle fédérale, la Cour rappelle qu'elle a affirmé à maintes reprises que l'article 6 § 1 astreint les Etats contractants à organiser leur système judiciaire de telle sorte que leurs juridictions puissent remplir chacune de ses exigences, notamment quant au délai raisonnable.

Si cette obligation vaut aussi pour une Cour constitutionnelle, elle ne saurait cependant s'interpréter de la même façon que pour une juridiction ordinaire. Son rôle de gardien de la Constitution rend particulièrement nécessaire pour une Cour constitutionnelle de parfois prendre en compte d'autres éléments que le simple ordre d'inscription au rôle d'une affaire, telles la nature de celle-ci et son importance sur le plan politique et social. Par ailleurs, si l'article 6 prescrit la célérité des procédures judiciaires, il met aussi l'accent sur le principe, plus général, d'une bonne administration de la justice (arrêt Süßmann précité, p. 1174, §§ 55-57).

76. En l'espèce, la Cour estime qu'il était légitime que la Cour constitutionnelle fédérale regroupât ces affaires afin d'avoir une vue d'ensemble des questions juridiques relatives aux condamnations pour espionnage et trahison à la suite de la réunification allemande (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt Süßmann précité, p. 1174, § 59).

77. La Cour a également pris note des explications du Gouvernement concernant le calendrier de travail de la deuxième chambre de la Cour constitutionnelle fédérale à l'époque des faits.

78. Il apparaît que certaines des procédures invoquées portaient sur des questions qui n'avaient pas été réglées en raison du retard général pris par la deuxième chambre. A cet égard, la Cour rappelle qu'une surcharge chronique du rôle, comme celle que connaît la Cour constitutionnelle fédérale depuis la fin des années 70, ne saurait justifier une durée excessive de la procédure (arrêts Pammel et Probstmeier précités, p. 1112, § 69, et p. 1138, § 64, respectivement).

79. Quant aux autres affaires traitées par la deuxième chambre à l'époque des faits, la Cour, à l'instar de la Commission, estime que la Cour constitutionnelle fédérale pouvait raisonnablement leur donner priorité, compte tenu de l'enjeu pour les nombreuses personnes condamnées à des peines de prison pour trahison ou espionnage et des implications politiques et sociales graves de ces autres affaires.

80. Pour la Cour, bien que les requérants eussent déjà commencé à purger leur peine de prison en attendant l'issue de la procédure constitutionnelle, leurs sanctions ne leur ont pas causé un préjudice suffisant pour imposer à la juridiction saisie d'agir avec une diligence exceptionnelle, comme c'est le cas pour certains types de litiges (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt Süßmann précité, pp. 1174-1175, § 61, qui renvoie à l'arrêt A et autres c. Danemark du 8 février 1996, *Recueil* 1996-I, p. 107, § 78). En outre, la Cour relève que les requérants ont été libérés respectivement le 12 février et le 11 mai 1994. A cet égard, la Cour prend note de l'argument du Gouvernement selon lequel les requérants auraient pu saisir la Cour constitutionnelle fédérale afin qu'elle suspendît provisoirement l'exécution de leur peine d'emprisonnement (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt König c. Allemagne du 28 juin 1978, série A n° 27, p. 40, § 111).

81. A la lumière de l'ensemble des circonstances de la cause, la Cour estime, comme la Commission, que les retards observés n'apparaissent pas assez importants pour que la durée de la procédure constitutionnelle ait excédé le «délai raisonnable» au sens de l'article 6 § 1 (arrêt Cesarini c. Italie du 12 octobre 1992, série A n° 245-B, p. 26, § 20, et arrêt Salerno c. Italie du 12 octobre 1992, série A n° 245-D, p. 56, § 21). Pour parvenir à cette conclusion, la Cour a pris en compte le fait que les procédures pénales à l'encontre des intéressés, y compris le stade préliminaire, le procès et la procédure d'appel, n'ont duré qu'environ un an et dix mois pour la première requérante et environ deux ans et trois mois dans le cas du deuxième requérant.

82. En un mot, il n'y a pas eu violation du droit des requérants à être entendus dans un «délai raisonnable», tel que garanti par l'article 6 § 1 de la Convention.

PAR CES MOTIFS, LA COUR, À L'UNANIMITÉ,

Dit qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 25 février 2000, conformément à l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Michael O'BOYLE
Greffier

Elisabeth PALM
Présidente